

# Nº10

## REVISTA

de la ESCUELA del CUERPO  
de ABOGADOS y ABOGADAS del ESTADO

PRIMAVERA 2023

ISSN 2796-8642

[revistaecae.ptn.gov.ar](http://revistaecae.ptn.gov.ar)



**ecae**

Escuela del Cuerpo de  
Abogados y Abogadas del Estado



Procuración del Tesoro  
**Argentina**

# Nº10

PRIMAVERA 2023

## REVISTA

de la ESCUELA del CUERPO  
de ABOGADOS y ABOGADAS del ESTADO

ISSN 2796-8642

[revistaecae.ptn.gob.ar](http://revistaecae.ptn.gob.ar)



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



Procuración del Tesoro  
**Argentina**

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

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



**REVISTA**  
de la ESCUELA del CUERPO  
de ABOGADOS y ABOGADAS del ESTADO  
Revista de la ECAE Versión digital  
ISSN 2796-8642  
Hecho el depósito que ordena la ley N° 11.723.

Licencia Creative Commons



Atribución-NoComercial-SinDerivadas 2.5 Argentina  
(CC BY-NC-ND 2.5 AR)  
<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.5/ar/>

## AUTORIDADES

---

### **PRESIDENTE DE LA NACIÓN**

DR. ALBERTO A. FERNÁNDEZ

### **VICEPRESIDENTA**

CRISTINA FERNÁNDEZ DE KIRCHNER

### **MINISTRO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS**

DR. MARTÍN IGNACIO SORIA

### **PROCURADOR DEL TESORO DE LA NACIÓN**

DR. CARLOS ALBERTO ZANNINI

### **SUBPROCURADORES DEL TESORO DE LA NACIÓN**

DR. HORACIO DIEZ

DR. SEBASTIÁN SOLER

### **DIRECTOR DE LA ECAE**

DR. GUIDO LEONARDO CROXATTO

### **SUBDIRECTOR DE LA ECAE**

DR. PABLO OCTAVIO CABRAL



## EQUIPO EDITORIAL

---

### DIRECTOR

DR. GUIDO LEONARDO CROXATTO (ECAE)  
gcroxatto@ptn.gob.ar

### EDITOR EJECUTIVO

DR. PABLO OCTAVIO CABRAL (ECAE)  
pcabral@ptn.gob.ar

### SECRETARIO DE REDACCIÓN

DR. JOSÉ IGNACIO LÓPEZ (UNLP)  
joseignaciolopez8@gmail.com

### EDITORES ASOCIADOS

DRA. AGUSTINA IGLESIAS SKULJ (ECAE)  
aiglesias@ptn.gob.ar

DRA. AYELÉN TOMASINI (ECAE)  
atomasini@ptn.gob.ar

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

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

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

### RESPONSABLE EDITORIAL

MAG. JULIA CONTRERAS (ECAE)  
jecontreras@ptn.gob.ar

### EDITORA DIGITAL

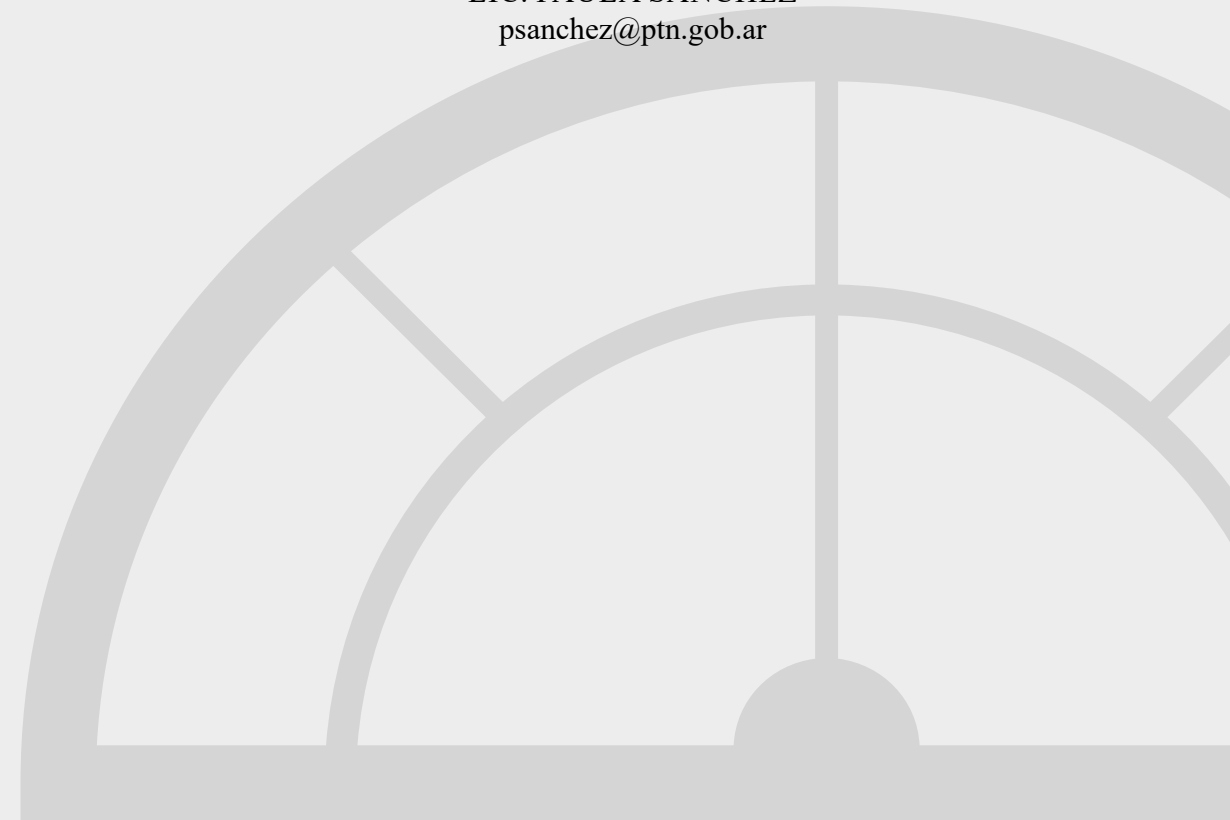
DRA. GRACIELA ETCHETTO (ECAE)  
ggetchetto@ptn.gob.ar

### DIRECCIÓN PEDAGÓGICA

LIC. NOELIA RUIZ (ECAE)  
nruiz@ptn.gob.ar

### DISEÑO Y MAQUETACIÓN

LIC. PAULA SÁNCHEZ  
psanchez@ptn.gob.ar



## CONSEJO EDITORIAL

---

**Prof. Alberto Filipi**

Universidad de Roma. Italia

**Prof. Víctor Abramovich**

Universidad de Buenos Aires. Argentina

**Prof. Eugenio Raúl Zaffaroni**

Universidad de Buenos Aires. Argentina

**Prof. Raúl Gustavo Ferreyra**

Universidad de Buenos Aires. Argentina

**Prof. Patricio Sammartino**

Universidad de Buenos Aires. Argentina

**Prof. Isaac Damsky**

Universidad de Buenos Aires. Argentina

**Prof. Carlos Aymerich**

Universidad de A Coruña. España

**Prof. Pablo Gutiérrez Colantuono**

Universidad Nacional del Comahue. Argentina

**Prof. Gabriela Stortoni**

Universidad de Buenos Aires. Argentina

**Prof. Graciana Peñafort**

Universidad de Buenos Aires. Argentina

**Prof. Carlos Raimundi**

Universidad Nacional de La Plata. Argentina

**Prof. Jimena Zicavo**

Universidad Nacional de La Plata. Argentina

**Prof. Nicolás Cendoya**

Universidad de la República. Uruguay

**Prof. Rafael Valim**

Pontificia Universidad Católica de San Pablo. Brasil

**Prof. Olivia Blanca Capcha Reymundo**

Universidad San Marco. Perú

**Prof. Sara Spuntarelli**

Universidad de Camerino. Italia

**Prof. Andry Matilla Correa**

Universidad de La Habana. Cuba

**Prof. David Kronzonas**

Escuela del Cuerpo de Abogados y Abogadas del Estado.  
Argentina



## ÍNDICE

<b>DOCTRINA</b> .....	13
Una Corte Suprema al margen de la voluntad del Pueblo. La apropiación judicial del <i>margen de apreciación nacional</i> en violación del principio constitucional de soberanía popular ..... 15 <i>Pablo Octavio Cabral</i>	
La defensa del interés Público.....	74
<i>Gustavo E. Silva Tamayo</i>	
La litigiosidad como fundamento para negar a los trabajadores el acceso a la jurisdicción.....	96
<i>Florencia A. Bonomo Tartabini</i>	
Gobierno y Administración pública en clave constitucional: Un inventario .....	106
<i>Diego A. Dolabjian</i>	
Evolución histórica de la regulación de los recursos naturales en Argentina (1776-1935). De los orígenes a la creación de YPF .....	136
<i>Juan José Carbajales</i>	
<b>INVESTIGACIONES</b> .....	163
Control policial. la experiencia de un órgano civil que investiga, acusa y sanciona a los/as policías .....	165
<i>Rodrigo Hernán Laguian</i>	
El Sistema de Reconocimiento Facial de Prófugos del GCABA y su lesión a los derechos a la privacidad y autodeterminación informativa.....	175
<i>Natalia Pacheco</i>	

Abordaje de la problemática referida a la violencia y discriminación ejercida en contra del colectivo travesti, transexual y transgénero. la implementación de la ley n° 27.636 en la unidad de información financiera.....	191
<i>Manuela Resúa</i>	
Normativa disciplinaria y violencia de género análisis comparativo de la normativa disciplinaria entre el personal civil no docente y el militar del ejército argentino respecto de la violencia de género en el ámbito laboral .....	218
<i>Joaquín Ignacio Sabaté Castillo</i>	
La incidencia de las limitaciones económicas en la plena Efectivización de los Derechos Sociales.....	245
<i>María Fernanda Sampay</i>	
<b>CONCURSO CAE</b> .....	267
Interpretación y Género .....	271
<i>Débora Fihman y Silvia Céspedes</i>	
Inevitable Osadía: Hacia una inminente incorporación de la tecnología blockchain, la lógica de Smart Contracts e inteligencia artificial al derecho administrativo argentino .....	288
<i>Guido José Jamer</i>	
<b>DOSSIER</b> .....	307
Convocatoria ECAE-Área de Investigación: Dossier Abogacía Pública 2023.....	309
<i>María Virginia Cafferata</i>	



Comentarios sobre la valuación de daños a partir de la experiencia argentina en el arbitraje de inversiones .....326

*Adriana Cusmano*

La libertad y el mal. Notas acerca de la pureza del mal ... 336

*David Kronzonas*

Derechos Humanos y control de convencionalidad .....362

*Damian M. Loreti*

El tránsito hacia el procedimiento administrativo electrónico. Su impacto en los procesos judiciales .....383

*Luis Eduardo Rey Vázquez*

La protección de los derechos humanos en el Régimen Disciplinario de la Administración Pública Nacional .....401

*Claudio Alberto Schifer*

*Rodolfo Héctor Fassi*



## DOCTRINA

PABLO OCTAVIO CABRAL

GUSTAVO E. SILVA TAMAYO

FLORENCIA A. BONOMO TARTABINI

DIEGO A. DOLABJIAN

JUAN JOSÉ CARBAJALES

---

## UNA CORTE SUPREMA AL MARGEN DE LA VOLUNTAD DEL PUEBLO<sup>1</sup>

### La apropiación judicial del margen de apreciación nacional en violación del principio constitucional de soberanía popular

PABLO OCTAVIO CABRAL<sup>2</sup>

(<https://unlp.academia.edu/PabloOctavioCabral>)

Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados y Abogadas del Estado | Octubre 2023 | Año 7 N° 10 | Buenos Aires, Argentina (ISSN 2796-8642) | pp. 15-73

*“El pueblo no delibera ni gobierna, sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución” (Art. 22 CN)*

*“Esta Constitución garantiza el pleno ejercicio de los derechos políticos, con arreglo al principio de la soberanía popular y de las leyes que se dicten en consecuencia” (Art. 37 CN)*

## I. PRESENTACIÓN

La difícil realidad económico-social y la incertidumbre política ingresan en los ámbitos académicos e irrumpen en las construcciones teóricas que durante tiempos se consolidaron en nuestras instituciones constitucionales. Las tensiones entre la cabeza del poder judicial y los poderes políticos (en su rama ejecutiva y legislativa) ponen en crisis el modo en que nuestro ordenamiento constitucional organizó la estructura de ejercicio del poder, a partir de su división en tres par-

1 Este documento fue producido en el marco del **Grupo de Investigación en Derecho Administrativo Crítico** de la Universidad Nacional Madres de Plaza de Mayo (**GIDAC-UNMa**).

2 <https://unlp.academia.edu/PabloOctavioCabral>. Abogado (UNLP), Magister en Derechos Humanos (UNLP) y Especialista en Derecho Administrativo y Administración Pública (UNLP), docente de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata.



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



tes que tienen atribuciones y facultades que les son propias, debiendo además ejercer un control respecto de los restantes poderes. Es el famoso sistema de frenos y contrapesos en el ejercicio del poder público organizado por nuestros constituyentes al momento de instituir las bases de nuestro sistema jurídico nacional.<sup>3</sup>

Existe una explícita presión mutua -y confusión- entre las esferas de la política y los ámbitos procesales en los que el derecho tradicionalmente resuelve los conflictos ante *imparciales* jueces y bajo el cumplimiento y sometimiento a sus propias reglas, justificando así su autonomía científica e independencia institucional.

Este fenómeno, conocido como judicialización de la política, o su contracara, politización de la justicia, adquiere actualmente en nuestro continente una modalidad más sofisticada y preocupante por sus consecuencias negativas que impactan de lleno en las bases del sistema democrático; el *lawfare*<sup>4</sup>. Detrás de él se vislumbra una ten-

3 Dijo la Corte Interamericana de Derechos Humanos que: “la separación e independencia de los poderes públicos supone la existencia de un sistema de control y de fiscalizaciones, como regulador constante del equilibrio entre los poderes públicos. Este modelo denominado “de frenos y contrapesos” no presupone que la armonía entre los órganos que cumplen las funciones clásicas del poder público sea una consecuencia espontánea de una adecuada delimitación funcional y de la ausencia de interferencias en el ejercicio de sus competencias. Por el contrario, el balance de poderes es un resultado que se realiza y reafirma continuamente, mediante el control político de unos órganos en las tareas correspondientes a otros y las relaciones de colaboración entre las distintas ramas del poder público en el ejercicio de sus competencias” (Corte IDH, Opinión Consultiva N° 28, párrafo 82).

4 Zannini, Carlos. A. (2020). “Por qué no deberíamos hablar de “lawfare””. *Derechos En Acción*, 16(16), 419. <https://doi.org/10.24215/25251678e419>. Este autor propone dejar de lado el nombre de tal fenómeno y su reemplazo por persecución mediática y judicial contra los opositores políticos. Dice: “Lo que hoy se denomina con el término “Lawfare” en América del Sur es, simplemente, persecución mediática y judicial contra los opositores políticos en flagrante violación de las más elementales normas jurídicas”. Ver también: Moreno, Guillermo Raúl (2018). “El Poder Judicial como arma política. Sobre la intervención judicial del partido justicialista en la República Argentina”. *Derechos En Acción*, 7. <https://doi.org/10.24215/25251678e164>; Valim, Rafael (2018). Estado de excepción. *Derechos En Acción*, 7(7). <https://doi.org/10.24215/25251678e167>; Cabral, Pablo Octavio (2019) “El Lawfare en Argentina: luchas por la hegemonía del poder en el campo jurídico”, publicado en Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura (Brasil); vol. 9, p. 231 – 258, 01 de junio de 2019, con referato. Extensión 19 carillas (Disponible en SEDICI; <http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/76293>).

sión entre el poder ejecutivo (actor relevante del campo de poder) y el poder Judicial (actor central del campo jurídico) en el contexto de una discusión de fondo sobre los contornos actuales del sistema democrático y de la soberanía popular.

Hoy el conflicto se patentiza en la tramitación de un juicio político a los cuatro integrantes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y una sucesión de fallos en los que dicho tribunal resolvió casos de innegable impacto político y –más recientemente- electoral. Por ello, realizaré una primera lectura general –históricamente situada- de los aspectos centrales de nuestro ordenamiento jurídico, en especial la debilidad democrática de la integración del poder judicial, la modificación del sistema constitucional de fuentes y de la función específica que desarrollan los jueces en nuestro país. Luego, ya entrando en la coyuntura, expondré mi visión sobre las estrategias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en su pelea política con el Poder Ejecutivo de la Nación y un importante sector político con representación en el Congreso nacional.

Entre las doctrinas del superior tribunal federal quiero poner la lupa sobre la utilización de dos conceptos que permiten advertir una transformación del rol de la Corte Suprema que implica su fortalecimiento institucional, consistente en arrogarse la facultad de controlar la constitucionalidad de las normas y decisiones de los sistemas internacionales de derechos humanos, a partir de la utilización discrecional de los principios del derecho público de nuestra constitución (“Fontevicchia II”) y de una particular versión vernácula de la doctrina foránea del *margen de apreciación nacional* (“Escalante”), replicada en su relación con las provincias en el *margen de apreciación local* (“Asociación Civil Asamblea Permanente de los Derechos Humanos de Mendoza”).

Nuestra Corte, a través de las doctrinas que fue construyendo sutilmente en algunos de sus precedentes, intenta crear una nueva herramienta para el control político de los poderes constituidos que están integrados por los representantes del Pueblo. Es una nueva versión del sistema constitucional de frenos y contrapesos, aumentando el poder de los integrantes de la Corte Suprema mediante un escrutinio posmoderno, por un lado, de las decisiones internacionales que protegen los derechos humanos y, por el otro, de los derechos y políticas de las provincias integrantes de la nación.

[unlp.edu.ar/handle/10915/76293](http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/76293).

Emulando al Juez Marshall, el Ministro Rosatti –con el progresivo acompañamiento del resto de los jueces del tribunal- intenta construir un hito jurisprudencial, al igual que la Corte Norteamericana lo hiciera en el año 1803 al establecer el control de constitucionalidad dictando sentencia en el caso “Marbury vs. Madison”. En mi opinión –que bien puede estar errada-, la Corte, a partir de los fallos que aquí comentaré, se encuentra articulando un nuevo control de constitucionalidad –formalmente jurídico y técnico- otorgando una supremacía política al Poder Judicial por sobre el Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo y el Poder Constituyente que reformó nuestra carta magna en 1994.

Entonces, nuestros *supremos magistrados federales*, a través de sus decisiones judiciales abren un paraguas para evitar mojarse con las decisiones que caen del cielo internacional de los derechos humanos y toman con fuerzas las riendas del federalismo para domar a los gobiernos –y en especial caudillos- de las provincias. Eso sí, tal galimatías solo puede funcionar al margen de la voluntad del pueblo y en violación del principio constitucional de soberanía popular y las justas exigencias democráticas de nuestras instituciones.

## II. ALGUNAS CUESTIONES GENERALES Y CONTEXTUALES PREVIAS

Antes de ingresar de lleno al meollo de la cuestión en análisis, quisiera simplemente referirme a algunas problemáticas actuales de nuestra organización institucional, política y jurídica en cuanto a la ubicación, funciones y relaciones de nuestro poder judicial según nuestro ordenamiento legal vigente, a partir de algunas preguntas cuyas respuestas simplemente se intentarán esbozar para tener en mente estos problemas al analizar los siguientes puntos.

¿Qué legitimidad democrática tienen los jueces en nuestro sistema constitucional?

Como se sabe los jueces, en nuestro país, no son elegidos democráticamente, no los elige el pueblo soberano, sino que su nombramiento se produce mediante un procedimiento en el que intervienen el poder político (legislativo y ejecutivo) y, luego de la creación de los consejos de la magistratura, algunos grupos de interés (académicos, abogados, magistrados).

El carácter contra mayoritario del Poder Judicial o el déficit de legitimación de los jueces es un problema tratado y debatido por la doctrina de extranjera y propia. Roberto Gargarella dice que “En la mayoría de las democracias modernas aceptamos como un irremovible dato de la realidad que los jueces revisen lo actuado por el Poder Legislativo o Poder Ejecutivo y que, en caso de encontrar sus decisiones constitucionalmente cuestionables, las invaliden. Sin embargo, la decisión de dejar dicho extraordinario poder en manos de los jueces no resulta obvia o naturalmente aceptable. Menos aún en un sistema republicano democrático, en el que queremos que las decisiones que se tomen reflejen, del modo más adecuado posible, la voluntad mayoritaria.”<sup>5</sup>

El poder judicial, siguiendo el modelo constitucional norteamericano, realiza un control difuso sobre la actividad legislativa, mediante la declaración, por parte de cualquier juez, de inconstitucionalidad de las leyes dictadas por el parlamento<sup>6</sup>. Además, la justicia contencioso-administrativa, existente a nivel federal como provincial, realiza un control de legalidad sobre la discrecionalidad de las decisiones tomadas por los poderes ejecutivos nacionales, provinciales y municipales.<sup>7</sup>

¿Cuál es el rol de los jueces en nuestro actual sistema jurídico?  
¿Aplican, interpretan o crean el derecho?

El Judicial es un poder complejo- integrado por varios órganos-, porque algunos Tribunales son colegiados, y jerárquico, pues la Constitución califica de “suprema” a la Corte. La función jurisdiccional es una tarea propia del Estado, ejercida por el Poder Judicial,

5 Gargarella, Roberto; “Crítica de la Constitución. Sus zonas oscuras”, Claves para todos, editorial Capital Intelectual, Buenos Aires, 2004.

6 Ferreira, Raúl Gustavo (2003). Notas...Ob. Cit.,

7 También se objetó en el marco del debate sobre los alcances del control judicial de la administración que los jueces deben respetar el papel constitucional que al poder ejecutivo le reserva el sistema político. Al describir este argumento, el catedrático español García de Enterría explica que: “Ese respeto es tanto más exigible en cuanto que, en el Estado democrático y social de Derecho en que estamos, quienes ejercitan esas funciones ostentan una legitimación popular, han sido colocados en sus puestos por el voto y con la confianza del pueblo para que gestionen sus intereses, lo que hacen en su nombre” (García de Enterría: “Democracia, jueces y control de la administración”, Editorial Civitas, Madrid, 1998, pág. 34.).

independientemente de los restantes órganos de poder, en especial del presidente de la Nación, e indelegable en los particulares. La creación de tribunales inferiores a la Corte suprema de carácter permanente constituye una obligación estatal en cabeza del Poder Legislativo para asegurar la garantía del juez natural.

El sistema jurídico argentino es tributario de la tradición del derecho continental codificado, donde el juez es percibido como la boca que pronuncia las palabras de la ley y debe, en consecuencia, resolver conflictos de interés aplicando y, sobre todo, interpretando las normas vigentes con particular deferencia a los motivos y voluntad del legislador. Esta tradición es particularmente fuerte en las llamadas materias de derecho común y codificado. Se considera al juez como un administrador, quien dispensa, entre las partes en controversia, la justicia ya contenida en las normas dictadas por el legislador en quién reside la soberanía popular.

Además, y aunque resulte contradictorio, nuestro ordenamiento tiene influencias constitucionales en el derecho norteamericano que se manifiesta en el diseño del poder que emerge de la Constitución Nacional –escrita, rígida y suprema- y en el cual el Judicial es designado y estructurado como uno de los poderes del Estado. El juez recrea el derecho por vía interpretativa, y se nutre de los precedentes. Además, y sobre todo cuando se trata de los magistrados de la Corte Suprema, expresa la última voz en materia de interpretación de la Constitución, ejerciendo el control de constitucionalidad. Sin duda, en este caso, el papel del juez es político en un doble sentido. En principio, porque al resolver conflictos de interés va desarrollando el derecho y a través de él, desplegando las relaciones sociales. En segundo término, porque al controlar la constitucionalidad del ordenamiento jurídico, revisa a sus redactores en lo que éstos expresan como decisión política general.<sup>8</sup>

Explica nuestro sistema constitucional el profesor Raúl Gustavo Ferreyra, afirmando que: “Hace más de 100 años, la propia Corte se encargaba de enfatizar el indiscutible poder político que en nuestro sistema constitucional se acuerda a los tribunales de justicia, para juzgar la validez de los actos legislativos... Toda resolución judicial es un acto político y mucho más lo son las sentencias que llevando a cabo una interpretación correctiva del texto constitucional, decla-

8 Gelli, María Angélica, Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2018.

ran la inconstitucionalidad o inaplicabilidad de leyes o disposiciones normativas infra constitucionales”<sup>9</sup>

¿Cómo impactó en la tarea judicial el nuevo sistema de fuentes establecido en la reformada Constitución en 1994?

La reforma de nuestra Carta Magna en 1994 produjo una modificación en el sistema de fuentes al incorporar normas internacionales a nuestro bloque de constitucionalidad e integrar –en forma indirecta y secundaria- las producciones normativas de organismos que integran los sistemas internacionales de protección de derechos humanos y de integración regional. Esta nueva organización del sistema de fuentes del ordenamiento jurídico que incorpora nuevos nodos de producción normativa alejados del tradicional sistema de representación democrático y, en muchos casos, en sedes que se encuentran fuera del alcance de nuestra soberanía territorial, relativiza el fundamento decimonónico de justificación de la obligatoriedad de la ley y de su centralidad en el ordenamiento jurídico. Al tradicional *control de constitucionalidad* le sumó el *control de convencionalidad* –derivado de la aplicación de los tratados internacionales-, no sólo para la actuación legislativa del Estado, sino también –como lo desarrolló el Profesor Gutiérrez Colantuono en su tesis doctoral- para la actuación administrativa del Poder Ejecutivo<sup>10</sup>.

Juan Bautista Justo explica este fenómeno con las siguientes palabras: “La globalización del derecho, que encuentra en la protección de los derechos fundamentales una de sus puntas de lanza más potentes, se ha traducido en la decadencia de la ley como instrumento de regulación social, la reaparición del pluralismo jurídico y la revalorización del juez como el gran gestor del caos de normas y mandatos en conflicto”<sup>11</sup>

Destaca este autor que los fenómenos que originan nuestra complejidad de fuentes son la fragmentación normativa, la fragmentación

9 Ferreyra, Gustavo Raúl, Notas sobre Derecho Constitucional y Garantías, EDIAR, Buenos Aires, 2003, pág.233 y sgtes.

10 Gutiérrez Colantuono, Pablo, Control de Convencionalidad en la Administración pública. Aplicación de los tratados internacionales a la actuación administrativa, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2022.

11 Justo, Juan B. (2016). Cómo ser abogado en el nuevo orden medieval. *Derechos En Acción*, (01). Recuperado a partir de <https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/article/view/2816>.

interpretativa y que el derecho interno es considerado como un hecho.

La fragmentación del orden jurídico implica el sometimiento a normas y tribunales internacionales, que penetran cada vez más en el funcionamiento doméstico, implica la sujeción a un orden donde ya no existe un único centro de poder. Así, en el derecho internacional no rige el principio de jerarquía, con lo cual los crecientes conflictos entre normas no pueden ser resueltos bajo los criterios modernos.

La fragmentación interpretativa se observa en que el poder público doméstico ya no tiene la última palabra. Asistimos al surgimiento de diferentes formas de jurisprudencia a cargo de cuerpos internacionales desconectados entre sí, que en ocasiones persiguen fines contradictorios.

Por último- siguiendo a Juan Justo- hay que destacar la naturaleza meramente fáctica del derecho interno, ya que, en virtud de la regla de inoponibilidad del derecho interno plasmada en el art. 27 de la Convención de Viena, las normas –tanto legales como constitucionales- las sentencias y los actos emanados del Estado son para los cuerpos internacionales simples hechos, que se analizan a nivel internacional con total prescindencia de su significación o jerarquía dentro del ordenamiento jurídico del respectivo Estado.

Sintetizando la respuesta a la pregunta de este punto, se puede arriesgar a afirmar que nuestro derecho es hoy fragmentado tanto normativa como interpretativamente, sin un centro único de poder, y el juez es el gran encargado de coordinarlo, para lo cual ya no puede echar mano a un orden racional y hermético, sino que tiene recurrir a principios, con toda la ambigüedad que ello implica.<sup>12</sup>

¿Cómo influyen las perspectivas personales (ideológicas, políticas, filosóficas, religiosas, etc.) de los magistrados al resolver?

Encontrar algunas respuestas a esta pregunta requiera de abrir nuestra búsqueda a otras ciencias y recurrir a los estudiosos de las sociedades y del análisis de la conducta humana.

El miércoles 6 de octubre de 2021, el diario Clarín tituló en su tapa de la edición en papel “Con la salida de Highton, el Gobierno pierde su único voto en la Corte”, afirmación que generó que el presidente de la nación, Alberto Fernández, se preguntara en las redes

12 Justo, Juan B. (2016). Cómo ser abogado en el nuevo orden medieval. *Derechos En Acción*, (01). Recuperado a partir de <https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/article/view/2816>

sociales: “Si el Gobierno perdió su único voto, ¿de quiénes son los cuatro votos restantes?”<sup>13</sup>

Una respuesta del Gobierno de Alberto Fernández a la crisis judicial fue la creación –al inicio de su mandato- del Consejo Consultivo para el Fortalecimiento del Poder Judicial y del Ministerio Público,<sup>14</sup> que dio tratamiento a la posible revisión de las funciones constitucionales e institucionales de la Corte Suprema.

Raúl Gustavo Ferreyra, integrante de dicho consejo, afirmó en su dictamen individual de propuestas y recomendaciones referidas a la Corte Suprema que “el abuso en la demanda jurisdiccional dirigida al control de los actos políticos en *sentido estricto* genera una politización de la justicia y puede conducir a una política en forma de justicia. La política se encuentra dentro de las normas de la CF, razón por la cual la promoción “endemoniada” de demandas sobre productos del Congreso o del Ejecutivo –en otras palabras, la judicialización de la política del Estado– constituye, también, una violación a la Ley fundamental”<sup>15</sup>.

En estos últimos tiempos, resultan explícitas las opiniones de los jueces de la Corte Suprema vinculadas con cuestiones políticas como las recientes manifestaciones públicas en las que se dijo que las necesidades no crean derechos, que la emisión monetaria podría ser inconstitucional, que la dolarización está prohibida constitucionalmente, que la constitución defiende el modelo económico capitalista o que la vicepresidenta no está proscripta políticamente. Todas estas declaraciones de un profundo contenido político e ideológico fueron vertidas por fuera de cualquier expediente o actuación judicial.

Es también muy conocida la idea del actual ministro Carlos Rosenkrantz –expuesta hace ya años en su condición de académico- que sostiene –con variados argumentos- que los Derechos Económicos, Sociales y Culturales no deben estar reconocidos en nuestra Consti-

13 La renuncia de la única jueza mujer que hasta noviembre de 2021 integraba el máximo tribunal federal reavivó una histórica discusión sobre la composición de la Corte, con propuestas de una mayor cantidad de miembros, paridad de género y la posible integración en salas temáticas.

14 Creado por Decreto 635, del 29 de julio de 2020, con el objeto de elevar un dictamen con propuestas y recomendaciones sobre diversos ejes. En el artículo 4 se destacan los referidos a la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

15 Disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2021/04/miscelaneas88981.pdf>

tución Nacional.<sup>16</sup> Su mirada política liberal sobre nuestras instituciones jurídicas es muy valiosa y expresa las diferentes ideologías que se expresan en nuestro país, pero resulta un problema cuando como Ministro de la Corte tiene que interpretar la Constitución -que juró defender y respetar- cuando ésta reconoce expresamente este tipo de derechos económicos, principalmente a través de la incorporación de tratados internacionales de derechos humanos por la vía del art. 75, inc. 22 de la CN.

El actual contexto puede ser interpretado por la teoría de la defección estratégica de Gretchem Helmke, quien realizó una famosa investigación sociológica sobre las relaciones entre la Corte Suprema y el Poder Ejecutivo en la Argentina en el período 1976-1995.<sup>17</sup> La explicación que propone consiste en que cuando un gobierno en ejercicio comienza a perder poder y debilitarse, los jueces carentes de seguridad institucional se ven estimulados a incrementar sus medidas contrarias al gobierno a fin de poner distancia con respecto a él (defección estratégica). Dice: “Si los jueces piensan que se verán más limitados en su accionar por el futuro gobierno que se opone al actual, su reacción más apropiada tal vez sea no apoyar al gobierno actual, sino defeccionar de éste”.<sup>18</sup>

En mi opinión -conformada más por la experiencia que por la lectura- la respuesta a la pregunta de cómo deciden los jueces es tan compleja debido a la coexistencia de muy distintos elementos que van desde los contenidos de las normas hasta cuestiones personalísimas de los decisores. Intuyo que los jueces deciden motivados por el ordenamiento jurídico y/o por sus ideas políticas, también actúan racionalmente en arreglo a sus fines (aplicar la ley- resolver de acuerdo a su cosmovisión política) y también, en tanto acción social en sentido weberiano, su conducta está referida a la conducta de otros,

16 Rosenkrantz, Carlos, “La pobreza, la ley y la Constitución”.

17 Helmke, Gretchem. (2003). “La lógica de la defección estratégica; relaciones entre la Corte Suprema y el Poder Ejecutivo en la Argentina en los períodos de la dictadura y la democracia”. En: Desarrollo Económico, vol. 43, N° 170.

18 Helmke, Gretchem. (2003). “La lógica de la defección estratégica; relaciones entre la Corte Suprema y el Poder Ejecutivo en la Argentina en los períodos de la dictadura y la democracia”. En: Desarrollo Económico, vol. 43, N° 170.

orientándose por ésta en su desarrollo.<sup>19</sup>

Por último, ya analizando la coyuntura de estos últimos años:

### **¿Cómo funciona el sistema constitucional de frenos y contrapesos?**

Hace ya unos cuantos años que en la Argentina no se pueden lograr los acuerdos políticos para tomar aquellas decisiones que son centrales para equilibrar, sopesar, frenar las relaciones entre el Poder Judicial y los Poderes Políticos. Nuestro sistema constitucional establece una serie de herramientas institucionales para que los representantes del pueblo, ya sea legisladores o gobernantes, puedan realizar un control político de la magistratura. Los jueces, por su parte, controlan la legalidad de la actuación administrativa y la constitucionalidad de la actuación legislativa. Los gobernantes y legisladores tienen la facultad de nombrar a quienes integran el poder judicial y, en su caso, removerlos. Para lo uno y lo otro, ya sea con la intervención del Consejo de la Magistratura o de las cámaras legislativas, exige mayorías especiales que la actual fragmentación política y la falta de diálogo transforman en una quimera. En la actualidad no existe una fuerza partidaria que pueda conseguir esas mayorías políticas y el futuro no se vislumbra prometedor en este aspecto.

Entonces, la maquinaria para los frenos y contrapesos de los poderes constituidos hoy resulta obsoleta, está rota, desequilibrada en favor del Poder Judicial que se ve reforzada por un constante avance en la limitación y control de la discrecionalidad política, tanto del legislador como del titular del ejecutivo, además del auto reconocimiento del carácter erga omnes de las sentencias del poder judicial dentro de los procesos colectivos o acciones de clase.

Si sumamos el intento de creación de un nuevo control de constitucionalidad respecto del sistema internacional de protección de los derechos humanos y del derecho público provincial, el futuro de nuestras instituciones democráticas se oscurece mucho más.

Es entonces necesario encarar una amplia reforma institucional, no dirigida en exclusividad hacia el Poder Judicial, sino pensando en el actual sistema de frenos y contrapesos, para encontrar soluciones a la fragmentación política, a la luz del principio constitucional de

19 Cabral, Pablo Octavio; “¿Cómo deciden los jueces? Releyendo el trabajo de Gretchen Helmke sobre la lógica de la defección estratégica”, Revista de la Escuela Judicial de la Provincia de Buenos Aires, N° 01 de noviembre de 2021.



soberanía popular y representación democrática.

### III. EL POSICIONAMIENTO POLÍTICO E INSTITUCIONAL DE LA ACTUAL CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

En este punto voy a analizar las doctrinas de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la que utilizó dos conceptos que permiten advertir una transformación de su rol institucional que implica su fortalecimiento, por arrogarse la facultad de controlar la constitucionalidad de las normas y decisiones de los sistemas internacionales de derechos humanos, a partir de la utilización discrecional de los principios del derecho público de nuestra constitución (“Fontevicchia II”) y de una particular versión vernácula de la doctrina foránea del *margen de apreciación nacional* (“Escalante”), replicada en su relación con las provincias en el *margen de apreciación local* (“Asociación Civil Asamblea Permanente de los Derechos Humanos de Mendoza”).

#### III. 1. LA CSJN COMO CABEZA DEL PODER JUDICIAL. LOS MISTERIOSOS PRINCIPIOS DEL DERECHO PÚBLICO CONSTITUCIONAL (ART. 27 CN)

En las últimas décadas en nuestra región, los textos constitucionales dejaron de ser un instrumento de organización instrumental del poder -mediante la asignación de competencias ejecutivas, legislativas o judiciales- transformándose en el vehículo por el que valores y principios se incorporan a los sistemas jurídicos<sup>20</sup>.

Este fenómeno genera problemas de legitimación en el propio sistema y nos obliga a repensar el modo en que el poder judicial interpreta creativamente el ordenamiento jurídico. Explica Duquelsky Gómez que; “la incorporación de principios altera la concepción positivista tradicional de que el derecho es simplemente un conjunto o un sistema de normas. En ese sentido es ilustrativa la ya clásica crítica de Dworkin a la teoría de las reglas de Hart. El eje de su propuesta consiste en señalar que, a diferencia de lo que sostiene el positivismo, el derecho no está integrado solo por normas sino también por direc-

20 Etcheverry, Juan Bautista: Constitución, principios y positivismo jurídico, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2020.

trices y principios. Ahora bien, la crisis del legalismo normativista y el surgimiento de esta larga lista de teorías no positivistas —muchas además constitutivas o al menos íntimamente ligadas al llamado neo constitucionalismo—, han generado una doble preocupación: en un sentido, que, ante la falta de límites derivada de la vaguedad propia de la incorporación de principios, y la consecuente ampliación del poder de los jueces, se pongan en riesgo garantías constitucionales de los ciudadanos. En otra línea, que el mayor poder asumido por los jueces derive en un detrimento de la voluntad popular expresada a través de la representación legislativa<sup>21</sup>.

En la definición del concepto de los principios jurídicos se mezclan diferentes corrientes filosóficas del derecho, así como regulaciones normativas y posiciones doctrinarias encontradas. La primera distinción que haremos es entre los principios generales del derecho y aquellos principios jurídicos de una rama específica de la ciencia jurídica como los principios del derecho constitucional o los principios del derecho público. En este punto no nos referiremos a los principios específicos de un área jurídica en particular, sino de aquellas directrices que se aplican a la totalidad del derecho. La clásica definición positivista de los principios generales del derecho expuesta por Carnelutti dice que éstos no son algo que exista fuera sino dentro del mismo derecho escrito, ya que derivan de las normas establecidas, agregando gráficamente que se encuentran dentro del derecho escrito como el alcohol dentro del vino: son el espíritu o esencia de la ley<sup>22</sup>.

Así, los principios se obtienen inductivamente del análisis de las normas que integran el ordenamiento jurídico. Se parte de las normas individuales que integran el sistema jurídico y se obtiene un principio superior o general que orienta el derecho positivo particular. Desde una postura crítica del iuspositivismo, Ronald Dworkin define los principios como estándares que han de ser observados porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad. Aquí los principios son previos o anteriores al ordenamiento jurídico positivo y constituyen verdades supremas del derecho nacidas de la lógica y la éti-

21 Duquelsky Gómez, Diego, “La falsa dicotomía entre garantismo y activismo judicial”, DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 41 (2018) ISSN: 0214-8676 pp. 193-209.

22 Carnelutti, Francesco, Sistema di Diritto Processuale Civile, I. Funzione e composizione del processo, 1936, Padova, p. 120.

ca y que por ser racionales y humanas son universales<sup>23</sup>.

Eduardo García de Enterría describió a los principios generales del derecho como una condensación, a la vez, de los grandes valores jurídicos materiales que constituyen el sustrato mismo del ordenamiento y de la experiencia reiterada de la vida jurídica<sup>24</sup>.

Buscando una delimitación del concepto seguiremos un trabajo de Genaro Carrió donde destaca los diversos significados que en los ámbitos jurídicos se le otorga a la palabra principios, vinculándolo; 1) Con las ideas de “propiedad fundamental”, “núcleo básico”, “característica central”; 2) Con las ideas de regla, guía, orientación o indicación generales; 3) Con las ideas de “fuente generadora”, “causa” u “origen”; 4) Con las ideas de “finalidad”, “objetivo”, “propósito” o “meta”; 5) Con las ideas de “premisa”, “inalterable punto de partida para el razonamiento”, “axioma”, “verdad teórica postulada como evidente”, “esencia”, “propiedad definitoria”; 6) Con las ideas de “regla práctica de contenido evidente”, “verdad ética incuestionable”; 7) Con las ideas de “máxima”, “aforismo”, “proverbio”, “pieza de sabiduría práctica que nos viene del pasado y que trae consigo el valor de la experiencia acumulada y el prestigio de la tradición”<sup>25</sup>.

El concepto de principios jurídicos que utilizaremos aquí, siguiendo a este autor, no coincide con las diversas ideas antes expuestas, sino que presenta las siguientes características: 1) Son pautas de segundo grado, ya que presuponen la existencia de otras reglas y se refieren a ellas. 2) Están orientadas a quienes se encuentran en posición de justificar decisiones con base en normas de primer grado. 3) Disponen pautas referidas a cómo y cuándo deben aplicarse las reglas sobre las que versan, qué alcance darles, cómo combinarlas, etc. Asimismo, en determinados casos completan las llamadas “lagunas del derecho”. 4) Tienen un cierto grado de neutralidad tópica, o de relativa indiferencia de contenido, ya que trasponen los límites de distintos campos de regulación jurídica. 5) Los llamados principios generales del derecho integran nuestro ordenamiento jurídico, y disposiciones positivas expresas se refieren a su aplicación a la hora de

23 Dworkin, Ronald, *Una cuestión de principios*, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2012.

24 García de Enterría, Eduardo, “La lucha contra las inmunidades del poder”, 1983, Ed. Civitas, Madrid, p. 42 y ss.

25 Carrió, Genaro R., “Notas sobre Derecho y lenguaje”, edición corregida y aumentada, 1994, Ed. Abeledo-Perrot, p. 209

resolver una cuestión litigiosa por parte de un juez.

La función de los principios de derecho se puede sintetizar en las siguientes tres misiones: i) Informadora: Los principios se dirigen al legislador, quien los debe considerar al momento de legislar, actuando como fundamento del ordenamiento jurídico; ii) Normativa: Sirven para llenar los vacíos legislativos actuando en forma supletoria en caso de ausencia de norma; por ello se afirma que los principios son medios de integrar el derecho; iii) Interpretadora: Esta función es trascendente para la interpretación realizada por los jueces, quienes se deben orientar, al momento de fallar, por estos principios del ordenamiento jurídico.

Estas miradas clásicas sobre los principios generales del derecho adquieren una especial relevancia a partir de la instalación de las teorías pos positivistas y la aparición de las visiones neo constitucionales que desembarcaron en nuestro ordenamiento jurídico vigente, a través de la reforma constitucional de 1994 –principalmente a través de la incorporación de tratados internacionales de protección de derechos humanos- y –luego de ello- en el proceso de constitucionalización del derecho privado<sup>26</sup>.

Así, el nuevo Código Civil y Comercial argentino –que vino a reemplazar la obra de Vélez Sarfield<sup>27</sup>- realiza una modificación estructural de la forma en que se construye y desarrolla el fenómeno jurídico en nuestra nación, ya que dispone la interpretación y aplicación de las normas a partir y desde los principios y valores jurídicos de una forma coherente con el ordenamiento (arts. 1º a 3º, Ley N° 26.994).

26 Ver Ruiz Manero, Juan, *Imperio de la ley y ponderación de principios*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2018.

27 El Código Civil de Vélez Sarfield, en su art. 15 imponía a los jueces la obligación de fallar o resolver los casos que les son planteados por las partes. Decía esta norma que “Los jueces no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes”. El art. 16 del mismo texto establecía una pauta de interpretación de las cuestiones civiles que se ha extendido a la totalidad del ordenamiento: “Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso”. En autos “Petruccelli, F. y otro v. Municipalidad de la Capital” resolvió la Corte Suprema de la Nación que la regla de interpretación prevista en el art. 16 excede los límites del Derecho Privado para proyectarse como un principio general vigente en todo el orden jurídico interno (Corte Sup., fallo del 13/6/1989, publicado en JA 1990-II-93).

En palabras de Amos Grajales: “Por ello el cambio no es de aquellos que puedan entenderse como intra sistémicos, sino que claramente modifican las bases sobre las que se sostiene el propio sistema. O, mejor dicho, cambia lo que entendemos que resulta ser ese sistema mismo. Lo que hasta la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial se entendía por derecho, lo que hasta ese momento se entendía cuál era la función del juez, mutó. Lo que antes era subsunción hoy es, además y principalmente, ponderación; lo que antes era subsidiario, hoy es lo primordial. Todo ello con un solo artículo del Código de apenas cuatro renglones (art. 2º del Código). Los jueces ya no podrán ser la boca inanimada de la ley.”<sup>28</sup>

En efecto, el artículo 2 de Código Civil y Comercial de la Nación establece: “Interpretación. La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.”

En el siguiente artículo dispone el nuevo código: “Deber de resolver. El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada.”

En el actual sistema jurídico argentino los jueces adquieren una centralidad, no solo en la interpretación del derecho, sino en la construcción de nuestro ordenamiento convencional, constitucional y legal. Siguiendo a Grajales; “El sentido de la norma ya no será descubierto en elementos propios de la norma o en las palabras que el legislador hubiera podido dejar a la posterioridad en la exposición de motivos de las leyes o en otros textos contemporáneos a ella. Poco importa ya lo que ha querido decir el legislador sino intentar otorgar un significado de las palabras de la norma que sea compatible con los principios y valores de la comunidad y con los tratados de derechos humanos suscriptos por el país. Es importante reiterarlo, el art. 2º del Código es un salto a la discrecionalidad y a la creación por parte del juez. Ya no es lo sustancial lo que quiso decir el legislador en la norma, sino saber cuál es la interpretación más acorde a los tratados de derechos humanos, a los principios y a

28 Grajales, Amos, “El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación y el juez como “la boca de los principios”. De la subsunción a la ponderación”, SJA 2015/07/29-3; JA 2015-III. Ver también: Grajales, Amós Arturo y Negri, Nicolás, *Argumentación jurídica*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2014.

los valores que rodean al juez y a la comunidad (Nino). Si la norma fue creada con anterioridad a un tratado de derechos humanos, poco importa lo que quiso el legislador si ello no es compatible con esas nuevas normas supranacionales.”<sup>29</sup>

En base a dicha transformación del mecanismo de resolución de casos y aplicación del derecho por parte de los jueces adquiere relevancia las llamadas teorías de la argumentación jurídica. A partir del trabajo del jurista alemán Robert Alexy<sup>30</sup>, cuyas ideas fueron difundidas en Hispanoamérica por el profesor Manuel Atienza<sup>31</sup> —para quién el derecho consiste fundamentalmente en argumentar—, la presencia y peso de las teorías de la argumentación jurídica es innegable en la actualidad del derecho argentino.

Según explica Omar Vázquez Sánchez, la teoría de la argumentación jurídica: “ha supuesto una renovada óptica del quehacer jurídico: este nuevo enfoque jurídico, por cierto, difícil de retroceder en los modernos estados constitucionales, nos viene a recordar la importancia de la argumentación en los procesos de creación, interpretación, aplicación, decisión, etc., del Derecho. Es decir, el Derecho en el constitucionalismo es argumentación”<sup>32</sup>.

Si bien aquí no procede ni es posible desarrollar todas las implicancias de su impacto en nuestra tarea, sí es mi intención referirme al impacto de esta construcción teórica de la interpretación del derecho nacional en la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema vinculada con su rol respecto de la evaluación de normas y decisiones provenientes del sistema internacional de derechos humanos.

A partir de la resolución del caso “Ministerio de Relaciones y Culto”<sup>33</sup> (En adelante me referiré a este fallo como *Fontevicchia II*)

29 Grajales, Amos, “El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación y el juez como “la boca de los principios”. De la subsunción a la ponderación”, SJA 2015/07/29-3; JA 2015-III.

30 Alexy, Robert: *Teoría de la Argumentación Jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Editorial Palestra, Lima, Perú, 2007.

31 Atienza, Manuel: *Curso de Argumentación Jurídica*, Editorial Trotta, Madrid, 2013.

32 Vázquez Sánchez: “De lo que la teoría de la argumentación jurídica puede hacer por la práctica de la argumentación jurídica”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, N° 12, 2009, pp 99-134.

33 CSJN, Fallos: 340: 47; “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/



la Corte revisa su relación con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, entre otros argumentos, utilizando el texto del artículo 27 de la Constitución Nacional.

La Corte argentina evaluó si la orden contenida en la parte resolutive de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en tanto dispone “dejar sin efecto la condena civil impuesta a los señores Jorge Fontevecchia y Héctor D’Amico” en la causa “Mennem” ha sido dictada dentro del marco de atribuciones previsto por la Convención Americana de Derechos Humanos y puede ser cumplida por esa Corte a la luz del ordenamiento constitucional nacional. La respuesta a la que arribaron los ministros votantes fue negativa por los siguientes argumentos.

Parte en su razonamiento de la característica de sistema subsidiario que revisten las normas y organismos interamericanos de derechos humanos, recordando que la Corte Interamericana no interviene como cuarta instancia revisora de las decisiones nacionales, destacando también que la propia Convención no dispone que el tribunal pueda dejar sin efecto una sentencia dictada en sede nacional (Art. 63.1 CADH).

En lo que aquí interesa, en sus considerandos 16 y 17, que por su trascendencia transcribo íntegramente a continuación:

**“16) En este caso, dejar sin efecto la sentencia de esta Corte pasada en autoridad de cosa juzgada es uno de los supuestos en los que la restitución resulta jurídicamente imposible a la luz de los principios fundamentales del derecho público argentino. Desde esta perspectiva constitucional, el art. 27 de la Carta Magna prescribe “[e]l Gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución” (subrayado añadido). Estos principios reseñados se traducen en el modo en que deben ser interpretadas las obligaciones asumidas por el Estado argentino. El constituyente ha con-**

Informe sentencia dictada en el caso Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, sentencia de fecha 14 de febrero de 2017. Esta sentencia será analizada con más detalle en los siguientes puntos del presente trabajo.

**sagrado en el art. 27 una esfera de reserva soberana, delimitada por los principios de derecho público establecidos en la Constitución Nacional, a los cuales los tratados internacionales deben ajustarse y con los cuales deben guardar conformidad (Fallos: 316:1669; entre otros).**

**17) Entre dichos principios inconvencionales se encuentra, sin duda alguna, el carácter de esta Corte como órgano supremo y cabeza del Poder Judicial, conforme surge del arto 108 de la Constitución Nacional (Fallos: 256:114; 289:193; 318:986; 319:1973; 328:2429; 329:3235, 5913; 330:49, 251; 338:1575; entre muchos otros). Revocar la sentencia firme dictada por este Tribunal implica privarlo de su carácter de órgano supremo del Poder Judicial argentino y sustituirlo por un tribunal internacional, en clara transgresión a los arts. 27 y 108 de la Constitución Nacional.”**

Así, la Corte establece un límite a la aplicación de una decisión del sistema interamericano de Derechos Humanos con fundamento en que su acatamiento implicaría la violación del principio de derecho público constitucionalizado que establece la superioridad y cabeza del Poder Judicial del órgano Corte Suprema de Justicia Nacional.

Como lo afirma Víctor Abramovich; “el punto más conflictivo de toda la decisión está en el argumento de la existencia de un orden conformado por los principios fundamentales de derecho público argentino que funciona como “valladar” infranqueable de reserva de soberanía ante la aplicación de los tratados internacionales, incluso de los que han sido constitucionalizados”, implicando el alejamiento de la posición monista respecto de nuestro ordenamiento jurídico –bloque de constitucionalidad único- y el consecuente retorno a la visión dualista de la relación entre derecho internacional y derecho interno (dos sistemas normativos diferentes).<sup>34</sup>

La jurisprudencia nacional y la doctrina coinciden en reconocer entre los principios inconvencionales de derecho público de nuestra constitución, entre otros, los siguientes; principio de legalidad o juridicidad; principio de igualdad; principio de razonabi-

34 Abramovich, Víctor (2017): “Comentarios sobre “Fontevecchia”, la autoridad de las sentencias de la Corte Interamericana y los principios de derecho público argentino”, en: Revista Pensar en Derecho, Facultad de Derecho, UBA, pp. 9-25

lidad; principio de soberanía popular; principio de representación democrática; entre otros.

El principio utilizado en este fallo por los cortesanos no integra ese grupo de principios de derecho público de nuestra Constitución Nacional más desarrollado por la doctrina y la jurisprudencia.

¿La supremacía jerárquica de la Corte Suprema de Justicia es un principio de derecho público de nuestra Constitución nacional? Los ministros firmantes de las sentencias en estudio en este trabajo así lo afirmaron.

Veamos el texto de la norma de la que la Corte extrajo el “*principio inconvencible*” del derecho público de superioridad jerárquica y cabeza del Poder Judicial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación:

“Art. 108 CN. El Poder Judicial de la Nación será ejercido por una Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales inferiores que el Congreso estableciere en el territorio de la Nación.”

Dicha norma, integra la parte orgánica de nuestra organización constitucional y –en una clasificación tradicional de los tipos normativos– puede ser considerada como una *norma organizativa*, en la que se asigna competencia a los órganos del Estado.<sup>35</sup>

Además de ser una norma propia de la organización instrumental del poder constituido, es una disposición constitucional específica y concreta que se diferencia de aquellas genéricas que se aplican a un amplio número de situaciones, como sucede con los criterios para la reglamentación de los derechos o los principios de derecho públicos expuestos en la parte dogmática de nuestra Constitución.<sup>36</sup>

A la hora de interpretar las distintas normas constitucionales la doctrina establece algún tipo de jerarquía, por ejemplo, entre normas dogmáticas y orgánicas, otorgando primacía a las primeras por sobre las segundas. El propio Rosatti afirma lo siguiente: “El fundamento de esta jerarquía en la relación *dogma-organización*, que

35 Rosatti, Horacio, *Tratado de Derecho Constitucional*, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2017, Tomo I, pág. 80.

36 Rosatti, Horacio, *Tratado de Derecho Constitucional*, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2017, Tomo I, pág. 80.

debe ser considerado como regla interpretativa, se encuentra en la distinta naturaleza de las disposiciones: las primeras expresan una concepción ideológico-política (cuanto no filosófica) que permiten *definirnos* o –cuando menos– *identificarnos* con el Estado-Nación; las segundas son normas de instrumentación, de gestión o de administración y –en tal carácter– su parámetro de referencia es la consistencia, la congruencia y la eficiencia técnica para expresar con fidelidad el *dogma* constitucional. En esta inteligencia, se entiende que las cláusulas *orgánicas* guarden una relación de subordinación respecto de las *dogmáticas*.”<sup>37</sup>

Sobre los alcances y límites de la disposición constitucional que le da carácter de suprema a la Corte de Justicia de la Nación, veamos la propia opinión de Horacio Rosatti, en su condición de académico; “Rol institucional. La Corte es “Suprema” porque: Desde el punto de vista de la función jurisdiccional, constituye la última instancia de decisión en el ámbito nacional. El reconocimiento de la jurisdicción internacional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos asumida por nuestro país (bajo condición de reciprocidad) al momento de ratificar dicha Convención (ley 23.054, art. 2°), luego elevada al rango de documento “con jerarquía constitucional” (art. 75, inc. 12, segundo párrafo, Const. Nac.), supone reconocer que –en los temas referidos– existe una instancia jurisdiccional por sobre la Corte Suprema de Justicia Nacional. Pero la Corte sigue siendo Suprema en el ámbito de las decisiones dictadas en el ámbito nacional.”<sup>38</sup>

La supremacía institucional de la cabeza del Poder Judicial queda relegada al ámbito nacional y la compatibilidad de esta característica de organización de este poder constituido con el Sistema Interamericano de Derechos Humanos fue evaluado por los representantes de pueblo al sancionar la ley que ratificó la Convención y al modificar la Constitución en 1994.

Hasta aquí, el principio de derecho público identificado por la Corte en el artículo 108 de la Constitución Nacional es una norma de tipo organizativa, es decir una cláusula orgánica, que no comparte las características de los principios constitucionales generales y con contenido dogmático. Debido a la relevancia que el Tribunal le otorga a

37 Rosatti, Horacio, *Tratado de Derecho Constitucional*, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2017, Tomo I, pág. 141.

38 Rosatti, Horacio, *Tratado de Derecho Constitucional*, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2017, Tomo II, pág. 438.

este principio, la sentencia en análisis debió haber argumentado en forma suficiente exponiendo con claridad las razones por las que sostiene que de esta norma de organización del Poder Judicial, surge un principio para limitar el cumplimiento de una decisión proveniente del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y permitir construir una doctrina jurisprudencial que habilite un control de constitucionalidad de las fuentes internacionales.

Además de ello, como lo expuso Abramovich, “la obligatoriedad de las sentencias de la Corte Interamericana establecida en el artículo 68 de la Convención Americana es un principio fundamental del derecho público constitucional argentino, tanto como aquel del artículo 108 de la Constitución que asigna a la Corte Suprema la cabeza del Poder Judicial. La posición del bloque único parte de una clara premisa política: cuando el poder constituyente llevó los tratados a la Constitución analizó que eran compatibles con ella, de modo que no corresponde a los jueces presuponer contradicciones entre el tratado y la constitución originaria, pues sería equivalente a admitir contradicciones entre dos normas del texto constitucional.”<sup>39</sup>

### III. 2. LA CSJN FRENTE AL SISTEMA NORMATIVO SUPRA NACIONAL. EL MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL

El margen de apreciación nacional es una *doctrina foránea*, ahora replicada entre nosotros por destacados autores argentinos. Su origen y desarrollo no tuvo fundamento normativo alguno, ni en el sistema europeo de derechos humanos –donde nació jurisprudencialmente–, ni en el sistema interamericano de derechos humanos, ni tampoco en nuestro ordenamiento jurídico nacional.

En Europa la aplicación de la doctrina es titularidad de Tribunal Europeo de Derechos Humanos quien revisa las decisiones discrecionales de los Estados Nacionales en determinados contextos y respecto de algunos derechos fundamentales. La revisión y aplicación del margen de apreciación nacional lo titulariza y ejerce la jurisdicción internacional y la actividad discrecional sometida a escrutinio de convencionalidad es la propia de los Estados nacionales, provenga de su Poder Ejecutivo, Poder Legislativo o Poder Judicial. La revisión

39 Abramovich, Víctor, ob. cit.

de la actividad estatal –utilizando esta doctrina– está en cabeza del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la materialidad analizada son las políticas y decisiones soberanas de cada país, producidas por cualquiera de las autoridades de sus tres poderes constituidos.

Es necesario volver sobre la caracterización sobre nuestro actual sistema jurídico en lo que concierne al ya referido carácter fáctico que reviste el derecho interno en sedes internacionales. En efecto, en virtud de la regla de inoponibilidad del derecho interno plasmada en el art. 27 de la Convención de Viena, las normas –tanto legales como constitucionales– las sentencias y los actos emanados del Estado son para los cuerpos internacionales simples hechos, que se analizan a nivel internacional con total prescindencia de su significación o jerarquía dentro del ordenamiento jurídico del respectivo Estado.<sup>40</sup>

Esa naturaleza meramente fáctica del plexo normativo del país, de sus sentencias, de sus actos administrativos y –en suma– del cúmulo de expresiones posibles del poder público frente a las normas convencionales pone en evidencia que el proceso globalizador, confirió a los cuerpos internacionales la capacidad de juzgar la validez de las decisiones de ese mismo Estado como actos carentes de toda imperatividad.

Como explica Juan Justo: “El derecho más imperativo –la Constitución– tiene para los cuerpos internacionales el mismo valor que la costumbre para el juez del siglo XX. Irrelevancia jurídica y valor fáctico. Como en la Edad Media, el poder político doméstico no tiene la capacidad de creación del derecho. El derecho fiscal se crea en la OMC, el derecho administrativo y regulatorio se crea en el CIA-DI, y el derecho constitucional en la Corte Interamericana. A veces se crea formalmente y otras interpretativamente. El ordenamiento interno ha perdido, así, su rol de elemento de cohesión”<sup>41</sup>.

Adelanto entonces que se trata de una doctrina para justificar el incumplimiento del ordenamiento jurídico internacional en materia de derechos humanos por parte de los Estados que son parte de ese sistema supranacional de protección. El *margen de apreciación nacional* habilita a los Gobiernos de los Estados parte a **restringir o limitar alguno/s derecho/s fundamental/es**, con el argumento que las especiales y particulares circunstancias históricas, sociales, económicas, jurídicas o culturales de cada nación, lo justifican.

40 Justo, Juan, Ob. Cit.

41 Justo, Juan, Ob. Cit.

## A) CONCEPTUALIZACIÓN DEL MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL (HORACIO ROSATTI). HACIA UN NUEVO CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD VERTICAL (SUPRA NACIONAL)

Existen diversas definiciones sobre este concepto o doctrina, muchas de las cuales serán desarrolladas más abajo al analizar su aplicación en el Sistema Europeo de Derechos Humanos y el intento de hacerlo en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, pero tratándose de un trabajo centrado en la aplicación que hace nuestro máximo tribunal federal tomaremos una primera definición conceptual de Horacio Rosatti, quien promueve -tanto en su función de académico como en tarea de Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación- su incorporación a nuestro ordenamiento jurídico<sup>42</sup>.

Para Rosatti el margen de apreciación nacional es “una *potestad inherente a la soberanía de los Estados Nacionales*, ejercida en concordancia con el orden internacional para **evaluar** si una norma, decisión o interpretación internacional **emitida** en ejercicio de una competencia i) derivada del orden internacional, ii) disputada entre dicho ámbito y el nacional, iii) insuficientemente regulada; o iv) aquejada de polisemia, y destinada a ser aplicada en su territorio, *lesiona normas, principios o valores de la Constitución Nacional*”<sup>43</sup>.

Quisiera adelantar que esta definición se aparta de la construida jurisprudencialmente en el sistema europeo de derechos humanos, así como de la concepción cuya aplicación al Sistema Interamericano discute la doctrina y la propia jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Lo iremos viendo a lo largo del presente documento.

42 Bruno, Cecilia Romina; “Hacia el necesario desarrollo de un margen de apreciación nacional”. Dice: “Sin lugar a dudas, ha sido el doctor Horacio Rosatti quien se ha encargado de estructurar de algún modo esta temática y de darle así visibilidad, desde el punto de vista académico y judicial. Lo ha incluido en sus disertaciones y conferencias, y también lo ha incorporado –como integrante de la Corte Suprema de Justicia de la Nación- a la fundamentación de sus votos, en algunos casos, en conjunto con alguno de sus colegas.”

43 Rosatti, Horacio D; “Globalización, convencionalidad y estatalidad. Sobre el margen de apreciación nacional en la aplicación de normas internacionales”; “El margen de apreciación nacional y el margen de apreciación local: Teoría y praxis judicial”, Revista de Derecho Público, vol. 2018.2, Santa Fe, p. 653 y siguientes.

La definición de Rosatti hace mención a un tipo de actividad propia de la judicatura, referida específicamente al control de constitucionalidad. Describe aquella función en la que se evalúa si una norma, decisión o interpretación lesiona la Constitución Nacional. La particularidad del caso es que la actividad revisada proviene del ámbito internacional pudiendo tratarse de un tratado de derechos humanos o de una decisión de alguno de los organismos internacionales que integran los sistemas a los que nuestro país adhirió.

Podría entonces, a partir de esta idea del *margen de apreciación nacional*, adelantar que quien ejerza esta potestad, bien podría evaluar si un pacto internacional (norma) o una decisión o interpretación de un organismo internacional como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (sentencia u opinión consultiva), destinada a ser aplicada en nuestro territorio nacional, lesiona -o no lo hace- tanto normas como principios y valores de nuestro bloque de constitucionalidad federal. También surge de la definición que la evaluación del órgano nacional competente es posterior a la emisión de la norma, decisión o interpretación sometida a un nuevo test de constitucionalidad que nace con la particular aplicación de la doctrina del margen de apreciación nacional.

¿Quién tiene la titularidad de la facultad de actuar discrecionalmente en los términos del concepto de *margen de apreciación nacional* para Rosatti?

El autor y juez se pregunta por la titularidad de la mentada potestad de apreciación<sup>44</sup>. Como vimos, la respuesta está implícita en su definición del margen de apreciación nacional, tanto por el tipo de tarea que conlleva la “*percepción de algo a través de los sentidos o de la mente*”<sup>45</sup> como por el mecanismo de revisión constitucional que describe: Su titu-

44 Rosatti, Horacio D; “Globalización, convencionalidad y estatalidad. Sobre el margen de apreciación nacional en la aplicación de normas internacionales”; “El margen de apreciación nacional y el margen de apreciación local: Teoría y praxis judicial”, Revista de Derecho Público, vol. 2018.2, Santa Fe, p. 653 y siguientes.

45 Este tipo de actividad perceptiva, así descrita, da cuenta de una actividad individual de un sujeto, y parece –en principio- no ser aplicable a la tarea que puede desarrollar un colectivo de personas –como un cuerpo legislativo-, donde no existe tal percepción aislada sino que se produce, a lo sumo, una discusión colectiva sobre las distintas percepciones y se resuelve por un criterio numérico de mayoría de votos.



lar debería ser el Poder Judicial que en nuestro sistema tiene competencia para realizar el control de constitucionalidad en forma difusa.

Luego de algunas consideraciones generales, Rosatti da respuesta a su pregunta por la titularidad de la potestad de apreciación, coincidiendo parcialmente con mi razonamiento derivado de su propia definición de la doctrina del margen de discrecionalidad estatal. Dice sobre el ejercicio de dicha facultad: “*Limitar la aplicación del margen de apreciación al ámbito judicial o jurisdiccional importa caer en un reduccionismo infundado. El instituto es igualmente aplicable en la instancia constituyente y, dentro del ejercicio del poder constituido, por parte del órgano legislativo. Esto es evidente en el caso de la República Argentina.*”<sup>46</sup>

En igual sentido se expresa Néstor Sagués: “la legitimación de tal teoría parte de la afirmación que no constituye un privilegio para los Estados, sino una consecuencia de la democracia y el pluralismo, que es bueno comprender las realidades jurídicas, económicas y sociales de cada país, y la apreciación que de ellas hagan los tribunales nacionales, que son los más próximos y autorizados (en principio) para evaluar, en cada terreno concreto, los problemas de aplicación de los derechos humanos provenientes de una fuente jurídica internacional”<sup>47</sup>(el subrayado me pertenece).

En síntesis –según Rosatti-, los titulares de la potestad son el Poder Judicial, el Poder Constituyente y el Poder Legislativo, omitiendo expresamente reconocer tal facultad al titular del Poder Ejecutivo.

¿Qué condiciones y requisitos son exigibles para que proceda la discrecionalidad estatal que habilita el *margen de apreciación nacional*?

Este tipo de control judicial de la actividad legislativa y administrativa permite que el juez analice las decisiones tomadas por dichos poderes en ejercicio de las llamadas potestades discrecionales, a la luz de los argumentos expuestos por el particular que impugna la

46 Rosatti, Horacio. En igual sentido se expresan Martínez, Leandro Abel y Rosatti, Emilio: “Ensayo sobre el margen de apreciación nacional y la jerarquía de las fuentes en el sistema constitucional argentino”, UNAM; “se sostiene la existencia de un margen de apreciación a favor de las autoridades nacionales-legislativas y jurisdiccionales- respecto de la interpretación y aplicación del derecho internacional”.

47 Sagués, Néstor, “Las relaciones entre los tribunales internacionales y los tribunales nacionales en materia de derechos humanos. Experiencias en Latinoamérica.”, *Ius et Praxis*, vo. 9, nro 1, Talca, 2003.

decisión y por el gobernante que la sostiene y que han sido ordenadamente discutidos en el proceso judicial desarrollado en sus estrados.

## B) SU ORIGEN JURISPRUDENCIAL EN EL SISTEMA EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (SEDH)

El margen de apreciación nacional es un concepto que nació en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, donde se desarrolló y adquirió fama y relevancia, no siendo pacífica –como veremos- su incorporación a nuestro sistema regional de protección de Derechos Humanos.<sup>48</sup> Hasta hace unos pocos años no se encontraba incluido en forma expresa en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, positivizándose recién con la entrada en vigencia de su Protocolo N° 15, en agosto de 2021.

Explica Huberto Vargas Balaguera que: “Sin duda se trata de una figura compleja y controvertida, cuyos contenidos son difusos y su aplicación impredecible dada la alta dosis de discrecionalidad con que ha sido –y es- utilizada por los tribunales, por lo que la jurisprudencia es imprecisa y, a menudo, contradictoria, en desmedro de la seguridad jurídica. Sumado a ello, y a la falta de regulación expresa, tenemos que en la doctrina tampoco existe un consenso general sobre sus alcances e intensidad”<sup>49</sup>.

Ignacio Díaz Solimine lo describe de la siguiente forma: “En el

48 Las posturas doctrinarias sobre la cuestión son abundantes, siendo coincidentes en que en el ámbito interamericano la jurisprudencia de la Corte, si bien en un comienzo utilizó el concepto del margen de apreciación nacional, luego no lo utilizó en sus sentencias. La postura contraria puede ser resumida en las palabras de Antonio Cancado Trindade; “Siendo así, la doctrina del margen de apreciación pasa a requerir una seria reconsideración. Afortunadamente, tal doctrina no ha encontrado un desarrollo paralelo explícito en la jurisprudencia bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos” (Cancado Trindade, Antonio; *El acceso directo del individuo a los tribunales internacionales de derechos humanos*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2001, p. 386). Una posición favorable la sostienen Alfonso Santiago y Lucía Bellocchio para quienes: “Nos parece que con el principio de subsidiariedad, la necesidad de evitar conflictos innecesarios con los Estados parte y el progresivo desarrollo institucional y jurisprudencial de la Corte IDH requerirá la adopción y desarrollo de la doctrina del margen de apreciación nacional por parte del tribunal regional” (Santiago, Alfonso y Bellocchio, Lucía (Directores), *Historia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1978-2018)*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2018, p. 580.

49 Vargas Balaguera, Humbro G; “El margen de apreciación nacional”.

sistema europeo de derechos humanos, el término margen de apreciación o margen de discrecionalidad estatal se refiere al espacio de maniobra que los organismos de Estrasburgo están dispuestos a reconocer a las autoridades nacionales –ya sean administrativas, legislativas o judiciales-, al momento de cumplir sus obligaciones contempladas en el Convenio Europeo de Derechos Humanos”.<sup>50</sup>

Para López Alfonsín: “La doctrina del margen de apreciación nacional encuentra su origen como criterio hermenéutico instaurado por los organismos del sistema europeo, a fin de interpretar y aplicar el Convenio Europeo de Derechos Humanos...esta doctrina puede ser entendida como un espacio de discrecionalidad que cuentan los Estados partes, para fijar el contenido y alcance de los derechos del Convenio Europeo, tomando en consideración determinadas circunstancias jurídicas, sociales y culturales.”<sup>51</sup>

Los doctrinarios nacionales que abordaron esta cuestión detallaron en sus trabajos la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, cuyos casos originaron la doctrina del margen de apreciación nacional en el viejo continente.<sup>52</sup>

De la lectura de estos antecedentes jurisprudenciales europeos concluyo lo siguiente:

- En todos los casos la utilización del estándar o criterio interpretativo del margen de apreciación nacional fue utilizado en forma exclusiva por la Corte Europea de Derechos Humanos y no por los poderes judiciales nacionales de los países demandados.

- En todos los casos se analizaba la vulneración, restricción o limitación de un derecho humano reconocido en el respectivo sistema europeo de protección y el margen de apreciación sólo se aplica en casos en que se encuentren afectados derechos que no integran el núcleo duro o esencial, que no admite restricción o limitación.

- La discrecionalidad de cada Estado, analizada con la pauta del margen de apreciación nacional por el tribunal europeo, se mani-

50 Díaz Solimine, Omar Luís y Díaz Solimine, Ignacio Luís; *El margen nacional de apreciación. Aportes a la soberanía jurídica de los Estados*, Astrea, Buenos Aires, 2020, p. 111.

51 López Alfonsín, Marcelo Alberto; “La doctrina del margen de apreciación nacional” en *Revista de Derecho Público*, 2017-1, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2017, p.126.

52 Ver el trabajo de Alfonso, Santiago; “Principio de subsidiariedad y doctrina del margen nacional de apreciación”, Editorial La Ley del 21/12/22.

festó respecto de una política dispuesta en la mayoría de los casos; legislativamente (Art. 4 de la ley 1959 del Reino Unido<sup>53</sup>; Art. 188 del Código Penal de Austria<sup>54</sup>; disposiciones legales sobre libertad religiosa de Turquía<sup>55</sup>; Art. 3 de la Ley de procreación artificial de Austria<sup>56</sup>; regulación civil del matrimonio en Francia<sup>57</sup>; Ley de adopción de Italia<sup>58</sup>, Sección 91 de la Ley de Educación del Cantón de Basilea, Suiza<sup>59</sup>), administrativamente (Reglamento del Consejo Escolar en Italia<sup>60</sup>) y minoritariamente en decisiones judiciales internas que aplicaban el derecho local.

### C) EL MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS (SIDH)

Explica Laura Clérico que el margen de apreciación nacional – aclarando que su aplicación en nuestro ámbito debe ser contextualizada y sobre todo fundada- implica que las autoridades nacionales están mejor posicionadas que el órgano jurisdiccional internacional para realizar la evaluación de la necesidad y proporcionalidad de la medida. Siempre su utilización debe estar referida a la cuestión de fondo, es decir si existían razones –dentro de la discrecionalidad estatal- para justificar la restricción de un derecho<sup>61</sup>.

### D) LA RESTRICCIÓN O LIMITACIÓN DE DERECHOS EN LA CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

53 CEDH; caso “*Handyside c. Reino Unido*” (1976).

54 CEDH; caso “*Otto-Preminger-Institut c. Austria*” (1994).

55 CEDH; caso “*Leyla Sahim c. Turquía*” (2004).

56 CEDH; caso “*S. H. y otros c. Austria*” (2011).

57 CEDH; caso “*Chapin et Charpentier vs. Francia*” (2016).

58 CEDH; caso “*Paradiso y Campanelli c. Italia*” (2017).

59 CEDH; caso “*Osmanoglu c. Suiza*” (2017).

60 CEDH; caso “*Lautsi c. Italia*” (2011).

61 Clérico, Laura; “La enunciación del margen de apreciación: Fontevicchia 2017 desde los márgenes”. *Derechos En Acción*, 7.

¿Qué poder constituido esta convencionalmente autorizado para restringir o limitar los derechos humanos reconocidos por el Sistema Interamericano?

La Convención Americana de Derechos Humanos reconoce una serie de derechos frente a los Estados, permitiendo su restricción o limitación en casos específicamente establecidos en la regulación de cada derecho y disponiendo que tal afectación sólo pueda ser declarada por leyes que se dicten por razones de interés general.

Según la Convención (art. 29. a CADH), es ilícito todo acto orientado hacia la supresión de cualquiera de los derechos proclamados por ella, no obstante que en circunstancias excepcionales y bajo condiciones precisas, la Convención permite suspender temporalmente algunas de las obligaciones contraídas por los Estados (art. 27 CADH).

En su artículo 30 la convención regula el alcance de las restricciones al definir que: “Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a las leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”.

La Corte Interamericana interpretó que los conceptos de orden público o bien común, derivados del interés general, cuando se invoquen como razón para imponer una limitación, deben ser objeto de una interpretación estrictamente ceñida a las justas exigencias de una sociedad democrática que tenga en cuenta el equilibrio entre los diversos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención.

En la Opinión Consultiva N° 5/85 (La colegiación obligatoria de periodistas) dijo la Corte que “Es posible entender el bien común, dentro del contexto de la Convención, como un concepto referente a las condiciones de la vida social que permiten a los integrantes de la sociedad alcanzar el mayor grado de desarrollo personal y la mayor vigencia de los valores democráticos. En tal sentido, puede considerarse como un imperativo del bien común la organización de la vida social en forma que se fortalezca el funcionamiento de las instituciones democráticas y se preserve y promueva la plena realización de los derechos de la persona humana... No escapa a la Corte, sin embargo, la dificultad de precisar de modo unívoco los conceptos de ‘orden público’ y ‘bien común’, ni que ambos conceptos pueden ser usados tanto para afirmar los derechos de la persona frente al poder público,

como para justificar limitaciones a esos derechos en nombre de los intereses colectivos. A este respecto debe subrayarse que de ninguna manera podrían invocarse el ‘orden público’ o el ‘bien común’ como medios para suprimir un derecho garantizado por la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real (ver el art. 29.a de la Convención). Esos conceptos, en cuanto se invoquen como fundamento de limitaciones a los derechos humanos, deben ser objeto de una interpretación estrictamente ceñida a las ‘justas exigencias’ de ‘una sociedad democrática’ que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención” (párrs. 66 y 67).

En su Opinión Consultiva N° 6/86 (9 de mayo de 1986) sostuvo la Corte que: “los criterios del artículo 30 sí resultan aplicables a todos aquellos casos en que la expresión ley o locuciones equivalentes son empleadas por la Convención a propósito de las restricciones que ella misma autoriza respecto de cada uno de los derechos protegidos. En efecto, la Convención no se limita a proclamar el conjunto de derechos y libertades cuya inviolabilidad se garantiza a todo ser humano, sino que también hace referencia a las condiciones particulares en las cuales es posible restringir el goce o ejercicio de tales derechos o libertades sin violarlos. El artículo 30 no puede ser interpretado como una suerte de autorización general para establecer nuevas restricciones a los derechos protegidos por la Convención, que se agregaría a las limitaciones permitidas en la regulación particular de cada uno de ellos. Por el contrario, lo que el artículo pretende es imponer una condición adicional para que las restricciones, singularmente autorizadas, sean legítimas”.

Sintetiza su postura al afirmar que en tal perspectiva no es posible interpretar la expresión leyes, utilizada en el artículo 30, como sinónimo de cualquier norma jurídica, pues ello equivaldría a admitir que los derechos fundamentales pueden ser restringidos por la sola determinación del poder público, sin otra limitación formal que la de consagrar tales restricciones en disposiciones de carácter general.

Sobre esta base -en lo que aquí nos interesa- avanza la Corte sobre las características que debe tener esa legislación restrictiva, en particular sobre su dictado por razones de interés general. Allí define: “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’ (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’ (Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Considerandos, párr. 1). Agrega que “‘Bien común’ y ‘orden público’ en la Convención son términos que deben interpretarse dentro del sistema de la misma, que tiene una concepción propia según la cual los Estados americanos ‘requieren la organización política de los mismos sobre la base del ejercicio efectivo de la democracia representativa’ (Carta de la OEA, art. 3.d ); y los derechos del hombre, que ‘tienen como fundamento los atributos de la persona humana’, deben ser objeto de protección internacional (Declaración Americana, Considerandos, párr. 2; Convención Americana, Preámbulo, párr. 2).

La restricción debe encontrarse entonces prevista en una ley, no ser discriminatoria, basarse en criterios razonables, atender a un propósito útil y oportuno que la torne necesaria para satisfacer un interés público imperativo, y ser proporcional a ese objetivo. Cuando hay varias opciones para alcanzar ese fin, debe escogerse la que restrinja menos el derecho protegido y guarde mayor proporcionalidad con el propósito que se persigue.

### III. 3. EL MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL EN LA SENTENCIA FONTEVECCHIA II

Para un análisis de los alcances de la sentencia en el caso “Escalante” respecto de la doctrina del *margen de apreciación nacional*, debemos complementar el contexto con una breve reseña a la decisión de la Corte Suprema de la Nación en la causa “Fontevicchia II”<sup>62</sup> que puso en crisis su propia doctrina (Casos “Cantos” -2003-<sup>63</sup>, “Espósito” -2004-<sup>64</sup>, “Derecho” -2011<sup>65</sup>-, “Carranza Latrubesse”

62 CSJN, Fallos: 340: 47; “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ Informe sentencia dictada en el caso Fontevicchia y D Ámico vs. Argentina por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, sentencia de fecha 14 de febrero de 2017.

63 CSJN; Fallos: 326:2968.

64 CSJN; Fallos: 327:5668.

65 CSJN; Fallos: 334:1504.

-2013-<sup>66</sup>, “Mohamed” -2015-<sup>67</sup>, entre otros), según la cual a partir de la reforma constitucional de 1994, las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictadas en causas en que la Argentina es parte deben ser cumplidas y ejecutadas por el Estado y, en consecuencia, son obligatorias para la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Frente a la solicitud a la Corte del Ministerio de Relaciones Exteriores y Cultos que dé cumplimiento a una decisión del Tribunal interamericano, nuestro Corte federal dictó sentencia el 14 de febrero de 2017<sup>68</sup>, en la que se puso en tela de juicio el punto resolutorio de la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos al resolver la causa Fontevicchia y Otros Vs. Argentina, donde habiendo declarado que el Estado violó el derecho a la libertad de expresión de los peticionantes (Art. 13 CADH), dispuso que la Argentina debía “dejar sin efecto la condena civil impuesta a Jorge Fontevicchia y Héctor D’Amico, así como todas sus consecuencias”.<sup>69</sup>

La Corte Suprema de Justicia de la Nación consideró que no correspondía hacer lugar a lo solicitado por el Poder Ejecutivo, entendiendo que la obligatoriedad de las decisiones de la Corte Interamericana -que surge del artículo 68.1 de la CADH- debe circunscribirse a aquella materia sobre la cual tiene competencia el tribunal internacional, desestimando así la presentación del Ministerio de Relaciones Exteriores y Cultos de la Nación.

La postura mayoritaria desestimo la presentación del Ministerio por considerar que no correspondía hacer lugar a lo solicitado en tanto ello supondría transformar a la Corte IDH en una “cuarta instancia” revisora de los fallos dictados por los tribunales nacionales desvirtuando el carácter subsidiario del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, en contravención de su propia estructura y de los principios de derecho público de la Constitución Nacional (art. 27 CN). Entendió que la condena de la Corte Interamericana no podía cumplirse porque dicho tribunal regional de Derechos Humanos se

66 CSJN; Fallos: 336:1024.

67 CSJN; Res 477/15 del 25 de marzo de 2015 en Expte. 4499/13.

68 CSJN, Fallos: 340: 47; “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ Informe sentencia dictada en el caso Fontevicchia y D Ámico vs. Argentina por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, sentencia de fecha 14 de febrero de 2017.

69 Corte IDH, Fontevicchia y Otros vs. República Argentina.



había excedido en sus competencias.

Además sostuvo que del texto de la CADH no surge la facultad de la jurisdicción internacional de revocar las sentencias nacionales, interpretando el contenido normativo de su artículo 63.1, y el alcance del término “revocar” utilizado por la Corte Interamericana en su punto resolutorio 21 (ver Considerandos 11 a 15 del voto mayoritario).

La interpretación de la doctrina respecto de este relevante precedente jurisprudencial ha sido variada, aunque en su mayoría se expresó preocupada por considerarla un retroceso en la protección de los derechos humanos en nuestro país.<sup>70</sup> La Corte Suprema trata de

70 Laura Clérico, La enunciación del margen de apreciación: Fontevecchia 2017 desde los márgenes. *Derechos En Acción*, 7(7); Abramovich, Víctor (2017): “Comentarios sobre “Fontevecchia”, la autoridad de las sentencias de la Corte Interamericana y los principios de derecho público argentino”, en: Revista Pensar en Derecho, Facultad de Derecho, UBA, pp. 9-25; Arballo, Gustavo (2017): “La Corte Argentina frente a la Corte Interamericana: la resolución de no-cumplimiento del caso Fontevecchia,” en: <http://www.saberderecho.com/2017/02/la-corte-argentina-frente-la-corte.html>; Bovino, Alberto (2017): “Caso Fontevecchia: la incompetencia de un tribunal”, No hay derecho [Disponible en: <http://nohuboderecho.blogspot.com/2017/02/caso-fontevecchia-la-incompetencia-de.html>]; Gil Domínguez, Andrés (2017): “Estado constitucional y convencional de derecho y control de convencionalidad”, Revista La Ley (3/4/ 2017); Gullco, Hernán (2017): “Corte Suprema vs. Corte Interamericana: ¿quién debe tener la última palabra?”, Buenos Aires, Revista La Ley, (27/4/2017); Hitters, Juan Carlos (2017): “Control de convencionalidad: ¿puede la Corte Interamericana de Derechos Humanos dejar sin efecto fallos de los tribunales superiores de los países?” en: Revista La Ley, Buenos Aires, (2/8/2017), p. 1; Saba, Roberto (2017): “No huir de los tratados”, Revista Pensar en Derecho, [fecha de consulta: 02/06/2018] [Disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revista-10.php>]; Sacristán, Estela (2017): “Ejecutando sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: una contestación de oficio muy especial”, ED, Suplemento de Derecho Constitucional, (20/3/2017), pp. 1-15; Sagüés, María Sofía (2017). “Diálogo jurisprudencial y control de convencionalidad a la luz de la experiencia en el caso argentino”, en: Henríquez Viña, M.; Morales Antoniazzi, M.; El control de convencionalidad, Santiago de Chile: DER Ediciones, pp. 281-370; Palacio de Caeiro, Silvia (2017): “El cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Autor” en: Revista La Ley, Buenos Aires, (8/3/2017). Parra Vera, Oscar (2016): “Algunos aspectos procesales y sustantivos de los diálogos recientes entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en Pablo Santolaya e Isabel Wences (coords.), La América de los Derechos, (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales), pp. 565-606. Pizzolo, Calogero (2017): ¿Ser “intérprete supremo” en una comunidad de intérpretes finales? De vuelta

justificar su negativa a la solicitud de dejar sin efecto su sentencia de 2001 por medio de una interpretación restrictiva de la competencia de la Corte IDH<sup>71</sup>.

El profesor Víctor Abramovich analizó las consecuencias que este precedente podría tener respecto del valor constitucional de los tratados de Derecho Humanos, advirtiendo que: “el tribunal abrió la puerta para discutir en el futuro la competencia remedial de la Corte Interamericana para revisar sentencias de tribunales nacionales, y el argumento de la cuarta instancia con el alcance peculiar que le da la corte local, sirve para poner un límite a otras órdenes de revisión de sentencias, cualquier fuera la instancia que las dicte, lo que le daría a “Fontevecchia” una proyección mayor”<sup>72</sup>.

El desarrollo argumental que me interesa en este trabajo es la mención que efectúa en su considerando decimo respecto del margen de apreciación nacional:

**“10. “Esta comprensión del rol de los tribunales internacionales de derechos humanos como actores subsidiarios ha sido, además, abrazada enfáticamente por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos con sus doctrinas del margen de apreciación nacional (desarrollada a partir de los casos “Lawless v. Ireland”, sentencia del 1º de julio de 1961, y “Handyside v. The United Kingdom”, sentencia del 7 de diciembre de 1976, y expresada más recientemente en el caso “Lautsi and Others v. Italy”, sentencia del 18 de marzo de 2011) y de la “cuarta instancia” (“Schenk v. Switzerland”, 10862/84, sentencia del 12 de julio de 1988;”Tau-**

sobre una interpretación “creacionista” de los derechos humanos en: Revista La Ley (23/2/2017), pp. 7-13; Rey, Sebastián (2017): “En defensa de la convención: una respuesta del derecho internacional a los “elogios” recibidos por la sentencia de la Corte Suprema en el caso “Fontevecchia y D’Amico” en: Revista de Derecho Penal y Criminología, Buenos Aires (2017-6), pp. 199-216; De Antoni, R. (2017). Duelo de Cortes: el caso “Fontevecchia” y el valor de las sentencias de la Corte Interamericana. *Derechos En Acción*, 5(5).

71 Clérico, Laura; “La enunciación del margen de apreciación: Fontevecchia 2017 desde los márgenes”. *Derechos En Acción*, 7.

72 Abramovich, Víctor (2017): “Comentarios sobre “Fontevecchia”, la autoridad de las sentencias de la Corte Interamericana y los principios de derecho público argentino”, en: Revista Pensar en Derecho, Facultad de Derecho, UBA, pp. 9-25.

**tkus v.Lithuania”,29474/09, sentencia del 27 de noviembre de 2012; entre otros.”)”**

Del hilo argumental de la sentencia se puede observar que la doctrina del margen de apreciación nacional complementa el análisis del carácter subsidiario de la jurisdicción internacional y la prohibición de la cuarta instancia de revisión de las sentencias dictadas en el ordenamiento jurídico interno. Luego, y a partir de los considerandos 16 a 19 –como ya fuera expuesto con detalle- desarrolla los principios de derecho público de la Constitución Nacional (art. 27 CN).

En un meduloso trabajo Laura Clérico desarrolla la evolución del concepto *margen de apreciación nacional* en sus orígenes jurisprudenciales en el Sistema Europeo de Derechos Humanos, destacando las diferencias contextuales y la falta de justificación por parte de la Corte Suprema para referirse –y aplicar- dicha construcción jurisprudencial foránea en nuestro ámbito local. Para dicha autora, la aplicación por parte de la Corte de este concepto –caracterizada por su levedad- requiere de una mayor explicación que contextualice su utilización en nuestra región y amplíe su desarrollo argumental, por lo que finaliza concluyendo que “*la cita del margen de apreciación europea es decorativa*”<sup>73</sup>

Aun así, de la ilación argumental del voto de mayoría, queda claro que la construcción del *margen de apreciación nacional*, junto con la *prohibición de la cuarta instancia* es una expresión del *carácter subsidiario* del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Las razones desarrolladas luego en el voto, referidas a la violación de los principios del derecho público prohibida en el artículo 27 de la Constitución Nacional, no se relacionan con aquel margen de apreciación.

En coincidencia con la lectura que del fallo realiza Diego A. Dolabjian, resulta claro que los fundamentos utilizados por la mayoría para reforzar su decisión con base en la aplicación del *margen de apreciación nacional*, resultan una invocación traída exclusivamente del Derecho Internacional.<sup>74</sup>

73 Clérico, Laura; “La enunciación del margen de apreciación: Fontevecchia 2017 desde los márgenes”. *Derechos En Acción*, 7.

74 Dolabjian, Diego; “Sobre el margen de apreciación nacional”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, año 18, N°2, Noviembre de 2020, p. 101.

Esto no sucede en el voto del Ministro Rosatti, quien –en sus fundamentos individuales- sostiene que dentro de los principios del derecho público argentino (Art. 27 CN) se encuentra el *margen de apreciación nacional*. Es decir, no se funda en fuentes del Derecho Internacional, sino que lo hace sobre normas de nuestro Derecho Constitucional. Lo manifiesta expresamente en su considerando quinto:

**“5. Que, en efecto, esta Corte no puede desconocer que la CADH fue incorporada con jerarquía constitucional a nuestro orden jurídico sin que tal incorporación suponga derogar artículo alguno de la primera parte de la Constitución Nacional (art.75, inciso 22 de la Constitución Nacional), dentro de la cual destaca el arto27.**

**El constituyente ha consagrado en el citado art. 27 una esfera de reserva soberana (margen de apreciación nacional) delimitada por “los principios de derecho público establecidos en la Constitución Nacional”, a los cuales los tratados internacionales -y con mayor razón aun la interpretación que de tales tratados se realice- deben ajustarse y con los cuales deben guardar conformidad.**

**A partir de esta cláusula no es posible hacer prevalecer automáticamente, sin escrutinio alguno, el derecho internacional- sea de fuente normativa o jurisprudencial-sobre el ordenamiento constitucional. Esta interpretación es reflejo de una fuerte tradición en la práctica constitucional argentina...”**

Este desarrollo jurisprudencial propuesto en el voto del ministro Rosatti, encuentra una mayor explicación en la tarea de doctrinario de dicho supremo, quien –como vimos al comienzo de este trabajo- en uno de sus varios artículos sobre el tema caracteriza: “al margen nacional de apreciación o margen de apreciación nacional como la potestad inherente a la **soberanía de los Estados nacionales**, ejercida en concordancia con el orden público internacional para evaluar si una norma, decisión o interpretación internacional emitida en ejercicio de una competencia i) derivada del orden internacional, ii) disputada entre dicho ámbito y el nacional, iii) insuficientemente regulada o iv) aquejada de polisemia, y destinada a ser aplicada en su territorio, lesiona normas,

principios o valores de la Constitución Nacional”.<sup>75</sup>

Si bien la definición dice fundar el principio del margen de apreciación nacional en la “soberanía de los Estados nacionales”: ¿A quién atribuye la potestad para apreciar dentro de dicho margen la norma, decisión o interpretación internacional?; En nuestro sistema constitucional: ¿Qué poder constituido tiene competencia para evaluar si una norma internacional lesiona normas, principios o valores de la Constitución Nacional?

Como lo adelantamos, la respuesta que se desprende de la conceptualización de la doctrina del margen de apreciación nacional que efectúa Rosatti, no puede ser otra que el órgano supremo y cabeza del Poder Judicial (Arts. 27 y 108 CN). Ni el Poder Ejecutivo, ni el Poder Legislativo, ni la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ni los Superiores tribunales de justicia provinciales, ni los órganos inferiores del Poder Judicial; solo –y exclusivamente- la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

#### IV. EL MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL DESPUÉS DEL FALLO “ESCALANTE”

En el caso “Escalante” la Corte revisó el impacto de su propia doctrina construida a través del precedente “Fontevecchia II”<sup>76</sup> en cuanto a los alcances de las sentencias dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el derecho interno de nuestro país, en particular en la obligación de los órganos judiciales provinciales de dar cumplimiento a decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la cuestión federal que se produce por su incumplimiento.

Esta decisión del máximo tribunal de justicia de la nación, de la cabeza del Poder Judicial federal, de uno de los poderes constituidos del Estado argentino, debe ser leída en el marco de la actual

<sup>75</sup> Rosatti, Horacio D; “Globalización, convencionalidad y estatalidad. Sobre el margen de apreciación nacional en la aplicación de normas internacionales”; “El margen de apreciación nacional y el margen de apreciación local: Teoría y praxis judicial”, Revista de Derecho Público, vol. 2018.2, Santa Fe, p. 653 y siguientes.

<sup>76</sup> CSJN, Fallos: 340: 47; “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ Informe sentencia dictada en el caso Fontevecchia y D Ámico vs. Argentina por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, sentencia de fecha 14 de febrero de 2017.

discusión pública que dicho órgano judicial mantiene con el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo, debate en el que se discute –como telón de fondo- sobre las implicancias institucionales que tiene para nuestra democracia constitucional el fenómeno de la politización de la justicia y, su contracara, la judicialización de la política.<sup>77</sup>

En particular me interesa detenerme en la utilización del concepto jurídico “*margen de apreciación nacional*”, ya mencionado por la Corte en el caso Fontevecchia II, y aplicado en la decisión en análisis en un sentido distinto al dado en la primera de ellas. Pretendo simplemente hacer foco en la manera en que la cabeza de nuestro Poder Judicial Federal construye un ámbito de discreción o libertad judicial para evaluar los efectos de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Como vengo sosteniendo, considero que la Corte Suprema de Justicia desvirtuó una doctrina -construida en Sistema Europeo de protección de Derechos Humanos- con el objetivo de otorgar un margen de apreciación a los Estados nacionales cuya única titular es la propia Corte, para evaluar la construcción y desarrollo de las políticas públicas que los poderes -con legitimación democrática de origen- determinen, con algún grado -variable según el caso- de libertad, cuándo es necesario y justificado limitar o restringir algún derecho fundamental reconocido en ese sistema regional.

La lectura que los ministros Rosatti y Lorenzetti realizan del artículo 27 de la Constitución Nacional y los alcances que le pretenden otorgar a la doctrina del *margen de apreciación nacional* desconoce el *principio de soberanía popular*, reconocido expresamente en nuestra Constitución Nacional (Art. 33 y 37) como una pauta jurídicamente relevante para el desarrollo de una sociedad democrática que respete los derechos humanos de sus habitantes.

#### IV.1. EL CASO “ESCALANTE” (12 DE AGOSTO DE 2022) A) EL CONTEXTO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

<sup>77</sup> Cabral, Pablo Octavio, “La judicialización de la política: propuesta de un abordaje sociológico a un fenómeno político que impacta en el campo jurídico”, Revista Trayectorias Universitarias, Volumen IV, Número 7; “El Lawfare en Argentina: luchas por la hegemonía del poder en el campo jurídico”, Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura; vol. 9, abril/junio 2019, Brasil, p. 231-258.

El hecho delictivo por el que fueron condenados los hallados penalmente responsables ocurrió en la provincia de Corrientes en octubre de 2006, cuando uno de los autores del asesinato -C.N.G.- era menor de edad. La justicia provincial -Ex Cámara Criminal de Mercedes- lo condenó a pena de prisión perpetua por el delito de homicidio triplemente calificado por haberse cometido con ensañamiento, alevosía con el concurso de dos o más personas, en concurso ideal con el delito de privación de la libertad personal calificado.

Dicha sentencia condenatoria fue recurrida en sede provincial llegando por las vías procesales hasta la Corte Suprema de Justicia de la Nación, donde adquirió firmeza por la desestimación de la queja por recurso extraordinario denegado, presentado por la defensa de C.N.G., en aplicación del artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Adquiere relevancia que, antes de que la condena estuviera firme por intervención del máximo tribunal federal, la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictó sentencia en el caso “Mendoza y otros Vs. Argentina” (Sentencia 15/05/2013), cuya doctrina fuera recogida luego por la Corte Suprema en autos “Arce, Diego Daniel s/ Homicidio Agravado” (Sentencia de fecha 5/08/2014).

El caso “*Mendoza y otros Vs. Argentina*”, en el que resultó condenada la República Argentina, declarando su responsabilidad internacional por violación de los derechos reconocidos en los artículos 5.1, 5.2, 5.6, 7.3 y 8.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en varios casos en los que el Poder Judicial impuso penas de privación (prisión y/o reclusión) perpetua de la libertad por hechos que ocurrieron cuando los condenados aún eran niños, en aplicación de un sistema de justicia de adolescentes que permite que éstos sean tratados al igual que los adultos infractores.<sup>78</sup>

Al analizar la procedencia de las medidas de reparación (Art. 63 de la C.A.D.H.) expresó la Corte que: “Con fundamento en las violaciones de derechos humanos declaradas en el presente caso, particularmente, las relacionadas con la imposición de la prisión perpetua a César Alberto Mendoza, Claudio David Núñez y Lucas Matías Mendoza y la denegación del recurso de casación luego de que fueron condenados (*supra* párr. 256), la Corte dispone que el Estado deberá

78 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Mendoza y otros Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013. Serie C No. 260.

asegurar que no se vuelva a imponer las penas de prisión o reclusión perpetuas a César Alberto Mendoza, Claudio David Núñez y Lucas Matías Mendoza, ni a ninguna otra persona por delitos cometidos siendo menor de edad. De igual modo, Argentina deberá garantizar que las personas que actualmente se encuentren cumpliendo dichas penas por delitos cometidos siendo menores de edad puedan obtener una revisión de las mismas que se ajuste a los estándares expuestos en esta Sentencia (*supra* párrs. 240 a 261). Lo anterior, con el fin de evitar la necesidad de que casos como el presente se interpongan ante los órganos del Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos, y puedan ser resueltos por los órganos estatales correspondientes.” (Párrafo 327).

Así, con base en tales fundamentos, en los puntos dispositivos de las medidas de reparación dispuso: “21. El Estado deberá asegurar que no se vuelva a imponer las penas de prisión o reclusión perpetuas a César Alberto Mendoza, Claudio David Núñez y Lucas Matías Mendoza, ni a ninguna otra persona por delitos cometidos siendo menor de edad. De igual modo, Argentina deberá garantizar que las personas que actualmente se encuentren cumpliendo dichas penas por delitos cometidos siendo menores de edad puedan obtener una revisión de las mismas que se ajuste a los estándares expuestos en esta Sentencia, en los términos de los párrafos 326 y 327 de la misma.”

La Corte Suprema de Justicia de la Nación adoptó esta pauta jurisprudencial al resolver la causa “Arce, Diego Daniel s/ Homicidio agravado”, en sentencia del 5 de agosto de 2014, donde el tribunal resolvió que corresponde revocar la sentencia que rechazó el recurso de revisión contra la sentencia que condenó a quien al momento de los hechos tenía menos de 18 años a la pena de prisión perpetua por el delito de homicidio agravado ya que, si bien la Corte Interamericana de Derechos Humanos no trató su situación particular sí declaró la responsabilidad del Estado Argentino con fundamento en violaciones de derechos humanos y obligó al Estado a adoptar diversas disposiciones de derecho interno de conformidad con el [art. 2° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos](#) en el caso análogo -»Caso Mendoza y otros»-, situación que se impone de modo indiscutible por sobre cualquier preocupación abstracta por la estabilidad de las decisiones jurisdiccionales.



## B) LA DECISIÓN DEL SUPERIOR TRIBUNAL DE LA PROVINCIA DE CORRIENTES

El máximo Tribunal provincial rechazó los planteos de la defensa –solicitando la aplicación de lo ordenado por la Corte IDH en el caso “Mendoza”– declarando inadmisibles los recursos de revisión interpuestos por entender que el motivo esgrimido no se encontraba previsto entre las causales que habilitaban la vía respecto de sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada conforme la legislación procesal correntina (art. 514 del Código Procesal Penal provincial). Destacó además la imposibilidad de ampliar jurisprudencialmente los supuestos de procedencia de esta vía, atento el carácter excepcional del recurso de revisión en cuestión.

La decisión fue robustecida por los siguientes dos argumentos: 1) La propia Corte Suprema ya desestimó el recurso de queja interpuesto en su oportunidad por la defensa contra la confirmación de la sentencia condenatoria, circunstancias temporalmente posterior al dictado de la sentencia en la causa “Mendoza” por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; 2) Resulta aplicable al caso lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso *Fontevicchia II*, ya que se deriva de dicha doctrina que la obligatoriedad de los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos alcanza únicamente a las sentencias dictadas por ese tribunal dentro del alcance de sus potestades remediales. Agregó que el tribunal interamericano no actúa como una cuarta instancia que revisa o anula decisiones jurisdiccionales estatales, sino que resulta subsidiaria y complementaria de estas.

## C) LA RESOLUCIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

El voto de la mayoría está rubricado por los ministros Horacio Rosatti y Ricardo Lorenzetti, habiéndolo hecho, según sus propios fundamentos, los jueces Carlos Rosenkrantz y Juan Carlos Maqueda, coincidiendo todos en hacer lugar a la queja, declarar procedente el recurso extraordinario y dejar sin efecto la sentencia apelada. El presente trabajo se centrará en el análisis de los argumentos del voto de la mayoría.

Recordó el Tribunal que, si bien las decisiones de los superiores tribunales de justicia provinciales en materia de procedencia de recursos locales no son, en principio, revisables por la Corte, esta regla

cede cuando –como en el caso– se encuentra cuestionada la interpretación y aplicación de normas de naturaleza federal y la sentencia atacada es contraria a las pretensiones del recurrente.

La cuestión federal llevada por la defensa de C.N.G. ante el Superior Tribunal provincial exigía –según la Corte– dilucidar si es constitucionalmente válido para el orden jurídico argentino, el cumplimiento en este proceso penal de lo ordenado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos como medida de reparación dictada en el caso “Mendoza” bajo el artículo 63.1 de la Convención Americana.

El primero de los argumentos del tribunal provincial (1) fue rechazado por la Corte argumentando, por un lado que el hecho que la desestimación del recurso extraordinario –mediante la aplicación del art. 280 del CPCyCN– haya sido con posterioridad al dictado de la sentencia en el caso “Mendoza” por la Corte Interamericana; “no pueden interpretarse con el alcance que le asigna el supremo provincial al rechazar el actual planteo del apelante, en tanto no se ajusta a lo efectivamente resuelto por esta Corte en esa sentencia. Al respecto y con el objeto de evitar interpretaciones erróneas acerca del alcance de los fallos de este Tribunal, recientemente se puso de relieve que la desestimación de un recurso extraordinario mediante la aplicación del artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación no importa confirmar ni afirmar la justicia o el acierto de la decisión recurrida” (Considerando 8°).

Respecto del segundo de los argumentos del Tribunal provincial (2), la Corte afirmó que la invocación al precedente “*Fontevicchia II*” (fallos: 340:47), en la forma en que lo ha hecho el superior local, no constituye un argumento para clausurar la vía intentada por el recurrente, dado que: “existen diferencias procesales relevantes entre el caso citado y los planteos traídos por el apelante en estas actuaciones, circunstancias que demandaba un desarrollo argumental que estableciera específicamente la incidencia en el presente supuesto de los sostenido por esta Corte en aquella ocasión, atendiendo a las mencionadas discrepancias” (Considerando 7°)

Sintetiza la Corte que el Tribunal Supremo de la provincia de Corrientes omitió tratar adecuadamente la materia federal planteada por la defensa recurrente en el pedido de revisión y que dicha cuestión se encuentra directamente relacionada con el litigio, apelando de modo predominante a fundamentos basados en la regulación procesal local, erigiendo de este modo un obstáculo para que la Corte ejerza su competencia apelada ya que lo que habilita su intervención es la previa

decisión de la cuestión federal por la cabeza de la justicia provincial.

Volviendo a poner la lupa sobre la utilización del concepto de *margen de apreciación nacional*, la Corte –en el último párrafo del considerando 6° del voto mayoritario– dice:

**“Sin que importe adelantar criterio alguno sobre la solución de la cuestión federal planteada, su tratamiento supone sopesar las competencias convencionalmente acordadas para la jurisdicción internacional (cfr. artículos 27, 75, inciso 22, de la Constitución Nacional; artículos 1°, 2°, 63.1, 68.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y artículo 2° de la ley 23.054, entre otras disposiciones relevantes) en línea con los alcances del compromiso internacionalmente asumido por el Estado argentino, siempre dentro del marco hermenéutico que impone el margen de apreciación nacional que dimana del artículo 27 de la Norma Fundamental (Fallos: 340:47, considerando 11 del voto de la mayoría y considerando 5° del voto del juez Rosatti).”**

## V. EL CONCEPTO *MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL* DESPUÉS DEL FALLO “ESCALANTE”

Como vimos, en el precedente *Fontevicchia II*, la Corte –en su voto mayoritario–, mencionó –al pasar– la doctrina del *margen de apreciación nacional*, vinculándola a la prohibición de la cuarta instancia y al principio de subsidiaridad del sistema interamericano de protección de Derechos Humanos. Y, al momento de construir su argumento de limitación de la aplicación de los tratados internacionales a partir de los principios de derecho público (Art. 27 de la Constitución Nacional), hizo referencia al concepto de soberanía como fundamento a la existencia de algún tipo de límite a la aplicación del derecho internacional (Considerando 16: “El constituyente ha consagrado en el art. 27 una *esfera de reserva soberana*, delimitada por los principios de derecho público establecidos en la Constitución Nacional, a los cuales los tratados internacionales deben ajustarse y con los cuales deben guardar conformidad”).

En el voto mayoritario (a diferencia del de Rosatti<sup>79</sup>), el margen de apre-

79 El ministro Horacio Rosatti también viene proponiendo, tanto en su trabajo doctrinario (ver: Rosatti, Horacio D; “Globalización, convencionalidad

ciación nacional no integra los principios de derecho público argentino mencionados por el constituyente en el artículo 27 de la Carta Magna.

El paso que da la mayoría en el fallo “Escalante” no es menor ya que, adhiriendo a la postura de Rosatti, sostiene que el *margen de apreciación nacional* dimana del artículo 27 de la norma fundamental, es decir, de nuestro Derecho Constitucional<sup>80</sup>. De ello se desprende que se trataría de uno de los principios del derecho público que reviste carácter supra convencional, que fue descubierto por los magistrados de nuestra corte nacional, a pesar que no se encuentra positivizado en ninguna norma constitucional o legal que le de sustento.

¿Qué implicancias puede tener que el *margen de apreciación nacional* provenga del Derecho Internacional (construcción jurisprudencial del Sistema Europeo de Derechos Humanos o aún su par Interamericano) o se trate de uno de los principios (implícitos) del derecho público argentino mencionados en el artículo 27 de la Constitución Nacional?

Si situamos este principio como parte del Derecho Internacional –dentro del Sistema Interamericano–, no caben dudas que su interpretación, aplicación y desarrollo doctrinario es una competencia convencional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que nuestra Corte deberá aplicar en sede interna, a partir del funcionamiento del principio de subsidiaridad de nuestro sistema regional.

Coincido con Dolabjian en que, en la actualidad: “en el sistema interamericano, la doctrina del *margen* sería admisible en la concretización de las disposiciones de los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos. A su turno, en el cumplimiento de las decisiones de las instancias internacionales, sólo sería aceptable frente a las recomendaciones

y estatalidad. Sobre el margen de apreciación nacional en la aplicación de normas internacionales”; “El margen de apreciación nacional y el margen de apreciación local: Teoría y praxis judicial”, Revista de Derecho Público, vol. 2018.2, Santa Fe, p. 653 y siguientes) y como Juez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el concepto de margen de apreciación provincial o local (ver sus votos en las causas CSJN, Caso “Castillo c/ Provincia de Salta” y “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Asociación Civil Asamblea Permanente por los Derechos Humanos c/ Dirección General de Escuelas s/ acción de amparo”).

80 En la referencia la Corte cita el considerando 5 del voto del juez Rosatti en la causa *Fontevicchia II*, y el considerando 11 del voto de la mayoría, de cuya lectura no surge referencia alguna al margen de apreciación nacional como uno de los principios de derecho público del artículo 27.

de la Comisión IDH y las opiniones consultivas de la Corte IDH, pero no así ante las sentencias del tribunal interamericano, pues estas deben ser acatadas por el Estado condenado en el proceso y seguidas por todos los demás Estados partes del sistema –a la luz del control de convencionalidad- sin contemplarse *margen* al efecto”.

Contrariamente a los obstáculos que el sistema interamericano ofrece a la interpretación y uso del *margen de apreciación nacional* que en “Escalante” propone la Corte, en el ámbito del Derecho Constitucional interno, el artículo 27 de nuestra carta magna<sup>81</sup> –leído bajo el prisma del artículo 2 del Código Civil y Comercial<sup>82</sup>–, ofrece un espacio de libertad para decir el derecho que empodera desmesuradamente a la cabeza del Poder Judicial por sobre los otros dos poderes con mayor legitimación democrática.

En mi opinión, este cambio de criterio de la Corte no tiene fundamento jurídico que le dé sustento, tratándose del intento de apropiarse de un mayor margen de poder en su lucha intestina con las autoridades que democráticamente representan al pueblo. Se trata de una decisión pura y exclusivamente *política*.

Como lo expuso Clérico, nuestro máximo tribunal de justicia no contextualizó ni fundó adecuadamente en derecho el uso del *margen de apreciación nacional* al resolver en la causa Fontevicchia II, agregando yo que en el precedente Escalante de ninguna manera suplió dicha carencia de origen.

No alegó la Corte que el fundamento último de la existencia de este margen de discrecionalidad –reconocido por el Derecho Internacional- no sea la soberanía de los Estados parte en la Convención Americana de Derechos Humanos. Tampoco que no exista una reserva de un espacio de libertad –más o menos extenso- en favor de los Gobiernos y los Legisladores a la hora de tener que concretizar las disposiciones de los instrumentos internacionales de derechos humanos y de adoptar medidas que pudieran suspender, afectar, limitar o restringir derechos y garantías

81 CN; Artículo 27.- El Gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución.

82 Código Civil y Comercial; Artículo 2º.- Interpretación. La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.

reconocidos y protegidos en la referida Convención.

El artículo 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos dispone que los Estados parte tienen el deber de adoptar disposiciones de derecho interno cuando los derechos y libertades no estuvieren ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter. Así, nuestro país se comprometió a adoptar -con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de la Convención- las medidas legislativas o administrativas que sean necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.<sup>83</sup>

Es decir, surge de una razonable interpretación de nuestro ordenamiento jurídico que de existir el principio del *margen de apreciación nacional* es sólo aplicable al momento en que el poder político democráticamente elegido, en representación del pueblo, reglamenta razonablemente (Art. 28 CN) las disposiciones de los Tratados Internacionales de protección de Derechos Humanos, con la finalidad de amoldar su concretización en el ámbito nacional o local.<sup>84</sup>

En nuestro ordenamiento jurídico positivo, la forma, alcance y escrutinio de las limitaciones de los derechos también están explicitadas en normas que integran el bloque de constitucionalidad. Además del principio constitucional de razonabilidad (Art. 28 CN<sup>85</sup>), la propia CADH establece por un lado las exigencias y requisitos para suspender las garantías de los derechos, enumera aquellos derechos que no son susceptibles de ser suspendidos (Art. 27<sup>86</sup>), y dispone

83 La propia Corte Suprema de Justicia de la Nación en una doctrina jurisprudencial consolidada le otorgaba este sentido al principio de *margen de apreciación nacional*. Ver causas “Bramajo” (Fallos: 319:1840); “D. de P.V.A. c/O.C.H.” (Fallos: 322:2701); “Alianza Frente para la Unidad” (Fallos: 324:3143); “Arancibia Clavel” (Fallos: 327:3312); “Simón” (Fallos: 328:2056); “Mazzeo” (Fallos: 330:3248); “R.A.D.” (Fallos: 330:3853); “Sindicato Policial Buenos Aires” (Fallos: 340:437), entre otros. El análisis y recopilación de los fallos se puede ver en Dolabjian, Diego; “Sobre el margen de apreciación nacional”, Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, año 18, N°2, Noviembre de 2020, p. 93 y sgtes.

84 Ver Dolabjian, Diego; “Sobre el margen de apreciación nacional”, Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, año 18, N°2, Noviembre de 2020, p. 93.

85 CN, Artículo 28.- “Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio.”

86 CADH; Artículo 27. “Suspensión de Garantías: 1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o

que las restricciones permitidas al goce y ejercicio de los derechos y libertades, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas, dejando expuesto en la convención<sup>87</sup> y la jurisprudencia de la Corte Interamericana que estas restricciones deben ser necesarias en una sociedad democrática (Art. 30<sup>88</sup>).

Es decir, siguiendo este razonamiento, que los beneficiados por la existencia de un margen de discrecionalidad a la hora de establecer políticas públicas, en un sentido muy amplio, (legislativas, administrativas, de alcance individual o general, por acción o por omisión) no es otro que el Estado en cabeza de sus poderes democráticamente elegidos.

La propia Constitución Nacional refuerza la idea que la soberanía radica en el pueblo y que su voluntad es protegida por el sistema

---

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 esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social. 2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4. (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos, ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos. 3. Todo Estado Parte que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en la presente Convención, por conducto del Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido de los motivos que hayan suscitado la suspensión y de la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión.”

87 Ver CADH, Preámbulo; Art. 15, Art. 16; Art. 22, Art. 29 y Art. 32.

88 CADH, Artículo 30. “Alcances de las Restricciones: Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.”

republicano y democrático (Art. 33<sup>89</sup> y 37<sup>90</sup> de la CN), por lo que, de ser posible interpretar que nuestro ordenamiento jurídico esconde en sus entrañas el principio de margen de apreciación nacional, esta libertad para decidir con cierta discrecionalidad sólo puede estar en cabeza de los poderes políticos que representan al pueblo, es decir, tanto el Poder Legislativo como el Poder Ejecutivo.

Y el órgano jurisdiccional con competencia para evaluar si una actuación u omisión estatal se encuentra en ese margen de discreción permitido, no es el máximo tribunal nacional, sino el órgano jurisdiccional con competencia para evaluar la violación de los derechos y garantías reconocidas en la Convención Americana de Derechos Humanos.

Esa esfera de reserva de la soberanía judicial que la Corte Suprema descubrió en el artículo 27 de la Constitución Nacional le permite someter a escrutinio las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con un indeterminado margen de discrecionalidad judicial, y seleccionar los principios del derecho público que considere aplicables al caso, para, en definitiva, abrir un paraguas a las decisiones del sistema interamericano de protección de derechos humanos.

De mi lectura del precedente “Escalante” se desprende que no coincido con aquellos que ven en ese fallo una superación de lo resuelto en “Fontevicchia II” y un retorno a las doctrinas anteriores que reconocían la obligatoriedad de las sentencias de la Corte Interamericana para nuestra Corte Suprema.

En mi opinión es una profundización de la utilización del *margen de apreciación nacional* en beneficio de la propia competencia del máximo tribunal de justicia nacional, en desmedro de nuestro sistema democrático, que sin dudas se halla fundado constitucionalmente en el principio de soberanía popular.

Afirma el profesor Andrés Gil Domínguez que a partir de este

---

89 CN; Artículo 33.- Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la **soberanía del pueblo** y de la forma republicana de gobierno.

90 CN; Artículo 37.- Esta Constitución garantiza el pleno ejercicio de los derechos políticos, con arreglo al principio de la **soberanía popular** y de las leyes que se dicten en consecuencia. El sufragio es universal, igual, secreto y obligatorio. La igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios se garantizará por acciones positivas en la regulación de los partidos políticos y en el régimen electoral.



fallo la versión original de *Fontevicchia II* quedó definitivamente superada: “De lo contrario, la decisión jurisprudencial del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Corrientes hubiera sido confirmada, puesto que la misma se fundó en la perimida versión del alcance del control de convencionalidad externo en relación con las facultades constitucionales que titulariza el Poder Judicial”<sup>91</sup>.

Considero que justamente la lectura del *margen de apreciación nacional* en cabeza del máximo tribunal federal supone reservarse también la competencia para su aplicación respecto de las decisiones de los superiores tribunales provinciales.

El problema que identificamos en estos precedentes judiciales de la Corte Suprema (tanto “*Fontevicchia II*” como “*Escalante*”), no es nuevo ni exclusivo de nuestro país. Explica Fabián Salvioli: “También existen gobierno –e incluso otros órganos internos de los Estados por fuera de los poderes ejecutivos, en particular algunos de los más altos tribunales y cortes nacionales- que han esgrimido diferentes argumentos, desde cuestiones que remiten a los asuntos internos o el tan trillado concepto de soberanía, hasta enunciar la imposibilidad de remover la cosa juzgada que se determinó nacionalmente por razones de seguridad jurídica, todo en aras de procurar eludir el cumplimiento debido de las obligaciones emergentes de fallos que fueron emitidos por tribunales internacionales de derechos humanos en relación a dichos países, desconociendo incluso que, como cualquier órgano del Estado, no tienen más opción –ni más deber- que cumplir con las obligaciones internacionales asumidas soberanamente por los Estados”<sup>92</sup>.

La particularidad de nuestro caso es que no son los poderes políticos -ni el ejecutivo ni el legislativo- quienes reclaman ese *margen de apreciación nacional* frente a los organismos jurisdiccionales del Sistema Interamericano de protección de Derechos Humanos, quienes -en todo caso- contarían como fundamento de respaldo con el principio positivizado de soberanía popular; sino es la cabeza del poder judicial federal, la Corte Suprema de Justicia de la Nación,

91 Gil Domínguez, Andrés, “Un nuevo capítulo del control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia - El caso “*Escalante*””, en Rubinzal Culzoni, doctrina digital, RC D 640/2022. En igual sentido; Bianchi, Luciano, “El caso “*Escalante*”: una avant première post “Ministerio””, en La Ley del 3 de octubre de 2022.

92 Salvioli, Fabián; *El rol de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos y el valor jurídico de sus pronunciamientos: La Edad de la Razón*, IJSA, San José de Costa Rica, 2022, p.228.

cuya conformación es claramente contra-mayoritaria y adolece de un déficit de origen en su legitimación democrática, quien reclama para sí una esfera de reserva soberana.

## VI. LA CSJN FRENTE AL FEDERALISMO. EL MARGEN DE APRECIACIÓN PROVINCIAL O LOCAL

Habiendo ya desarrollado el concepto de *margen de apreciación nacional*, la doctrina y la postura minoritaria de uno de los magistrados integrantes de nuestro máximo tribunal federal han avanzado en el desarrollo de un concepto similar en el que –la cabeza del poder judicial nacional- pudiera evaluar la existencia de un justificativo para limitar derechos convencionales y constitucionales con fundamento en las particularidades históricas, culturales, geográficas, etc. de cada Estado provincial. Es una réplica a menor escala del esquema de funcionamiento del margen de apreciación nacional, pensada para oponer las particularidades de nuestro estado frente al sistema regional de protección de derechos humanos, aplicado en este caso en nuestro sistema federal para que lo local se reserve la facultad de limitar los derechos reconocidos en el ámbito nacional.

### VI. 1. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA NACIONAL.<sup>93</sup> A) CASO “CASTILLO, CARINA VIVIANA Y OTROS C/ PROVINCIA DE SALTA” (12/12/2017)

El primer caso relevante para estudiar la aplicación del margen de apreciación local, en el que la Corte analizó un caso en el que la limitación o afectación de un derecho humano fundamental por decisiones legislativas y administrativas de un Estado provincial fue el caso “*Castillo, Carina Viviana y Otros c/Provincia de Salta*”. La doctrina aquí en análisis fue expuesta en el voto minoritario del Dr. Rosatti.

El caso dio inicio cuando un grupo de madres de alumnos de escuelas públicas salteñas y la Asociación por los Derechos Civiles

93 Se destacan además de los casos analizados los siguientes precedentes: caso “*Canales, Mariano Eduardo y otro s/ homicidio agravado-impugnación extraordinaria*” (02/05/2019); caso “*Alonso de Martina, Marta Inés y otros s/ Amparo*” (12/11/2019); Caso “*Caballero*” (16/07/2020).

(ADC) iniciaron una acción de amparo colectiva contra la Provincia de Salta por considerar que sus autoridades y normativa constitucional y legal local imponen la enseñanza obligatoria de la religión católica en las escuelas públicas provinciales (incluye la educación religiosa en horario escolar, dentro del plan de estudios y con el aval de la respectiva autoridad religiosa), discriminando y violando los derechos de los alumnos y familias que no profesan dicha creencia religiosa (derechos de libertad de religión y de conciencia, de igualdad y no discriminación y de privacidad)<sup>94</sup>.

El voto de la mayoría reviste trascendencia por resolver el caso aplicando el principio de igualdad estructural receptado expresamente en el artículo 75, inc. 23 de la Constitución Nacional reformada en 1994.<sup>95</sup>Dijo:

94 Plantearon la inconstitucionalidad del art. 27, inc. n, de la ley provincial de educación 7546, en cuanto dispone que la instrucción religiosa “integra los planes de estudio y se imparte dentro de los horarios de clase, atendiendo a la creencia de los padres y tutores quienes deciden sobre la participación de sus hijos o pupilos. Los contenidos y la habilitación docente requerirán el aval de la respectiva autoridad religiosa”. Peticionaron, además, que se declare la inconstitucionalidad de los arts. 49 de la Constitución provincial- y 8º, inc. “m, de la referida ley 7546, que establecen, con una redacción idéntica, que “los padres y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban en la escuela pública la educación religiosa que esté de acuerdo con sus propias convicciones”, para el caso de que se les otorgare una interpretación que no tuviere compatibilidad con los derechos invocados por su parte.

95 Considerando 18: “Que para realizar esa determinación se debe tener en cuenta que, luego de la reforma constitucional de 1994, el principio de igualdad que surge del arto 16 de la Constitución Nacional -y que, en general, se ha interpretado como principio de no discriminación en el sentido de que todas las personas deben ser tratadas de igual manera cuando estén en las mismas circunstancias- debe también ser considerado a la luz del arto 75 inciso 23 y de diversas disposiciones contenidas en los tratados con jerarquía constitucional... Estas normas, al incorporar, por un lado, mecanismos de acciones positivas para favorecer a determinados grupos y, por el otro, delinear categorías sospechosas de discriminación, buscan garantizar la igualdad real de los habitantes. En el marco que plantea la Constitución de 1994, la igualdad debe ahora ser entendida no solo desde el punto de vista del principio de no discriminación, sino también desde una perspectiva estructural que tiene en cuenta al individuo en tanto integrante de un grupo. El análisis propuesto considera el contexto social en el que se aplican las disposiciones, las políticas públicas y las prácticas que de ellas se derivan, y de qué modo impactan en los grupos desventajados, si es que efectivamente lo hacen.”

**“Que, en aplicación de este criterio, corresponde en primer término afirmar que el inciso ñ del arto 27 de la ley de educación provincial es en “apariencia” neutral porque, en principio, de su letra no surge preferencia de ningún culto respecto de otro. Sin embargo, resulta incuestionable que el contexto social en el que se aplica la norma se caracteriza por una preponderancia de la población que profesa la religión católica. También se advierte de las constancias de la causa que prima facie la aplicación de la norma ha causado un efecto desproporcionado hacia grupos religiosos minoritarios. Salvo, tal vez, respecto de la Iglesia Evangelista, ha quedado claro en la audiencia pública que ningún otro credo que el mayoritario se enseña en las aulas; también se evidenció la falta de alternativas para los no creyentes.”**

La Corte dio por probado que surge claramente que, dentro del sistema educativo público de la Provincia de Salta, existen patrones sistemáticos de trato desigualitario hacia grupos religiosos minoritarios y hacia los no creyentes. Así, hizo lugar parcialmente a los planteos de los accionantes afirmando que la norma cuestionada (art. 27 de la Ley 7546), al incluir la educación religiosa en horario escolar, dentro del plan de estudios y con el aval de la respectiva autoridad religiosa, favorece conductas discriminatorias hacia los niños y niñas que no integran el grupo religioso predominante ni ningún otro, generando, de este modo, mayor desigualdad.

Como adelantamos, aquí me interesa analizar la postura del voto minoritario del Dr. Rosatti, quien para resolver utilizó el concepto de margen de apreciación local, particularmente en su considerando 18, que por su trascendencia transcribo sus párrafos centrales a continuación:

**“18. Que la descripción del panorama constitucional provincial reseñado, a la luz del texto del art 5 de la Constitución Nacional que -como ha sido destacado con anterioridad asigna a las provincias el cometido irrenunciable de “asegurar la educación primaria”, permite concluir que la elección salteña en materia de enseñanza religiosa en escuelas primarias públicas expresa un “margen de apreciación provincial” que no confronta con el citado art.**

5 sino, antes bien, expone una forma de implementar la competencia educativa atendiendo a las particularidades provinciales de acuerdo con la ponderación de sus propios constituyentes.

En tal sentido, se ha sostenido que “la necesidad de armonía entre los estados particulares y el Estado Nacional debe conducir a que las constituciones de Provincia sean, en lo esencial de Gobierno, semejantes a la nacional; que confirmen y sancionen sus ‘principios, declaraciones y garantías’ y que lo modelen según el tipo genérico que ella crea. Pero no exige, ni puede exigir que sean idénticas, una copia literal o mecánica, ni una reproducción más o menos exacta o igual de aquélla. Porque la Constitución de una Provincia es el código en que condensa, ordena y da fuerza imperativa a todo el derecho natural que la comunidad social posee para gobernarse, a toda la suma originaria de soberanía inherente, no cedida para los propósitos más amplios y extensos de fundar la Nación. Luego, dentro del molde jurídico del código de derechos y poderes de ésta, cabe la más grande variedad, toda la que pueda nacer de la diversidad de caracteres físicos, sociales e históricos de cada región o Provincia, o de sus particulares anhelos o aptitudes colectivos” (González, Joaquín V., “Manual de la Constitución Argentina”, Bs. As. 1959, Estrada, págs. 648/649, citado en Fallos: 311:460).

Por ello, el “margen de apreciación provincial” en materia educativa permite entender (y convalidar) que ciertas jurisdicciones de nuestro Estado federal pongan énfasis, así como sucede en materia religiosa, en la enseñanza de temas tales como el fomento del espíritu asociativo y cooperativo, el conocimiento especial de la historia, cultura y geografía locales, la productividad basada en las características regionales, entre otros. En efecto, di versas constituciones provinciales argentinas han consagrado en sus textos la educación en materia cooperativista o mutualista. Así, en el marco de la estimulación de la conformación de empresas de economía social, basadas en los principios del bien común y en la gestión solidaria, la Constitución de Entre Ríos estable-

ce que el Estado “[d]ifundirá el pensamiento y la educación cooperati vista, mutualista y asociativista” (art. 76). En un sentido similar, la Constitución de Río Negro prevé que “la Provincia incorpora dentro del currículo oficial y en los distintos ni veles dé enseñanza, la educación cooperativa, a través de acciones conjuntas de las autoridades educativas, los representantes del sector cooperativo y el órgano competente en la materia” (art. 103) y la Constitución de Santiago del Estero también incluye formación relativa a “cooperativismo y mutualismo” (art. 74)...

En síntesis, el estudio de las normas fundamentales provinciales de nuestro país permite verificar que en diversos casos se ha previsto la inclusión -en los planes de estudios- de contenidos específicos vinculados con la jurisdicción propia, aspecto característico del “margen de apreciación provincial” que es connatural al sistema federal establecido por el art. 1º de la Constitución Nacional.”

#### **B) CASO “UNIÓN CÍVICA RADICAL DE LA PROVINCIA DE SANTA CRUZ Y OTROS C/ESTADO DE LA PROVINCIA DE SANTA CRUZ S/AMPARO” (11/12/2018)**

La Unión Cívica Radical promovió acción de amparo contra la Provincia de Santa Cruz a fin de que se declare la nulidad absoluta e inconstitucionalidad de los arts. 30 y 40 de la ley local 3415 (modificatoria de la ley 2052), en cuanto establecen el sistema de lemas y sub-lemas para la elección de gobernador y vicegobernador. Asimismo, solicitó que se ordene a la demandada que se abstenga de aplicar tal régimen en los procesos electorales a realizarse en el futuro. Fundó su pretensión en que las normas cuestionadas resultan incompatibles, a su criterio, con el art. 114 de la Constitución provincial, en cuanto prescribe que “e/ Gobernador y Vicegobernador serán elegidos directamente por el pueblo de la Provincia a simple pluralidad de sufragios”. Agregó que los preceptos atacados también son violatorios de la Constitución Nacional, al ser contrarios al sistema representativo y republicano de gobierno (arts. 10 y 50) y la garantía de la igualdad del voto (art. 37).

En su voto Rosatti argumentó lo siguiente

**9 ° ) Que el tratamiento del sistema electoral local no es unánime al interior de nuestro Estado federal, siendo dable verificar una diversidad de regímenes que expresa el “margen de apreciación local” que esta Corte ha reconocido en el precedente “Castillo”, fallado el 12 de diciembre de 2017 (Fallos: 340:1795, voto del juez Rosatti, considerando 18).**

### **C) CASO “ASOCIACIÓN CIVIL ASAMBLEA PERMANENTE DE LOS DERECHOS HUMANOS C/ DIRECCIÓN GENERAL DE ESCUELAS S/ ACCIÓN DE AMPARO” (23/08/2022)**

Esta sentencia posiblemente sea el caso que -hasta el momento- sea en el que más se desarrolló –en el voto del Ministro Rosatti- la doctrina del margen de apreciación provincial o local. La asociación actora demandó a la provincia de Mendoza solicitando se declare la inconstitucionalidad de una resolución de la Dirección General de Escuela que dispuso la realización de actividades en los ámbitos escolares en conmemoración del “Patrono Santiago” y de la “Virgen del Carmen de Cuyo” que desconocen y violan los derechos de las minorías religiosas o ateas del pueblo mendocino (derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, a la intimidad y a la igualdad, a la honra y a la dignidad).

El fallo fue dictado por los ministros Carlos Fernando Rosenkrantz; Juan Carlos Maqueda (opinión mayoritaria) y Horacio Daniel Rosatti (por su voto) y Ricardo Luis Lorenzetti (por su voto) y confirmó la decisión de la sentencia del máximo tribunal mendocino que rechazó la demanda por entender que la resolución de la Dirección General de Escuela no conculca el principio de neutralidad religiosa que debe imperar en las escuelas públicas y no afecta los derechos constitucionales de los sujetos a quienes representa la actora.

El fundamento de los votos de la mayoría, aun cuando resolvió en igual sentido que el del Dr. Rosatti, no se refirió ni fundó en la doctrina del margen de apreciación provincial, evaluó en concreto que las referidas celebraciones escolares carecen del alegado contenido religioso por lo que su celebración se encuentra dentro de las facultades de la provincia de organizar su calendario escolar.<sup>96</sup>

<sup>96</sup> CSJN; Dijo la mayoría al respecto: “Tal como surge del desarrollo posterior, ciertas figuras que se identifican con un determinado credo tienen muchas veces, además de su uso y significado religioso, un uso y sentido

Veamos cómo desarrolló la doctrina el ministro Rosatti en su voto, donde le dedicó los considerandos 16 a 19 de su voto:

**16) Que tanto la norma impugnada (resolución 2616-DGE-2012), como aquellas resoluciones que fijaron los posteriores calendarios escolares, incluyen además de las dos celebraciones cuestionadas en autos, otras conmemoraciones con la previsión de la participación de la comunidad educativa...**

**17) Que las conmemoraciones citadas, incluyendo las cuestionadas en esta demanda, conforman un calendario escolar de claro espíritu humanista, y deben entenderse como expresión del “margen de apreciación local”, potestad inherente a la autonomía provincial reconocida por este Tribunal (Fallos: 340:1795, disidencia parcial del juez Rosatti; 341:1869; 342:1938, votos del juez Rosatti y 343:580, voto de los jueces Maqueda y Rosatti), que deriva del sistema federal establecido por el art. 1° de la Constitución Nacional, y que ha sido ejercida en este caso por la comunidad mendocina en materia educativa. No se trata de una potestad ilimitada sino controlable por los poderes (inicialmente) locales y (finalmente) federales, para evitar la vulneración de la Ley Suprema de la Nación consagrada en el art. 31 de la Constitución. Justamente, un ejemplo de ese control es el que se realiza por medio de esta sentencia.**

**18) Que no incumbe a esta Corte oficiar de preceptor de las costumbres y tradiciones locales cuando ellas no contravienen un derecho humano fundamental. Contrariamente a lo que puede haberse sostenido en la presente causa, la manifestación cultural local cuestionada no es un ejemplo de homogeneidad unificadora sino de singularidad, desde que responde a la idiosincrasia mendocina pero no se repite en otras provincias. Y es que el respeto al federalismo conlleva necesariamente al respeto a la pluralidad cultural, así como su negación conduce a una uniformidad que, para concretarse, reclama la negación del pasado**

secular, en general, histórico y cultural. Desde esta perspectiva, la utilización por parte de los miembros de una comunidad de un símbolo en su origen religioso con un sentido secular no implica en modo alguno la aceptación por parte de ellos de su significado religioso. De esta manera, se produce una suerte de transformación de la significación del signo, un vaciamiento de su estricto contenido religioso, que permite garantizar la vigencia del principio de neutralidad estatal sin que resulte necesaria su exclusión del ámbito público” (Cons. 5)



histórico de los pueblos.

Conviene recordar lo afirmado reiteradamente por este Tribunal, en el sentido en que la Constitución Nacional ha reconocido “la autonomía provincial, tanto para elegir sus propias autoridades como para diseñar sus instituciones y constituciones en consonancia con sus identidades y particularidades, y en tales oportunidades, ha destacado el valor de la diversidad que conlleva el régimen federal de gobierno adoptado por nuestro país” (conf. doctrina de Fallos: 311:460 y sus citas; 317:1195 y sus citas; 329:5814).

19) Que a la luz de lo expresado, corresponde concluir que no se presentan en la causa motivos que permitan considerar que el texto de la resolución, y la implementación que de ella se ha efectuado en la Provincia de Mendoza, importe vulnerar los derechos fundamentales invocados que autoricen su declaración de invalidez constitucional.

Se trata, a juicio de esta Corte, de un claro e inequívoco ejercicio del “margen de apreciación local” (en este caso provincial) en materia educativa, que debe ser respetado en tanto sea ejercido en el marco dispositivo de las normas que lo reglamentan, para evitar toda forma de discriminación. Es importante remarcar que la práctica debe acompañar en estos casos a la norma, para evitar que por medio de aquella se violente a esta (cfr. Fallos: 340:1795, voto del juez Rosatti, especialmente considerandos 33 y 34).”

## VII. CONCLUSIONES

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, a partir de los fallos aquí analizados, se encuentra articulando un nuevo control de constitucionalidad - jurídico y técnico- que otorga una supremacía política a la cabeza del Poder Judicial federal por sobre el Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo y el Poder Constituyente que reformó nuestra carta magna en 1994.

Una mirada dinámica de los criterios construidos por la Corte en los precedentes “Fontevicchia II”, “Escalante” y “A.C.P.D.H.” demuestra que la cabeza política de nuestro Poder Judicial supera la idea de someter la condena internacional en materia de derechos humanos a una suerte de exequatur para determinar su adecuación al orden público nacional, quitándole fuerza vinculante a aquellas decisiones que no se ajusten a sus principios. Avanza en la configuración de un nuevo control de constitucionalidad, externo y vertical, surgido –al igual que el creado por la Corte

norteamericana- pretorianamente, concentrado en la propia Corte Suprema y que alcanza tanto a normas como a interpretaciones internacionales.

Quiero finalizar este trabajo trayendo una pregunta realizada por el profesor Víctor Abramovich, quien -analizando el caso Fontevicchia II- lo interpretó como un intento de la Corte Suprema de Justicia de evitar la amenaza a su autoridad por parte de la Corte Interamericana y presagió “nuevas pautas interpretativas de toda la carta de derechos, posiblemente en una tendencia regresiva”: “¿Qué ocurrirá si como hipótesis extrema un nuevo intérprete constitucional entendiera que los derechos y principios jurídicos que traen esos tratados y sus estándares interpretativos, como el derecho a la vivienda y el agua, a la consulta indígena, a la igualdad e identidad de género, o la imprescriptibilidad de los crímenes masivos, colisionan con los principios fundamentales de derecho público argentino, inducidos del texto liberal conservador de la constitución originaria, modelada en el ideario del siglo XIX?”<sup>97</sup>

Esta pregunta tiene que ser repensada con el recorrido jurisprudencial de la Corte posterior a Fontevicchia II, ya que los principios del derecho público del art. 27 de la Constitución Nacional son reforzados y potenciados con el concepto –reconfigurado- de *margen de apreciación* nacional. El futuro confirmará –o no- una profundización de aquella interpretación regresiva de la que nos hablaba Abramovich, y la confirmación –o no- de una nueva herramienta jurídica en manos de la Corte Suprema para revisar la constitucionalidad de todo el bloque normativo internacional de derechos humanos y sus interpretaciones autorizadas.

Si esto último se consolida será muy difícil volver atrás. Veamos el exitoso ejemplo de irreversibilidad del control de constitucionalidad creado en Norteamérica con una decisión de una corte de justicia en el año 1803 y adoptado por nuestro ordenamiento jurídico nacional. La reglamentación legal del artículo 75, inc. 22 de la Constitución Nacional puede ser una alternativa, aunque siempre estará sujeta a revisión de la Corte.

Nuestro sistema democrático, la soberanía popular y los derechos sociales fundamentales requieren, para su consolidación y protección futura, una nueva configuración institucional en la que se establezca otra forma de equilibrar las relaciones entre los distintos poderes constituidos. Sólo el consenso democrático de mayorías y minorías -plasmado en una reforma constitucional- puede intentar desvanecer el futuro regresivo que se avizora de la lectura de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

97 Abramovich, Víctor, Ob. Cit.

## LA DEFENSA DEL INTERÉS PÚBLICO

GUSTAVO E. SILVA TAMAYO\*

Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados y Abogadas del Estado | Mayo 2023 | Año 7 N° 9 | Buenos Aires, Argentina (ISSN 2796-8642) | pp. 74-95

**RESUMEN:** El interés público es uno de los conceptos jurídicos que, tradicionalmente, han resultado más difíciles de determinar pues en su contenido confluyen componentes políticos, económicos, sociales y morales, entre otros, que son mutables en sentido temporal (y espacial). Sin embargo, estatuirlo ha sido siempre imprescindible, no solo porque fija los confines de la competencia de los órganos estatales, sino por cuanto obra como justificativo teleológico de la noción misma de Estado. No obstante, en las últimas décadas a la luz del constitucionalismo de la Segunda Posguerra, se ha perfilado la idea de que el interés público se identifica con la dignidad humana y la realización de los valores humanos básicos. Asimismo, su defensa corresponde a todos los órganos estatales, en el marco de sus funciones preponderantes y a cualquier ciudadano, individual o colectivamente afectado.

### 1. INTRODUCCIÓN

Resulta a todas luces evidente que la noción de “Interés público” o “Interés general” (“bien común” para el Derecho Natural) conecta directamente con el concepto mismo de Estado pues su satisfacción ha aparecido desde siempre como la justificación teleológica de la esencia y existencia de esta categoría histórica.

A su vez es presupuesto explícito de la organización y de la función administrativa estatal e implícito -desde una mirada sistémica y propia de un Estado Social y Constitucional de Derecho<sup>1</sup>-, para

1 \* Doctor en Ciencias Jurídicas (USAL). Posdoctor en Derecho (UBA). Profesor Adjunto regular UBA y Titular USAL. Profesor Titular y Adjunto en la Maestría en Derecho Administrativo de la UBA. Director Nacional de



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



el ejercicio de las restantes funciones estatales y el establecimiento de sus respectivas organizaciones. Caso contrario la actuación del Estado aparecerá deslegitimada y configurará un *abuso de derecho público* o una desviación de poder, por resultar contraria a uno de los Principios Generales de Derecho de los cuales se deriva la conformación de todo ordenamiento ético y, por lo tanto, justo.

La característica tuitiva del interés público aparece mejor apreciada en la función administrativa que en cualquiera de las otras dos restantes, en tanto que la Administración persigue su satisfacción recta e inmediata y para ello cuenta con prerrogativas y privilegios que integran su régimen exorbitante<sup>2</sup>. Sin embargo, ello no debe hacer perder de vista que la satisfacción del interés público no solo es llevada a cabo por el Estado a través de su Administración sino, bien que, en forma indirecta o mediata, también es realizada a través de los órganos legislativo y judicial. Retomaremos enseguida este punto crucial.

Delinear, siquiera a grandes rasgos, la noción no es, por cierto, empresa sencilla, aunque resulta trascendental el intento de hacerlo. Y, en verdad, no es un problema ajeno a los conceptos con los que trabajan todas las Ciencias Sociales, porque invariablemente su determinación se encuentra fuertemente condicionada por la metodología de la cual se parta para definirlos o, mejor, describirlos.

Pero de lo que no pueden caber dudas es que se trata de una pauta, -si se quiere proteica y multiforme como opinan ciertos autores-, o de un *concepto jurídico indeterminado* -como lo consideramos nosotros-, que juridiza la actuación del Estado, reconociéndola y dándole contenido material, pero, a la vez, marcándole el límite trazado por

Dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación.

La expresión “Estado Social y Democrático de Derecho” presupone, según FERRAJOLI, la existencia de una constitución democrática, es decir, aquella que tiene como normas de reconocimiento la representación política y la división de poderes, la autonomía de la voluntad y la garantía de los derechos de libertad y de los derechos sociales (*Principia Iuris*, Trotta, Madrid, 1º edición, 2011, traducción de Juan Carlos Bayón Mohino, t. I, p. 844). Como no toda constitución es democrática, entendemos que la denominación correcta o suficiente de la estatalidad sobre la que centramos este trabajo sería la de “Estado Social, Constitucional y Democrático de Derecho” y sólo por una convención de lenguaje nos limitaremos a designar 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.

2 De acuerdo: COSCULLUELA MONTANER, Luis, *Manual de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 12ª edición, 2001, p.42.

el respeto a la dignidad de los particulares. Éstos podrán ver restringidos sus derechos fundamentales en aras a la consecución de ese interés público hasta el confín marcado por el *contenido esencial* de los mismos. Y este criterio para resolver conflictos, ni siquiera puede considerarse actualmente como patrimonio exclusivo del Derecho Público, habida cuenta del entrelazamiento e interrelación con el Derecho Privado que ha experimentado en las últimas décadas, como producto de la *constitucionalización* del segundo.

Asimismo, y en nuestra opinión, en la presente etapa de la evolución jurídica que ha seguido el constitucionalismo de Posguerra en Occidente, tampoco debería encontrarse en tela de juicio que todos los órganos estatales contribuyen a la realización del interés público haciendo, mayoritariamente, uso de poderes discrecionales.

Adicionalmente se presenta una dificultad en relación a la Administración y es que ella sólo puede poner en ejecución las políticas públicas -que son las acciones de gobierno dirigidas a satisfacer los intereses públicos-, si cuenta con recursos, aprobados por la ley de presupuesto. En otras palabras, la asignación presupuestaria supone, las más de las veces, una habilitación de competencia al órgano administrativo que, en definitiva, también se hallará condicionada por la propia valoración del interés público que lleva a cabo el legislador. La finalidad pública obra, entonces, como medida de la competencia administrativa que la norma presupuestaria le confiere, al asignarle recursos<sup>3</sup>. Por ello es que los fondos deben utilizarse no sólo de acuerdo al contenido material de la norma, sino también según el fin a satisfacer, de donde se puede apreciar la estrecha relación que media entre la habilitación presupuestaria y el abuso o desviación de poder.

Precisamente, la distribución de los recursos públicos es un tema siempre candente en los Estados Sociales porque trae aparejado el problema de la delimitación de las esferas entre lo público y lo privado y, en los países latinoamericanos, adicionalmente, la asignación

3 Se ha dicho que el presupuesto es un plan de gobierno que expresa un programa político de gobierno al reflejar cómo se va a distribuir los recursos públicos en beneficio de la colectividad. Y también que representa un plan de administración pues la prestación de servicios públicos y el cumplimiento de otras actividades por parte de la Administración que suponen la erogación de recursos, dependerán de las partidas presupuestarias asignadas (Ver: VILLEGAS, Héctor B, *Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario*, Depalma, Buenos Aires, 7ª edición, 1999, p. 792).

ha estado vinculada a los programas de reformas del Estado, con el declarado propósito de llevarla a cabo de manera más eficaz.

El concepto de “interés público”, como dijimos más arriba, desborda el terreno del Derecho Público y se proyecta en toda su dimensión sobre el Derecho Privado *constitucionalizado*, de resultas del cual se produjo el abandono del paradigma del racionalismo liberal que imbuyó al movimiento codificador decimonónico de un *nomocentrismo* hoy francamente intolerable, del cual, nuestro Código Civil no fue la excepción<sup>4</sup>.

Desde esta perspectiva debe apreciarse que las pautas distintivas a ser tenidas en consideración por el operador jurídico para decidir si se encuentra frente a una nulidad absoluta o relativa tienen en mira, como *criterium divisionis*, la afectación o no afectación del interés público. También que figuras como la del abuso de derecho o, si se quiere, *de la prohibición del ejercicio abusivo del derecho*, se justifican también en el respeto a la idea de no conculcación del interés público.

La constitucionalización del Derecho Privado, por otra parte, revela una transversalización del Derecho que refuerza su condición sistémica y determina que un sinnúmero de conflictos se resuelva gracias a la *irradiación* que ejerce el Derecho Constitucional (sobre ésta y otras ramas).

Así, entendemos, se trata de una noción que posee carácter nuclear para el mantenimiento de cualquier organización estatal.

## 2. BREVE RESEÑA DE SU EVOLUCIÓN HISTÓRICA

En verdad, la evolución del concepto de “interés público”, reiteramos, es inescindible de la propia operada en la noción de Estado.

En efecto, la Revolución Francesa supuso un quiebre con el *status quo* imperante en el que la concentración de poderes en el monarca, propia del Absolutismo, dio cabida a un permanente avasallamiento

4 El Código Civil y Comercial argentino es enfático al respecto: “Artículo 1º: Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto se tendrá en cuenta la finalidad de la norma...”; “Artículo 2º: La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”.

de los derechos y garantías de los súbditos. Este cisma produjo una mutación en la titularidad de ese poder, que pasó de hallarse encarnado en la persona del rey a distribuirse y atomizarse en una institucionalidad sistémica, el Estado Constitucional, en la que confluyeron el gobierno y la sociedad.

Esta primera *versión* del Estado regido por una Constitución, echó sus bases en el respeto absoluto a los derechos subjetivos individuales, para lo cual contó con los medios necesarios para hacer cumplir la ley cuando los mismos resultaban afectados, por acción u omisión del propio Estado o de los particulares. Además, puso especial atención en la custodia del orden público<sup>5</sup>, es decir, de la organización social establecida, manteniendo la paz interior y proveyendo lo conducente para la defensa frente a ataques exteriores. Se trató, entonces, de un Estado *Liberal* y el interés público estuvo determinado por el abstencionismo del poder público frente a todos esos derechos individuales, que se ejercían con absoluta libertad. El reconocimiento de estos derechos, venía a marcar el contorno de libertades personales oponibles al poder del Estado.

A lo largo del siglo XIX y especialmente hacia fines de éste, la imposibilidad del Estado Liberal para dar respuesta a la cuestión social surgida luego de la Revolución Industrial, produjo primero su entropía sistémica y luego su muerte y reemplazo por el Estado *Social*. Este Estado puso foco en el hombre en alteridad con sus semejantes, no considerado en forma aislada, sino tomando su condición de ser *social*. De allí es que se reconocieran también los derechos *sociales* que vinieron a trazar un límite a los derechos individuales. Es por ello que el interés público que legitima a este tipo de Estado

5 Sobre las dificultades de precisar la noción de “orden público”, puede consultarse: CARDINI, Eugenio O., *Orden Público*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1959, ensayo que, a pesar de los años transcurridos desde su publicación no ha perdido vigencia. También creemos que resulta provechosa la descripción del concepto efectuada por Raymundo M. SALVAT, incluso más de un cuarto de siglo antes: “...conjunto de principios de orden superior, políticos, económicos, morales y algunas veces religiosos, a los cuales una sociedad considera estrechamente vinculada la existencia y conservación de la organización establecida; por ejemplo, la separación de poderes que ejercen el gobierno, la libertad individual, la propiedad, etc...” (Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General, Librería y Casa Editora de Jesús Menéndez, 5° edición, 1931, p. 129). A nuestro entender el orden público forma parte del interés público en tanto existe un interés de la comunidad en el mantenimiento de las bases que sustentan la organización establecida.

en su búsqueda y concreción, está marcado por lazos de solidaridad y por lograr una justicia distributiva en el reparto de bienes sociales<sup>6</sup>.

Como dice GARCÍA PELAYO, esta versión del Estado, supuso la adaptación del modelo de estatalidad liberal burguesa a las nuevas condiciones sociales que surgieron tras la Revolución Industrial y postindustrial, con nuevos problemas de una dificultad desconocida hasta ese entonces, pero también con grandes posibilidades técnicas, económicas y organizativas para hacerles frente<sup>7</sup>. Este Estado Social, además, fija límites al ejercicio de los derechos individuales que deben ahora ejercerse en función social. Asimismo, establece un régimen de derechos políticos de modo que se legitime la autoridad de los gobernantes a través de la participación de los individuos, especialmente canalizada mediante el voto universal y secreto.

La traumática salida de la Segunda Posguerra condujo -como reacción a la aciaga noche de las aventuras totalitarias-, a que la mayoría de los Estados Occidentales decidiese incluir con el más alto grado de protección, es decir en sus cartas fundamentales, el reconocimiento y protección de los derechos humanos esenciales o básicos, como ya señalamos. A ellos se han sumado, como producto de la evolución social, tecnológica, científica y comercial, la aparición de “nuevos derechos”, llamados de “tercera generación” que también han recibido acogida en las constituciones, tales como la protección del medio ambiente, de los usuarios y consumidores, del patrimonio cultural, del mantenimiento de la paz y seguridad mundiales, etc. Si bien, a primera vista, el cuadro descripto podría hacer presumir que se ha operado una complejización en la conformación del interés público a tutelar por los Estados, entendemos que se trata de derechos que se encuentran, todos ellos, estrechamente conectados con la dignidad humana y su realización.

De allí es que, insistimos, en la hora actual el interés público radica, en esencia, en el reconocimiento y realización de los Dere-

6 Resultan decisivos los aportes doctrinarios de León DUGUIT para brindar el basamento teórico de este tipo de Estado en el que, a su juicio, nada queda de la relación de soberano a súbditos pues el fundamento del Derecho Público ha pasado a ser el de derecho objetivo de los servicios públicos (ver: *Las transformaciones en el Derecho Público y Privado*, Heliasta, Buenos Aires, 1° edición, traducción de Adolfo González Posada, ps. 31-48).

7 GARCÍA PELAYO, Manuel, “Las transformaciones del Estado contemporáneo” en *Obras Completas*, vol. II, Centro de Estudios Políticos y Contemporáneos, Madrid, 2009, 2° edición.



chos Humanos. Este aspecto, por otra parte, aparece reforzado por la incorporación de los tratados de Derecho Humanos incorporados a nuestro ordenamiento (CN, art. 75, inc. 22). De este modo se ha producido una suerte de *globalización jurídica* que marca límites y pautas directrices a los órganos legislativos de los Estados miembros, creando un marco de cooperación sin soberanía<sup>8</sup>.

Estos derechos, vale la pena aclarar, poseen, a la vez, un carácter individual y colectivo; su tutela requiere de la aplicación de ordenamientos y de la actuación de organizaciones públicas y/o privadas.

Resta enfatizar que el poder del Estado se ha desplazado hacia la sociedad, democratizándose, e integrando a los individuos, antes aisladamente considerados por el liberalismo o actuando dentro de grupos reconocidos. Ello ha supuesto una mayor legitimación de los sistemas, incluso, posibilitando la participación de los ciudadanos en los procesos de toma de decisiones. El Estado y la sociedad, entonces, aparecen interrelacionados por medio de distintos puntos de interferencia los que han dado lugar a lo que se conoce como Estado Social y Democrático de Derecho y que nosotros, como señalamos *supra*, denominamos Estado Social y Constitucional de Derecho.

### 3. LA DOCTRINA

Hechas las precisiones introductorias que hemos estimado pertinentes, nos parece ilustrativa la enunciación de una reseña doctrinaria, rescatando -de modo absolutamente convencional-, las opiniones que consideramos más relevantes no sin antes advertir que muchos autores -y veremos que también fallos judiciales- evitan intentar una conceptualización del interés público quizás por entenderlo como un presupuesto que se explica por sí mismo.

Así, VEDEL, advierte que la noción tiene un sentido político: se trata de un arbitraje entre distintos intereses particulares, que pueden definirse *cuantitativamente* (una expropiación que sacrifica el interés del propietario con el objeto de permitir el paso de una línea férrea que va a ser utilizada por innumerables usuarios) o *cualitativamente* (la asistencia pública a indigentes que no son la mayoría de la población pero que se justifica por el valor superior que asumen la salud

8 Ver: CASSESE, Sabino, *La globalización jurídica*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2006, traducción española, ps. 13-31.

y la vida humana)<sup>9</sup>. Agrega que, según épocas y países, el criterio cuantitativo y cualitativo se aplica diferentemente. También que la idea no permanece invariable en el tiempo y en el espacio<sup>10</sup>. Para que su significación resulte jurídicamente utilizable, según el autor francés, es necesario que sea determinada por las autoridades que tengan competencia para efectuar ese arbitraje entre intereses particulares. A veces es la Constitución la que define el interés público y el legislador dota de la precisión necesaria a la mayor parte de los elementos componentes del mismo. Finalmente, la Administración es competente para definirlo en el dominio no reservado al legislador<sup>11</sup>.

En una línea no demasiado alejada de esta formulación se sitúan DEBBASCH y COLIN, para quienes la subordinación de las instituciones administrativas a las políticas se justifica por una razón que se encuentra en su esencia misma: su accionar que es el de responder al interés general es definido por los órganos políticos y puede ser concebido de un modo minimalista (Estado gendarme) o maximalista (Estado providencia)<sup>12</sup>.

GIANNINI estima que el interés público no significa el objetivamente perteneciente a la generalidad, salvo en un número limitado de casos. Así distingue el interés público *general* (instrucción pública, defensa exterior) del *sectorial* (la administración de la marina tutela p.ej. los intereses de los trabajadores portuarios)<sup>13</sup>.

Para SÁNCHEZ MORÓN los intereses generales son la pluralidad de intereses sociales que el Estado asume como propios, *publicándolos*, asignando recursos y poderes públicos para realizarlos y defenderlos; así se diferencian de los intereses particulares<sup>14</sup>. Este autor distingue la determinación en la Constitución de algunas tareas o funciones a los poderes públicos (justicia, legislación) que asumen

9 Cfr. VEDEL, Georges, *Droit Administratif*, Presses Universitaires de France, Paris, 1961, 12e édition, ps. 212-214.

10 Cfr. VEDEL, Georges, op. y loc. cit.

11 Ídem.

12 DEBBASCH, Charles-COLIN, Frédéric, *Droit Administratif*, Economica, Paris, 12eme. édition, p. 7.

13 Cfr. GIANNINI, Massimo S., *Derecho Administrativo*, INAP, Madrid, 1991, traducción de Luis Ortega, p. 133.

14 Cfr. SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho Administrativo, Parte General*, Tecnos, Madrid, 2005, ps. 75-77.

el carácter de intereses generales *primarios*. Luego media un diferimiento hacia los órganos estatales, en el marco de la propia Constitución, de los Tratados y de las Leyes, de los intereses generales a tutelar en cada momento, según un sentido dinámico que permite adecuar en forma constante los cambios que las nuevas realidades económicas y sociales imponen al Estado<sup>15</sup>.

ESCOLA ha señalado, en su clásico ensayo, que el “bienestar general” al que se refiere no sólo el Preámbulo de la CN, sino que se efectiviza en todo su articulado, halla su correlato jurídico en el “interés público”, entendido no sólo como la suma de una serie de intereses individuales coincidentes, personales, directos, actuales o eventuales, sino también como el resultado de un interés emergente de la existencia de la vida en comunidad, en el cual la mayoría de los individuos reconocen también, un interés propio y directo<sup>16</sup>.

GORDILLO ha sostenido que el interés público o bien común *...no es el interés de un conjunto de habitantes tomados como masa, no es un bienestar general, omnipresente, una felicidad indefinible e imprecisable, es sólo la suma de una mayoría de concretos intereses individuales coincidentes -actuales o futuros- y por ello la contraposición entre interés público y derecho individual es falsa si no redundando en mayores derechos y beneficios para los individuos de la comunidad...el interés público en el que cada individuo puede encontrar e identificar una porción concreta de interés individual es una falacia*<sup>17</sup>.

Según MUÑOZ, aun cuando reconoce que su definición es difícil, el interés público tiene una proyección concreta, sea porque está previsto en la ley (v.g. modificación de un contrato por razones de interés público) o bien porque el juez puede analizar, en concreto, si la actuación administrativa se adecua al interés público<sup>18</sup>.

Para BANDEIRA DE MELLO, el interés público es el interés

15 Cfr. SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, ob. y loc. cit.

16 Cfr. ESCOLA, Jorge, *El interés público como fundamento del Derecho Administrativo*, Depalma, Buenos Aires, 1989, ps. 31-32.

17 GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 4º edición, t. II, 8º edición, 2006, ps. VI-28-32.

18 Cfr. MUÑOZ, Guillermo A., “El interés público es como el amor” en Revista de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo, ([www.aada.org.ar](http://www.aada.org.ar)) N° 8.

resultante del conjunto de intereses que los individuos personalmente poseen cuando son considerados como miembros de la sociedad y aclara que no es algo etéreo, intangible o abstracto, sino que tiene que estar concretado en la norma y en el ordenamiento jurídico<sup>19</sup>.

Según HAEBERLIN, el interés público es un juicio sintético *a priori* del Derecho Público, que puede ser construido como un enunciado con valor de verdad, sobre una estructura de “deber ser” que brinda contenido moral o de Justicia al Estado para sustraer sus actos incompatibles con esa idea. Para este autor, el contenido jurídico del interés público es la colisión entre los derechos fundamentales y un Estado que atiende a su desarrollo, es un Estado Meritocrático de Derecho<sup>20</sup>.

Explica MAURER que la actividad administrativa es de conformación social, pues debe ocuparse de los asuntos concernientes a la colectividad y a los individuos que la conforman; de allí que deba orientarse a los intereses públicos, esencialmente mutables, y potencialmente conflictivos en la dimensión del peso, resultando determinantes para su resolución, la Constitución y la ley<sup>21</sup>.

RODRÍGUEZ-ARANA, citando un artículo de GARCÍA DE ENTERRÍA, considera que el interés general se encuentra en la promoción de los derechos fundamentales<sup>22</sup>.

Para LÓPEZ PEÑA, el contenido del interés público se concibe, en la contemporaneidad, dentro de las cláusulas de “no retorno”, entre las cuales se contemplan las formas de un Estado Social de Derecho: proyección de los derechos fundamentales, trascendencia en la organización del poder en el reconocimiento de la Democracia, principio de separación de poderes, etc. Este autor concibe al interés

19 BANDEIRA DE MELLO, Celso, *Curso de Derecho Administrativo*, Porrúa, México, 2006, traducción de Valeria Estefanía Labraña Parra, ps. 815 y ss.

20 HAEBERLIN, Martin, *Uma teoria do interesse público. Fundamentos do Estado Meritocrático de Direito*, Livraria do Abogado, Porto Alegre, 2017, ps.241-242, 256-260.

21 MAURER, Harmut, *Derecho Administrativo, Parte General*, Marcial Pons, Madrid, 2011, traducción de la 17ª edición alemana coordinada por Gabriel Doménech Pascual, ps. 50-51

22 RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime, *Interés general, Derecho Administrativo y Estado de Bienestar*; Iustel, Madrid, 1º edición, 2012 p. 81. El trabajo al que alude este autor es el de GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “La significación de las libertades para el Derecho Público”, Anuario de Derechos Humanos de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1981, ps. 116 y ss.

público como un concepto jurídico indeterminado, idea que, como hemos adelantado más arriba, compartimos<sup>23</sup>.

Según BALBÍN, el interés público es el conjunto de derechos, pero su aplicación en el caso concreto lleva a definir conflictos y componer derechos pues comprende tanto una fase expansiva como una limitativa; la resolución y el equilibrio dependen de decisiones de los órganos políticos las que, en todo caso, deben respetar el umbral mínimo o el contenido esencial de esos derechos<sup>24</sup>.

#### 4. LA JURISPRUDENCIA

En cuanto a la jurisprudencia francesa, a nuestro entender, resulta destacable de señalar que el Consejo de Estado se ha servido utilitariamente de la noción para fundar distintos pronunciamientos.

Así, en el caso de una ocupación de obreros de una fábrica, justificando la falta de intervención de la Administración para disponer el desalojo sin autorización judicial, sostuvo que no mediaba una amenaza al orden público que las autoridades administrativas estaban encargadas de garantizar en aras al *interés general*<sup>25</sup>; lo utilizó como requisito para caracterizar una obra pública<sup>26</sup>; lo invocó como un medio para satisfacer intereses puramente privados<sup>27</sup> o bien lo relacionó con la preservación de la paz social y el mantenimiento del orden público en oportunidad de revisar una sanción a un empleado de una sociedad sin ánimo de lucro que prestaba un servicio público<sup>28</sup>.

Analizando un trabajo de TRUCHET, SAINZ MORENO extrae

23 Cfr. LÓPEZ PEÑA, Edmer L., *El dilema del interés público en el Derecho Administrativo*, Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 1º edición, 2018, p. 177

24 BALBÍN, Carlos F., *Crisis del Derecho Administrativo. Bases para una nueva Teoría General*, Astrea, Buenos Aires, 1º edición, 2020, ps 28-29.

25 Cfr. LONG, Marceau-WEIL, Prosper-BRAIBANT, Guy-DEVOLVÉ, Pierre-GENEVOIS, Bruno, *Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa francesa.*, Ediciones Librería del Personal, Bogotá, 2000, traducción de Leonardo Augusto Torres Calderón, Humberto Mora Osejo y Marie Louise Crépy, C.E., 3-6-1938, *Sociedad "La Cartonería e Imprenta Saint Charles"*, p. 227.

26 Ibid, C.E., 28-6-1955, *Effimieff*, p. 378.

27 Ibid., *Nueva Ciudad Este*, p. 496.

28 Ibid., CE Ass. 5-5-1976, *Sociedad de reordenamiento territorial del Establecimiento Rural de Auvernia y Ministro de Agricultura c. Bernette*, p. 520.

algunos principios de esta jurisprudencia del *Conseil*. En primer lugar, la noción de interés general cumple una doble función: como factor de aplicación del Derecho Público y como factor de legalidad de la actividad administrativa (límite a la actuación administrativa y requisito de validez del acto). En segundo, si bien existe una “presunción de interés público” (aunque no tan amplia como la presunción de legitimidad), los jueces tienden a exigir a la Administración que exponga tales motivos, especialmente cuando la norma lo impone expresamente y cuando el acto impugnado afecta a la propiedad, a la libertad o a la igualdad<sup>29</sup>.

Los tribunales españoles han señalado que: *En el campo de fuerzas de los intereses particulares individuales o de grupo, la resultante histórica en cada momento conforma el interés público, que no es por tanto mera suma o yuxtaposición, algo cuantitativo, sino más bien una sublimación cualitativa*<sup>30</sup>.

En recientes fallos se aprecia un valimiento apodíctico del concepto para: desestimar el recurso de casación en interés legal, por no haberse justificado la “...*gravedad del daño para el interés general*...”<sup>31</sup>; considerar su ausencia en una reglamentación del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía que obstaculizaba el acceso al sector de control de calidad de edificios a empresas competidoras que no tuviesen el domicilio social, sede o delegación en Andalucía, en contraposición al artículo 49 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea<sup>32</sup>; juzgar incumplida la exigencia de motivación del acto por la sola remisión genérica a él<sup>33</sup>; o valorar que los convenios urbanísticos “...*en tanto instrumentos de acción concertada pueden ser de utilidad para llevar a cabo una actuación urbanística eficaz, la consecución de los objetivos concretos y la ejecución efectiva de*

29 TRUCHET, Didier, *Les fonctions de la notion d' intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d' État*, LGDJ, París, 1977, cit. por SAINZ MORENO, Fernando, “Sobre el interés público y la legalidad administrativa”, *Revista de Administración Pública*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, N° 82, enero-abril, 1977, ps. 439-454.

30 Sentencia de 19 de mayo de 1988, Sala de Revisión, cit. por BOQUERA OLIVER, *Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 10ª edición, 1996, Vol. I, p. 72.

31 STS de fechas 8-7-2010 y 24-6-2010.

32 STS de fecha 6-7-2010.

33 STS de fecha 16-6-2010.

*actuaciones beneficiosas para el interés general*”<sup>34</sup>.

Para SAÍNZ MORENO, la jurisprudencia española, a diferencia de la francesa, no se ha pronunciado de manera tan categórica sobre a quién corresponde la carga de la prueba del interés público<sup>35</sup>.

En la jurisprudencia alemana se advierte que el Tribunal Constitucional ha derivado el criterio de “proporcionalidad” de los derechos humanos, como un concepto inherente a ellos a través del cual debe interpretárselos en función de las limitaciones legales a las que puedan ser sometidos<sup>36</sup>. En general, el Tribunal Constitucional concede al legislador un margen amplio de apreciación para determinar el interés general que justifica la restricción del derecho fundamental y, en especial, en la determinación de las medidas idóneas a esos fines<sup>37</sup>.

Ha dicho categóricamente el Tribunal: *En la República Federal de Alemania el principio de proporcionalidad tiene un rango constitucional. Este rango resulta del principio del Estado de Derecho, pero también surge del carácter de los derechos fundamentales mismos, los cuales, como una expresión del derecho de libertad del ciudadano frente al Estado, pueden ser restringidos en tanto y en cuanto sea necesario para la protección de los intereses públicos*<sup>38</sup>.

En lo que respecta a la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia, resulta notable de apreciar que registra a lo largo de nuestra historia institucional variopintos pronunciamientos en los cuales: 1) identificó el “interés público” con la noción de “orden público” para justificar la reducción del interés y la prórroga del plazo para el pago del capital por parte de los deudores hipotecarios que preveía la Ley N° 11.741 (“*Avico c/De la Pesa*”)<sup>39</sup>; 2) lo asimiló al bienestar general, de carácter circunstancial y derivado del examen de los hechos en cada caso particular y concreto en materia de poder tributario (“*Bodegas y Viñedos Arizu S.A. v. Nación Argentina*”)<sup>40</sup>; 3) utilizó la figura para justificar la adopción de medidas de emergencia

34 STS de fecha 28-5-2010.

35 SAÍNZ MORENO, Fernando, “Sobre el interés...” cit.

36 BVerfGE 13, 97 (104); 7, 377 (399).

37 BVerfGE 39, 210, 230; 47, 109, 117; 61, 291, 133; 65, 116, 126.

38 BVerfGE 19, 342 (348 s); 55, 28 (30); 76, 1 (50) s.

39 *Fallos*, 162:21.

40 *Fallos*, 188:56

tendientes a su salvaguarda (“*Peralta*”)<sup>41</sup>; o bien, 4) avaló la revocación por razones de oportunidad de la adjudicación de una estación de radiodifusión llevada a cabo por el último gobierno de facto, fundando la medida en una “*oposición cierta en las fuerzas vivas de la comunidad...malestar público que constituyó el presupuesto fáctico de la revocación*” con lo cual, implícitamente, dejó sentado el carácter mutable y dinámico del interés público (“*El Jacarandá S.A. s/juicio de conocimiento*”)<sup>42</sup>. Finalmente, en “*Arriola*”, remitió a las pautas interpretativas sentadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en su Opinión Consultiva N° 5/86, respecto al bien común, para describirlo “...*como un concepto referente a las condiciones de la vida social que permiten a los integrantes de la sociedad alcanzar el mayor grado de desarrollo personal y la mayor vigencia de los valores democráticos*” sin dejar de señalar “...*la dificultad de precisar de modo unívoco los conceptos de orden público y bien común, ni que ambos conceptos pueden ser usados tanto para afirmar los derechos de la persona frente al poder público, como para justificar limitaciones a esos derechos en nombre de los intereses colectivos*”<sup>43</sup>.

## 5. NUESTRA OPINIÓN

Consideramos que el “fin público”, “interés público” o “interés general” es una premisa que guía el accionar estatal, no sólo en sentido jurídico, sino también político, como certeramente señala VEDDEL. Asimismo, el interés público viene a ser el interés colectivo que el Estado asume como propio, bajo un régimen de Derecho Público, con títulos de intervención exorbitantes del Derecho Privado, según señala, también con acierto, SÁNCHEZ MORÓN.

De este modo, el interés público se convierte en un principio ético supremo que reclama el cumplimiento de metas morales mínimas para el mantenimiento y preservación de una organización social, sistémicamente establecida. Esas metas, en el Estado Social y Constitucional de Derecho, no pueden ser otras que el respeto y la realización de la dignidad humana, *en la mayor medida de lo posible*,

41 *Fallos*, 313:1513.

42 *Fallos*, 328: 2654.

43 *Fallos*, 332: 1963.



como proclaman, de manera enfática, la Ley Fundamental de Bonn<sup>44</sup> y la Constitución Española<sup>45</sup>. Y también como, en idéntico sentido, se pronuncian los Preámbulos de la Declaración Universal de los Derechos Humanos<sup>46</sup> y de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre<sup>47</sup>.

Por otra parte, el concepto de interés público favorece los principios que alimentan el pluralismo democrático y hacen posible la pacífica convivencia entre mujeres y hombres, habida cuenta de que sirve como guía para fijar, del modo más igualitariamente posible, toda restricción que, el Estado en todas sus manifestaciones y en su nombre, pretendan imponer a la ciudadanía. Así, la noción estará siempre presente, alumbrando los procesos de decisión en cualquiera de los órganos estatales. Correlativamente, impondrá un haz de deberes y obligaciones éticas que posibilitarán, aun dentro de las creencias y opiniones antagónicas, llegar a consensos que aseguren el mantenimiento de la paz social.

## 6. LOS FINES PÚBLICOS “PRIMARIOS”. LOS “MOMENTOS” DE CONCRECIÓN DEL INTERÉS PÚBLICO O GENERAL

En el articulado de la Constitución Nacional y también en su Preámbulo y en el derecho supranacional, aparecen determinados ciertos cometidos que, como expone SÁNCHEZ MORÓN, asumen el carácter de intereses generales *primarios* (v.g.: legislación, justicia) que el Estado despliega sin recurrir a la función administrativa,

44 Artículo 1º: “La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público”.

45 Título I, De los derechos y deberes fundamentales, Artículo 10.1.: “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden público y de la paz social”.

46 “Considerando: Que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad humana y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana...”

47 Considerando: Que los pueblos americanos han dignificado la persona humana y que sus constituciones nacionales reconocen que las instituciones jurídicas y políticas, rectoras de la vida en sociedad, tienen como fin principal la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritualmente y alcanzar la felicidad...”

es decir, a aquella actividad que hemos caracterizado por discurrir teológicamente en forma inmediata, práctica, concreta y espontánea.

Existen, al lado de los descriptos, otros fines primarios (v.g.: defensa exterior, seguridad interior, salud, educación) que, en cambio, requieren del ejercicio de la función administrativa para su realización<sup>48</sup>.

Habida cuenta de que en todo Estado de Derecho la función administrativa se presenta como legalmente condicionada, el primer escalón descendente en la determinación del interés público corresponderá al legislador (vinculado positivamente, a su vez, a las normas con jerarquía constitucional). Para llevar a cabo esa especificación, sancionará normas habilitantes (leyes) para la actuación de los órganos centralizados -o a veces, incluso-, creará entidades autárquicas. De este modo, y con la correspondiente asignación de fondos en la Ley de Presupuesto, atribuirá competencia a la Administración<sup>49</sup>.

En uso de su propia *discrecionalidad* (legislativa), conferirá en la ley al órgano administrativo, mayores o menores dosis de discrecionalidad (administrativa); determinará o indeterminará -en mayor o menor grado-, conceptos<sup>50</sup> o; en fin, remitirá a la

48 Desde luego que la determinación de los intereses generales estará limitada por los Principios Generales de Derecho, tales como el principio de razonabilidad (y proporcionalidad, según el caso) y la consecuente interdicción de arbitrariedad. Asimismo, cobrarán un rol relevante los principios de la buena fe y de la confianza legítima. Fuera de ello qué deba entenderse por tales, y cómo se los definirá resultará resorte exclusivo de los órganos dotados de representatividad política, mediata o inmediata, y el único control al que estarán sujetos, en cuanto al acierto o desacierto de sus decisiones, será el que surja del ejercicio del juego democrático por parte de los ciudadanos (De acuerdo: SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho...* cit. p. 77).

49 Es lo que se ha denominado como “Finalidad del acto administrativo en su fase legislativa” (Cfr. BEJAR RIVERA, Luis J., *La finalidad del acto administrativo*, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2010, ps. 93-100).

50 El legislador puede: a) establecer claramente el interés público concreto que persigue y las medidas para realizarlo (no hay discrecionalidad); b) establecer con precisión el interés público a realizar pero no los medios (hay discrecionalidad en este último punto); c) determinar genéricamente el interés público a concretar y tampoco especifica los medios (hay discrecionalidad); y d) no establecer ni la finalidad ni los medios correspondientes (habrá un amplio margen de discrecionalidad, pudiendo la Administración, incluso, recurrir a los Principios Generales de Derecho). En sentido similar al nuestro: SESIN, Domingo Juan, “Determinación del interés público. Actividad reglada o discrecional”. Intensidad del control judicial”, RDA N° 47, LexisNexis,



comprobación de hechos que puedan verificarse, sin más (hechos *simples*) o requieran de su apreciación mediante juicios de valor, de experiencia o técnicos y científicos (hechos *complejos*). La técnica legislativa ciertamente variará, pero su orientación finalista sólo podrá propender a la satisfacción del interés general, de lo contrario será tachada de inconstitucional.

Luego, descendiendo un peldaño más, se advierte que media un diferimiento del legislador a los órganos administrativos en la concreción de los intereses generales a tutelar en cada momento<sup>51</sup> de acuerdo a criterios que, como dijimos, no pueden ser pétreos, pues el entramado social y sus interacciones, así como los fenómenos económicos que lo afectan, mutan constantemente de modo tal que se generan constantes alteraciones en las demandas a satisfacer por el Estado<sup>52</sup>.

Una primera manifestación de esa especificación por parte del operador jurídico administrativo se plasmará en el dictado de actos de alcance general, de carácter impersonal y abstracto, es decir, de reglamentos autónomos y de ejecución, C.N., art. 99, incs. 1° y 2°<sup>53</sup>, (también de decisiones administrativas o resoluciones, según la jerarquía del órgano administrativo de que se trate) que regularán aspectos de detalle de la ley para posibilitar su ejecución con los límites impuestos por la juridicidad, en especial la razonabilidad (art. 28, C.N.).

La segunda exteriorización, se encontrará, por supuesto, en el acto administrativo, unilateral o bilateral, en el que el órgano administrativo, según ese margen mayor o menor de “libertad” que le haya conferido el legislador, determinará discrecionalmente la satis-

Buenos Aires, ps. 19-33.

51 Concreción que BEJAR RIVERA descompone en diversas manifestaciones de la actuación administrativa, a saber: los servicios públicos; la facultad reglamentaria; los actos administrativos de carácter general; la individualización del interés general en el acto administrativo de carácter individual y la discrecionalidad administrativa (ob. cit., ps. 100-119). Entendemos que a estas exteriorizaciones cabrían agregarse las actividades de policía y fomento.

52 De acuerdo: SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Tecnos, Madrid, 1994, ps. 75-77.

53 También los reglamentos delegados (art. 76, C.N.) son manifestaciones de esta individualización del interés público a partir de una habilitación legislativa, aunque, al menos en teoría, el margen de discrecionalidad administrativa es aquí menor.

facción del fin público en el caso concreto.

Vale decir que, partiendo de su determinación en la Constitución, la finalidad viene a especificarse y a concretarse de acuerdo a la distribución de las competencias que, según el criterio del legislador, corresponden a los órganos y entes administrativos. A expensas de la misma, cada organismo estatal determinará el objeto o contenido del acto en aras a la obtención de esa finalidad<sup>54</sup>.

Desde luego que el accionar estatal resulta no sólo vasto y complejo, sino, por sobre todas las cosas, condicionado por las fluctuaciones y el dinamismo que la satisfacción del interés público reclama, en cantidad y en calidad; ello torna quimérico de condensar con precisión en las normas. En todo caso, como dice CASSESE, es cierto que la Administración se organiza y actúa mediante leyes, pero éstas pueden variar en gran medida estableciendo para el órgano administrativo la observancia de ciertas conductas o bien, las más de las veces, limitarse a determinar las finalidades a alcanzar mediante el empleo de estándares no legislativos, según la doctrina de los *espacios libres* o de la *esencialidad*<sup>55</sup>.

La vertiginosidad de los cambios de orden político, jurídico, económico, cultural -y aun de salud, baste pensar en la pandemia del Covid-19-, ha sido magníficamente retratada por BAUMAN en su conocido ensayo<sup>56</sup> en el que advierte sobre la fluidez y cambios veloces en los escenarios en los que las sociedades y los Es-

54 De acuerdo: CABRAL, Julio E., “El acto administrativo y sus elementos esenciales”, ED, t. 42, ps. 847 y ss. Para este autor: “...*todo acto administrativo particular responde genéricamente a una finalidad pública, razón de ser de la norma constitucional que le dio origen, y específicamente al aspecto de esa finalidad que se tuvo en cuenta al distribuirse la competencia. El objeto o contenido del acto, consecuencia de esa competencia, debe perseguir esa finalidad general y la específica que le corresponde*”.

55 Cfr. CASSESE, Sabino, *Las bases del Derecho Administrativo*, INAP, Madrid, 1994, traducción de Luis Ortega, ps. 342-348. En sus palabras: “*La ley, por tanto, puede dirigir hasta un cierto punto a la Administración. Más allá de ese punto es improductivo buscar un criterio o una guía en la ley. Estos criterios pueden ser aportados por estándares económicos, técnicos, etc., o bien por reglas procedimentales u organizativo-procedimentales. El haber afirmado, por tanto, que la Administración elige y que no existe ninguna actividad reglada ha permitido no ocultar el verdadero problema de la discrecionalidad administrativa y afrontarlo de forma más eficaz*”.

56 BAUMAN, Zygmunt, *Modernidad líquida*, Fondo de Cultura Económica, México, 1° edición, 2003, traducción de Mirta Rosenberg.

tados deben actuar, por contraposición al mundo hasta ayer sólido y de discurrir más lento a los que debían enfrentar. Esta *liquidez*, agregamos, si bien torna más dificultosa -y a la vez volátil la concreción del interés público-, no debe hacernos perder de vista el faro que debe alumbrar toda actuación estatal *justa*, provenga de cualquiera de sus órganos o entidades extrapoderes: la defensa y satisfacción de la dignidad humana.

## 7. LA SATISFACCIÓN “INMEDIATA” Y “MEDIATA” DEL INTERÉS PÚBLICO. TODAS LAS FUNCIONES ESTATALES SE ENDEREZAN A REALIZAR EL INTERÉS PÚBLICO

Aun tomando en consideración las matizaciones con las que, entendemos, debe conceptualizarse el principio de separación de poderes y división de funciones, todos los órganos del Estado expresan su *voluntad* dirigida a la satisfacción de los intereses generales.

Es verdad que la legislación y la jurisdicción son accidentales porque encuentran su consumación en actos puntuales (v.g. la sanción de una ley, el dictado de una sentencia), por contraste con la continuidad y efectos prácticos *directos* sobre sus destinatarios que caracterizan a la función administrativa<sup>57</sup>.

Como señala ROMANO, se advierte un profundo contraste entre la “permanencia”<sup>58</sup> de la actividad administrativa frente a la “intermitencia” de la legislativa y judicial que operan en relación al futuro y al pasado, respectivamente<sup>59</sup>. Pero ello no debe hacer perder de

57 ZANOBINI, Guido, *Curso de Derecho Administrativo*, Arayú, Buenos Aires, 1954, traducción de la 5ª edición italiana (1949) de Héctor Masnatta, p. 23, dice que la legislación y la jurisdicción son accidentales porque se agotan en actos puramente psíquicos de voluntad, mientras que la administración agrega al elemento psíquico de la voluntad, el elemento material de la actividad práctica que opera directamente sobre la realidad.

58 Un estudio de la doctrina italiana ha llamado la atención sobre esta nota peculiar de la función administrativa. Ver: LEONE, Carmela, *Il principio di continuità dell'azione amministrativa*, Giuffrè Editore, 2007.

59 ROMANO, Santi, *Corso di Diritto Administrativo*, Casa Edictrice Dott. Antonio Milani, Padova, 1937, p. 2. Análogamente se pronuncia DIEZ, Manuel M., *El acto administrativo*, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1961, ps. 107-110, pues destaca su carácter continuo, por contraposición al “intermitente” de la función legislativa y jurisdiccional. También resalta que es concreta. De ahí que define a la función administrativa en sentido material como la actividad funcional y concreta del Estado que satisface las

vista que también estas dos últimas funciones se enderezan a la satisfacción del interés general en todo Estado Social y Constitucional de Derecho, pues a través de ellas se realizan aquellos fines públicos que se concretizan sin el concurso de la Administración.

En efecto, el legislador cuando sanciona una ley, sea de carácter público o privado, contribuye a conformar el ordenamiento jurídico del Estado, ejerciendo una soberanía, digamos *debilitada*, de resultas del fenómeno de la globalización jurídica al que nos hemos referido *supra*, pero que, en todo caso, sienta una pauta directriz de la conducta regulada en forma imperativa y abstracta, que a veces puede resultar restrictiva de un derecho fundamental, pero siempre en obsequio a la satisfacción del interés general.

Y cuando el juez dicta una sentencia, viene a complementar esta labor legislativa y a realizar el interés público pues, al declarar el derecho entre las partes, en caso de controversia, está aplicando la ley que ha sido violada o incumplida, trátase de una contienda entre particulares (en forma mediata) o entre particulares con el propio Estado, especialmente si de la restricción de un derecho fundamental se trata (en este segundo supuesto, en forma complementaria e inmediata). Esta cuestión es, por cierto, más compleja y excede los límites impuestos para este trabajo.

## 8. LA DEFENSA DEL INTERÉS PÚBLICO

Efectuada la correspondiente reseña aproximativa al concepto de interés público, toca ahora considerar a quién corresponde su defensa.

Por supuesto que los mismos órganos estatales involucrados en la concreción del interés público, en el marco de sus respectivas funciones, sistémicamente consideradas dentro de una concepción resignificadora del principio de división de poderes y separación de funciones, están llamados actualmente a defender el interés general.

En efecto, la noción clásica de división de poderes 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

necesidades colectivas en forma directa, continua y permanente y con sujeción al ordenamiento vigente. Asimismo, el citado tratadista expresa que es la más amplia de las tres; es la actividad fundamental, la que colabora en la ejecución de las leyes y sentencias y para que ellas sean más eficientes.

hasta el presente<sup>60</sup>.

Una visión sistémica, debe, en cambio, concebir la noción en forma abierta y dinámica 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 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.

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 nuclear, 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 campo 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 actuación<sup>61</sup>.

Pero, además, esa protección puede ser reclamada por cualquier ciudadano o grupo de ciudadanos u organización que propenda al abrigo de esos intereses y no solo ante el órgano judicial, como podía concebirse hasta hace algunas décadas. Bastará con que se acredite la existencia de un interés público determinado y encontrarse vulnerado un derecho fundamental, como la igualdad, la libertad o la dignidad, de modo tal que el reconocimiento proyecte sus efectos sobre colec-

60 Charles EISENMANN 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).

61 GAMEZ MEJÍAS, Manuel, *El significado jurídico actual del Principio de División de Poderes en las Constituciones Parlamentarias*, Dickynson, Madrid, 1º edición, 2004, ps. 301-328.

tivos sociales determinados o sectores vulnerados de la población.

Con la incorporación del derecho supranacional al ordenamiento jurídico interno, al igual que lo que ha acontecido en otros países latinoamericanos, se han modelado herramientas para facilitar esta defensa. Así, a título meramente ejemplificativo, podemos señalar: a) la ampliación de la legitimación en el procedimiento administrativo y en el proceso judicial; b) el amparo constitucional ante la afectación de derechos y garantías tutelados por la Constitución, los tratados o las leyes (artículo 43, CN); c) la instauración de organismos fiscalizadores, algunos novedosos como el Defensor del Pueblo u *Ombudsman*-, o la Auditoría General de la Nación; d) la transparencia en las prácticas administrativas y en las ejecuciones de gastos; e) el fortalecimiento de los canales de acceso ciudadano a la información pública o en el control de las políticas públicas (audiencias públicas, presupuestos participativos); etc.

## 9. CONCLUSIÓN

Entendemos que la actuación estatal halla su *ratio* última en asegurar las condiciones necesarias para lograr el desarrollo humano en aspectos personalísimos, materiales y culturales; pero no es menos exacto que ese interés general también puede obrar como límite al ejercicio de derechos individuales o como criterio para resolver los conflictos que pueden presentarse entre tales derechos.

Amén de ello, es destacable de tener en cuenta que el interés público representa una pauta delimitadora del ejercicio de las atribuciones estatales, no solo en la concreción de los derechos fundamentales, sino también al momento de resolver, a través de la ponderación, un conflicto entre ellos. Su defensa está a cargo tanto de los órganos del Estado que lo definen, como de los propios ciudadanos.

Por supuesto que el contenido de lo que deba considerarse como de "interés público" debe fluir al compás de la evolución y del cambio social de modo tal que estará condicionado por las valoraciones positivas que, mayoritariamente, sostenga una comunidad en un tiempo y espacio determinados.

## LA LITIGIOSIDAD COMO FUNDAMENTO PARA NEGAR A LOS TRABAJADORES EL ACCESO A LA JURISDICCIÓN

POR FLORENCIA A. BONOMO TARTABINI<sup>1</sup>

Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados y Abogadas del Estado | Octubre 2023 | Año 7 N° 9 | Buenos Aires, Argentina (ISSN 2796-8642) | pp. 96-105

*Un aumento constante y desbordado de conflictos que solo dilata o imposibilita el debido proceso y la tutela judicial efectiva a la que los trabajadores y trabajadoras dañadas también tienen derecho.*

**ABSTRACT:** Partiendo de la base en la cual la CSJN sustentó la constitucionalidad del sistema implementado por la ley 27.348, complementaria del sistema de riesgos del trabajo, la sucesiva intervención del poder administrador en la reglamentación exorbitada del procedimiento ante Comisiones Médicas consagra supuestos arbitrarios y afectación de derechos constitucionales y convencionales de los trabajadores y trabajadoras que habitan el suelo argentino. Las implicancias de la responsabilidad del Estado Argentino luego del caso “Spoltore” de la CIDH.

Desde el dictado de la ley 27.348 -complementaria de la ley de riesgos del trabajo- se desarrollaron un sinfín de situaciones -tanto en sede administrativa como en sede judicial- que demuestran un complejo sistema de acceso a la jurisdicción. Esta normativa di-

1 Abogada, UBA. Magister por la Universidad Nacional de la Matanza junto a la Escuela del Servicio de Justicia – Ministerio Público Fiscal. Docente en “Derecho del Trabajo y la Seguridad Social” de la Facultad de Ciencias Económicas, UBA. Docente Adjunta en “Derecho del Trabajo y la Seguridad Social” del Instituto Universitario Nacional Madres de Plaza de Mayo, Docente Titular en “Derecho Procesal Civil y Comercial” del Instituto Universitario Nacional Madres de Plaza de Mayo. Prosecretaria Letrada de la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo.

señó una instancia previa, obligatoria y excluyente de una acción plena en cabeza del trabajador que sufre un daño ocasionado por el hecho del trabajo o padecido durante el trayecto desde la casa al trabajo y del trabajo a la casa.

Sin embargo, si bien nadie puede negar que este enmarañado sistema cosechó adeptos y detractores, los argumentos esgrimidos en favor del mismo contiene algunas contradicciones.

Uno de los más significativos sostuvo la imperiosa necesidad de reducir la elevada litigiosidad generada por accidentes y enfermedades profesionales. De hecho, uno de los datos utilizado como ejemplo de “esta elevada litigiosidad”, fue entregado por la Unión de Aseguradoras de Riesgos del Trabajo que -casualidad- había medido un incremento del 19% en las demandas iniciadas por contingencias amparadas en la LRT durante el período octubre 2015 y octubre 2016.

Este aumento en las acciones judiciales que preocupó a uno de los grupos económicos de mayor concentración de capital, fue en función de una supuesta “descapitalización empresaria” que ponía en riesgo la finalidad de las ART. La inevitable necesidad de concentrar aún más la enorme renta financiera que manejan, fue el puntapié para que las ART plantearan en los recintos legislativos -y del ejecutivo- la imperiosa necesidad de disminuir la *proliferación de litigios individuales que (ponían) en riesgo la finalidad de la Ley 24.557 y sus modificatorias*, marcando como punto de inflexión que *la mayoría de las contingencias amparadas por la Ley de Riesgos del Trabajo se reclamaban a través de demandas laborales que evitaban la obligatoria intervención previa de las Comisiones Médicas Jurisdiccionales*<sup>2</sup>.

He aquí el propósito. Suspender el curso de sus obligaciones durante la mayor cantidad de tiempo posible -factor determinante en el sistema financiero- y de ser asequible, evitarlas. No por nada éstos fueron los fundamentos esgrimidos en el DNU 54/2017 anterior a la sanción de la ley 27.348 que, en esencia, replicó los mismos preceptos. Incluso la modificación del cálculo del ingreso base del trabajador, con el agregado de una tasa de interés menor a la utilizada en operaciones comerciales corrientes y desventajosa para el trabajador afectado<sup>3</sup>, perlitó que no podía

2 <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/270000-274999/271092/norma.htm>

3 “Que, igualmente, y para evitar que los efectos de los procesos inflacionarios afecten desfavorablemente la cuantía del monto del “ingreso base”, se dispone



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





dejar de incorporar un DNU de estas características, plagado de “buenas intenciones” y significantes vacíos.

Lo extraño de todo esto es que, si tomamos como cierto el porcentaje de incremento antes señalado, la preocupación de las ART debería haberse concentrado en su ineficacia para cumplir con sus obligaciones legales y no simplemente la situación financiera de las aseguradoras que, claro está, en nada se modificaba por la cantidad “X” de demandas ingresadas al Poder Judicial.

No puede olvidarse que el objeto principal de las aseguradoras es la *prevención de los riesgos y la reparación de los daños derivados del trabajo* para lo cual las ART deben procurar reducir la siniestralidad laboral dentro de los establecimientos que deben evaluar y controlar, pues el objetivo primordial que llevó a la sanción de la ley 24.557 fue -supuestamente- la protección de los trabajadores y trabajadoras en su conjunto.

Instar como política legislativa la modificación al sistema de comisiones médicas imponiendo su obligatoriedad previa y excluyente, logra el primer objetivo de la reforma: demorar el acceso irrestricto a la jurisdicción de los trabajadores afectados. El segundo: evitar la proliferación de litigios individuales que en caso de ser resueltos en forma favorable al trabajador obliga a que los sujetos llamados por la norma para responder, efectivamente lo hagan. Ni más ni menos, se obliga a las ART a que cumplan con la ley por la cual fueron creadas.

Sin embargo, cumplir con la ley no parece ser un concepto que se pretenda seguir, so pretexto de republicanismo. No por nada, fue el Poder Ejecutivo en el año 2017 ingresó esta modificación a través de un DNU que luego fue replicado en el proyecto de ley 27.348. Más allá de las innumerables críticas recibidas por la temática legislativa que contenía dicho DNU, lo cierto es que claramente con la sanción de la referida norma se desvirtuó el principio general del bien común y el de protección de los trabajadores y trabajadoras.

Digo ello porque para el Estado, la prioridad nunca puede ser

---

que los salarios mensuales que se consideran a fin de establecerlo se ajusten por aplicación de la variación del índice RIPTE (Remuneraciones Imponibles Promedio de Trabajadores Estables) y aplicar el interés equivalente al promedio de la tasa activa que abona el BANCO DE LA NACION ARGENTINA para la Cartera General Nominal Anual vencida a TREINTA (30) días, para el período comprendido entre la primera manifestación invalidante y el momento de la homologación o determinación de la incapacidad laboral definitiva o el deceso del trabajador”.

el conteo de las demandas iniciadas y el supuesto de una mayor litigiosidad contra las ART, pues de lo contrario también debería aplicarse el mismo criterio para revisar los contratos de concesión de las empresas que manejan los servicios de luz y gas natural ante las inconmensurables denuncias de los usuarios y los interminables reclamos en sede administrativa que se llevan adelante desde hace más de 30 años.

En todo caso, de existir tal preocupación por un incremento en las acciones seguidas contra las ART, que reitero son los sujetos creados por la norma para cubrir las contingencias dañosas que sufren los trabajadores, la política estatal debería apuntar al mal desempeño de las aseguradoras en su función preventiva de riesgos laborales que afectaron a una mayor cantidad de trabajadores activos y que -obvio es decirlo- tienen derecho a que el daño padecido sea reparado (art. 19 CN).

El conteo de los porotos dejó entrever la disfuncionalidad del sistema implementado por la ley de riesgos del trabajo y la nula actividad de las aseguradoras para el logro de uno de sus objetivos principales: la prevención de riesgos en el trabajo, a fin de evitar el incremento en la producción de daños a los sujetos que la ley ordena proteger.

No por nada en el art. 4 de la LRT, obliga a las ART *a adoptar las medidas legalmente previstas para prevenir eficazmente los riesgos del trabajo*. El incremento en las demandas que persigue la reparación de los daños sufridos en ocasión del trabajo determina la ineficacia e ineficiencia de las aseguradoras para cumplir acabadamente con sus obligaciones.

A pesar de ello, lo cierto es que la reforma legislativa que impulsó la ley 27.348 se sustentó en los “altos niveles de litigiosidad” que, a entender de las aseguradoras de riesgo, debían ser reducidos pues ello sólo contribuía a la “descapitalización empresarial” que impedía llevar a cabo sus objetivos de prevención. Objetivos que, como vimos, nunca se cumplieron debidamente pues de lo contrario no se habría incrementado el porcentaje de damnificados. Es el cuento del huevo y la gallina.

Entre los muchos adeptos de este nuevo sistema, se escuchan varios argumentos a favor que consideran el tránsito obligatorio por ante las comisiones médicas una mejora inestimable, tanto así que sostienen a rajatabla su implementación, incluso a costa de declinar las propias funciones jurisdiccionales de un juez.



Así, sostienen por ejemplo que “*el paso por comisiones médicas implica un camino más rápido hacia el resarcimiento por las indemnizaciones dinerarias a través de organismos administrativos integrados por médicos, con la finalidad de evitar los avatares y costos y costas que involucra una demanda judicial*”. O que “*el trabajador siempre tiene acceso a la jurisdicción una vez que culmina con la instancia administrativa*”, supuesto prácticamente imposible si se tiene en cuenta que las pocas acciones recursivas -mediante el acotado recurso del art. 2 de la ley 27.348- que logran acceder a su revisión son declaradas desiertas en la instancia judicial al considerarse que el cuestionamiento realizado en la instancia administrativa es “genérico” e “impreciso”.

Y ello sin entrar a analizar las infinitas objeciones constitucionales formuladas contra el acceso irrestricto a la justicia y a la norma del artículo 2 que prevé una revisión judicial acotada -por vía recursiva- de una resolución dictada en sede administrativa.

Pero este estado de situación también sufrió modificaciones, no por el dictado del caso “Pogonza” por la Corte Suprema de Justicia de la Nación sino por las propias resoluciones de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo que evidenció los desbordes del tan mentado sistema de (no) acceso a la jurisdicción.

Pese a los ríos de tinta que se suscitó luego de su implementación, los criterios que fue adoptando al Administración (SRT) al reglamentar los pasos a seguir para acceder a las comisiones médicas estuvieron marcados no sólo por las diversas coyunturas atravesadas sino también por las imposibilidades de concretar un sistema rápido y eficaz.

En un primer momento, y con el dictado de la Res. SRT 298/17, lo único que se demostró fue la imperiosa voluntad de impedir el acceso a cualquier jurisdicción de los seres humanos afectados por un accidente o enfermedad sufrido en el ámbito laboral. De ello puede dar cuenta la redacción de los arts. 1, 16, 29, 31, etc. de la referida resolución. Claramente estas regulaciones no pueden considerarse propias de la delegación impuesta en la norma del art. 3 de la ley 27.348 pues nunca puede delegarse facultades legislativas al poder administrador en tanto reglamentar el procedimiento no significa alterar los parámetros dispuestos por la norma que se pretende reglamentar.

Ahora bien, luego de esta primera y tan cuestionada resolución, la SRT se enfrentó -al igual que todos- a la emergencia sanitaria decretada ante la pandemia mundial que dejó traslucir las dificultades

del sistema. En ese marco se implementó la res. 65/2020 y 75/2020, a fin de cumplir el aislamiento obligatorio y el distanciamiento social y cuidar a los y las trabajadoras del régimen de comisiones médicas, lo que invariablemente afectó aún más el ya saturado ingreso de acciones administrativas, demostrando la imposibilidad de transitar un trámite previo, rápido, y eficaz, tal como lo requirió el Alto Tribunal en el caso “Pogonza” como parámetro de legitimidad.

La SRT tomó nota de esta saturación, tanto así que se vio obligada a dictar la res. 20/2021 cuyos fundamentos y exposición de motivos se hizo hincapié en la existencia de un *flujo constante y creciente en la demanda de intervención de las citadas comisiones*. De hecho, la propia Gerencia de Administración de Comisiones Médicas expuso un *desborde operativo* que generó *demoras en la tramitación de expedientes ante las Comisiones Médicas, que conspiran contra el derecho de los trabajadores y las trabajadoras a recibir una propuesta de solución que sea razonable y esté dentro los parámetros de inmediatez prestacional, lo que constituye uno de los principios básicos del Sistema de Riesgos del Trabajo*.

Por ello se decidió, a fin de la salvaguardar la garantía constitucional de la defensa en juicio que incluye también el derecho a obtener un pronunciamiento rápido dentro de un plazo razonable (doctrina emanada de los fallos de la CSJN 287:248; 289:181; 300:1102; 305:913; 315:2173), dictar e implementar medidas tendientes a paliar las consecuencias nocivas del retraso y dar respuesta a la imposibilidad de realizar audiencias médicas presenciales. Estas medidas simplificaron el sistema de homologación de los acuerdos celebrados entre partes y la disposición G.A.C.M. N° 6/21 obvió el trámite de revisión médica que el poder administrador debía asegurar.

La mentada audiencia médica -central para que los trabajadores pudieran discutir y presentar pruebas de sus incapacidades- se redujo a la revisión de los documentos acompañados sin inspección clínica ni anamnesis de la enfermedad. Es más, dicha resolución dispuso que *la audiencia médica es la oportunidad procesal donde se produce y evalúa la prueba médica, pudiendo consistir esta última en estudios presentados por las partes, en la evaluación física del damnificado y/o en la determinación de la necesidad de producir nuevos estudios. Que ello conduce a interpretar que la actuación médica puede asumir diversas formas, todas ellas tendientes a garantizar los derechos de las partes y siempre teniendo en vista la tutela de la salud laboral del trabajador y la trabajadora, y su restablecimiento a su estado*

*anterior a la contingencia, en la medida de lo posible.* Incluso se habla de formalismo moderado para los trámites administrativos y utilizado en favor del administrado para que así supere *los inconvenientes formales que se presenten y pueda lograr el dictado de un acto que decida las cuestiones planteadas ante la administración.* (CNCAFed. Sala II 10/6/1993, “GUALDONI Jorge L., c/E.N.”).

La pregunta entonces es si una resolución reglamentaria ¿puede disponer esta laxitud en la actuación médica de los galenos? O si ¿puede autorizarlos a prescindir de una inspección clínica adecuada para basar su dictamen (fin fundamental del sistema) en la documentación acompañada por las partes? O si ¿puede asimilarse que un trámite administrativo cuya esencia es una evaluación médica, puede ser conducido en forma eficiente y con rigor científico sin el control médico que permita la inspección clínica del afectado? De hecho, en la actualidad esta situación tampoco se modificó en lo sustancial, aún con el dictado de la Res. SRT 48/22 -de agosto del 2022-.

Es decir que no puede sostenerse que las CCMM se encuentran operativas en el sentido estricto de la palabra. Si bien con esta disposición se derogó el capítulo II de la res. SRT nro. 20/21, el Título II<sup>4</sup> de la misma está vigente, y ese título contiene las excepciones a la audiencia médica dispuesta en el art. 6 de la res. 298/17 SRT.

Esto demuestra que no disminuyó la imposibilidad expuesta por el poder administrador de llevar adelante el procedimiento administrativo en forma eficaz y eficiente, por el cual pudiera determinarse la existencia o no de incapacidad laboral, o el carácter profesional de una enfermedad o, incluso, de una contingencia padecida.

Al considerar como parámetro analítico que con la sanción de la ley 27.348 se intentó priorizar la inmediatez en el procedimiento ante las comisiones médicas y el acceso de los trabajadores enfermos o accidentados a las prestaciones del régimen de reparación en forma rápida y automática -justificativo para atribuir la posibilidad de *calificar y cuantificar las incapacidades derivadas de los riesgos del trabajo a especialistas en la materia que actúan siguiendo paráme-*

4 El artículo 11 expresa que la CM podrá prescindir de la celebración de la audiencia médica presencial y/o de la realización del examen físico previstos en los puntos 14 y 15 del Anexo I de la Resolución S.R.T. N° 179/15 y el artículo 6° de la Resolución S.R.T. N° 298/17, en los supuestos previstos en la presente norma y con los alcances definidos en cada uno de ellos, a través de la elaboración de un Informe Técnico Médico (I.T.M.) debidamente fundado y notificado a las partes.

*tros preestablecidos* (considerando 9 del caso Pogonza)- es claro que el procedimiento es cada vez más complejo, entreverado, distante y alejado de las necesidades del trabajador/a. El accionar burocrático y “automático” de estas comisiones médicas se fagocita al sistema y abandona las buenas intenciones (si alguna vez las hubo) para provocar al trabajador lesionado un nuevo daño<sup>5</sup>.

Por lo demás, tampoco existe constancia empírica que acredite que el desborde administrativo que inspiró la res. SRT nro. 20/21 ante las demoras en la tramitación de expedientes en las Comisiones Médicas, hubiera disminuido o que puedan instrumentarse procesos dentro de los parámetros de inmediatez prestacional, lo que constituye uno de los principios básicos del Sistema de Riesgos del Trabajo.

El alto grado de litigiosidad (mayor al que imperaba en 2016) que expresa la SRT a través de sus resoluciones impide la temporaneidad en ordenar a la ART el otorgamiento de las prestaciones debidas, al igual que la discusión por divergencia en la incapacidad determinada o la atribución del carácter de enfermedad profesional.

Si el principio general es que estas discusiones culminen en forma rápida y eficiente para que pueda ser integral y abarcativo de la necesidad de dar cobertura a la contingencia que afecta al trabajador, la imposibilidad de garantizar estos plazos acotados por parte del poder administrador requiere que la judicatura habilite la instancia judicial pues el sistema se tornó inválido y anula la finalidad de la ley que lo ideó.

Lo explicado deja entrever el incumplimiento del objetivo principal por el cual se llevó a cabo esta ley, pues es claro que no se logró disminuir la litigiosidad imperante. Por el contrario, sólo se ocultó la judicialización de causas, pero la litigiosidad no sólo que se mantuvo, sino que es mayor debido a las sucesivas reglamentaciones que modifican el propio sistema implementado.

Además, en virtud del último párrafo del art. 3 de la ley 27.348, es evidente que el poder administrador está obligado a cumplir los plazos perentorios allí dispuestos pues de lo contrario la instancia judicial debe ser habilitada en forma plena ante el retraso o la inobservancia del poder administrador para lograr un trámite rápido y eficaz.

5 Ver en el mismo sentido “*Los ilusorios controles sobre las competencias delegadas en las comisiones médicas. La inexistencia del debido proceso a propósito de la constitucionalidad de la ley complementaria 27.348*” de mi autoría publicado en DT Revista Derecho del Trabajo nro. 6 noviembre 2022.

Seguir sosteniendo estas inequidades solamente convalidan el hecho que el sujeto obligado por la ley y destinado a cubrir las contingencias que provoquen un daño a los trabajadores, es decir las aseguradoras de riesgo, mantienen su responsabilidad suspendida y supeditada a la culminación incierta de un trámite ante las comisiones médicas. Tiempo que si bien no se encuentra exento del principio general de intereses compensatorios, en el caso concreto de las ART, la ley complementaria 27.348 se encargó de licuar al disponer una tasa de interés distinta y menor a la implementada desde el año 2014 a través de las actas de la CNAT, en detrimento del acreedor -trabajador- y en favor del deudor -las ART-.

Por ello, considero que no puede someterse al trabajador a realizar un trámite administrativo previo que no surte los efectos esperados.

El derecho de acceso a tutela judicial efectiva laboral le corresponde a todo trabajador/a. Esto es, ser oído y atendido sin condicionamientos ni trabas económicas o administrativas para que su caso sea resuelto de modo sencillo, rápido o dentro de un plazo razonable, ante un tribunal competente, independiente, imparcial y especializado, en ejercicio del derecho de defensa y en igualdad de condiciones procesales y mediante una resolución suficientemente fundada de acuerdo al derecho vigente. La garantía de acceso a tutela judicial efectiva, requiere especial atención en el campo de los derechos laborales y de la seguridad social.

De lo contrario, todos somos responsables de la ulterior condena que pueda tener el Estado Argentino en un escenario jurídico similar al analizado por la Corte IDH en el caso “Spoltore vs. Argentina”, por el avasallamiento del poder administrador en perjuicio de los trabajadores y las trabajadoras afectadas.

Cabe recordar que en este caso, el Estado Argentino fue condenado a reparar la violación de derechos protegidos por la Convención Americana (art. 63.1), entre los cuales se reconoció la violación a la garantía del plazo razonable consagrado en el artículo 8.1 y el derecho a la protección judicial previsto en el artículo 25, ambos, de la Convención Americana en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, ante la demora excesiva del proceso judicial laboral que no garantizó al señor Spoltore el acceso a la justicia en búsqueda de una indemnización por una posible enfermedad profesional.

Así, la CIDH concluyó que el Estado Argentino era responsable por la violación del artículo 26 de la Convención por remisión de los artículos 8, 25 y 1.1 antes citados, en perjuicio de Victorio Spoltore,

reiterando que los derechos laborales y el derecho a la seguridad social incluyen la obligación de disponer de mecanismos efectivos de reclamo frente a su violación con el fin de garantizar el derecho de acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva, tanto en el ámbito público como en el ámbito privado de las relaciones laborales.

Circunstancias éstas que no se ven reflejadas en la coyuntura actual por la que atraviesan los trabajadores y trabajadoras que sufren un daño a su salud.

## GOBIERNO Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN CLAVE CONSTITUCIONAL: UN INVENTARIO

DIEGO A. DOLABJIAN<sup>1\*</sup>

Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados y Abogadas del Estado | Octubre 2023 | Año 7 N° 9 | Buenos Aires, Argentina (ISSN 2796-8642) | pp. 106-135

**Resumen:** Este trabajo recorre las coordenadas que nuestro modelo de Estado Constitucional fija respecto de la posición del Gobierno y de la Administración pública. En tal sentido, se ofrece un inventario sobre las exigencias —formales y sustanciales— que nuestro orden jurídico fundamental (constitucional y convencional) impone a la organización estatal, a la luz de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

**Abstract:** This paper reviews the guidelines that our Constitutional State model establishes regarding the place of the Government and the Public Administration. In this respect, it offers an inventory of the requirements —formal and substantive— that our fundamental legal order (constitutional and conventional) imposes on the State's organization, in light of the jurisprudence of the Supreme Court of Justice of Argentine and the Inter-American Court of Human Rights.

**Palabras clave:** Constitución - Estado Constitucional - Gobierno - Administración pública

**Keywords:** Constitution - Constitutional State - Government - Public Administration

### I. INTRODUCCIÓN

Es claro que los diversos tipos de Estado suponen distintas concepciones acerca del poder, que se plasman en diferentes proyec-

1 \*Abogado y Profesor de Derecho Constitucional (UBA y ECAE). Magister en Derechos Fundamentales en perspectiva nacional, supranacional y global (UGR, España). Contacto: ddolabjian@derecho.uba.ar.



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

ciones y concreciones de orden jurídico, político, institucional, económico, social y cultural<sup>2</sup>. En tal marco, aquí interesa recorrer las coordenadas que nuestro modelo de Estado Constitucional fija respecto de la posición del Gobierno y de la Administración pública<sup>3</sup>.

Así, en las líneas que siguen se ofrece un inventario sobre las exigencias —formales y sustanciales— que nuestro orden jurídico fundamental (constitucional y convencional) impone a la organización estatal. En tal senda, se presta especial atención a una serie de definiciones relevantes que emergen de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN)<sup>4</sup> y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH)<sup>5</sup>.

### II. CONSTITUCIÓN Y ESTADO CONSTITUCIONAL

Para comenzar, cabe advertir la pluralidad de conceptos que pue-

2 Para un recorrido sobre los modelos del Estado absoluto, liberal, social, constitucional y neoliberal, que da cuenta de los encuadres ideológicos, materiales y jurídicos de cada uno, véase Cárdenas Gracia (2017).

3 Sin desconocer las dificultades que puede plantear el deslinde entre el “Gobierno” y la “Administración pública” puede estipularse simplícidamente que el primer término alude a las autoridades superiores encargadas de adoptar las decisiones políticas y la segunda expresión refiere a los órganos subordinados encargados de implementar las políticas públicas, con la aclaración de que ambas categorías se encuentran en cada uno de los poderes del Estado. Para profundizar en las determinaciones que nuestra Constitución fija al Gobierno y a la Administración pública en el plano jurídico, institucional, económico y social, véase Nino (1992); Bidart Campos (1999 y 2000-2005); Vanossi (2000); Bianchi (2009); Gordillo (2013, t. I, pp. III-1 y ss.); Balbín (2015, t. I, pp. 67 y ss.); Cao (2015) y Dolabjian (2022).

4 Acerca de la relevancia de la jurisprudencia de la CSJN para el Derecho Administrativo, véase Marienhoff (1984); Comadira *et al.* (2012, t. I, pp. 20 y ss.); Cassagne (2013a y 2013b, t. VI); Balbín (2015, t. I, pp. 35-37 y 2021, pp. 885 y ss.); Sesín y Sosa (2016) y Majul (2021). Para un panorama acerca de la jurisprudencia de la CSJN en torno a la Constitución, véase Palacio de Caerio (2011) y Manili (2017).

5 Acerca de la relevancia de la jurisprudencia de la Corte IDH para el Derecho Administrativo, véase González Moras (2004 y 2015); Gutiérrez Colantuono (2009 y 2022); Treacy (2012); Flax (2014); Balbín (2015, t. I, pp. 481 y ss.) y Alonso Regueira (2017). Para un panorama acerca de la jurisprudencia de la Corte IDH en torno a la CADH, véase Larsen (2016) y Steiner y Fuchs (2019).

den encontrarse sobre la “Constitución”<sup>6</sup>. Así, puede distinguirse entre una acepción “fáctica” y otra “jurídica”. 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”. 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 concepción “programática” y otra “normativa” de la Constitución que ha ido evolucionando en distintos lugares y momentos. 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.

La Constitución argentina responde al paradigma normativo:

- se trata de la norma fundamental de todo el sistema jurídico;
- sus disposiciones delimitan la organización de los poderes públicos del Estado y el reconocimiento de los derechos fundamentales de las personas;
- vincula a todas las autoridades públicas y a las personas privadas;
- solo el Poder Constituyente puede modificar válidamente el texto constitucional;
- el Congreso debe concretar las disposiciones constitucionales mediante leyes;
- el Presidente debe implementar esas leyes mediante actos, sin perjuicio de que puede dictar ciertos decretos por sí solo o postergando la intervención congresual, bajo determinados recaudos;
- los tribunales deben aplicar tales leyes y actos mediante senten-

6 Para un recorrido sobre las diversas concepciones de la Constitución, véase García de Enterría (1983); Acosta Sánchez (1998); de Otto (1998); Ferreyra (2015); Grimm (2016) y Volkman (2019).

- cias, sin perjuicio de que pueden fallar ciertos casos inaplicando las determinaciones del Congreso y del Presidente;
- los demás órganos que integran las ramas legislativa, ejecutiva y judicial deben ejercer sus competencias de acuerdo con la Constitución, las leyes y sus respectivas reglamentaciones.

En tal sentido, la jurisprudencia de la CSJN muestra afirmaciones que expresan la misma comprensión<sup>7</sup>:

- 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;
- 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;
- la actuación de los poderes del Estado encuentra como límite el respeto al proyecto de república democrática que establece la Constitución;
- 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;
- los poderes constituidos deben realizar todos los esfuerzos necesarios para asegurar el desarrollo del proyecto de organiza-

7 Cfr. CSJN, “Pcia. de San Luis c/ EN”, 2003, *Fallos*: 326:417; “Vizzoti c/ AMCA”, 2004, *Fallos*: 327:3677; “Sánchez c/ ANSeS”, 2005, *Fallos*: 328:1602; “Badaro c/ ANSeS”, 2006, *Fallos*: 329:3089; “Madorrán c/ Administración Nacional de Aduanas”, 2007, *Fallos*: 330:1989; “Badaro c/ ANSeS”, 2007, *Fallos*: 330:4866; “García Méndez y Musa”, 2008, *Fallos*: 331:2691; “Halabi c/ PEN”, 2009, *Fallos*: 332:111; “Pérez c/ Disco”, 2009, *Fallos*: 332:2043; “Álvarez c/ Cencosud”, 2010, *Fallos*: 333:2306; “Q. C., S. Y. c/ GCBA”, 2012, *Fallos*: 335:452; “Unión Cívica Radical de la Pcia. de Santiago del Estero c/ Pcia. de Santiago del Estero”, 2013, *Fallos*: 336:1756 y 2148; “Camaronera Patagónica c/ M° de Economía”, 2014, *Fallos*: 337:388; “Sisnero c/ Taldelva”, 2014, *Fallos*: 337:611; “Villarreal c/ PEN”, 2014, *Fallos*: 337:1564; “Colegio de Abogados de Tucumán c/ Convención Constituyente de Tucumán”, 2015, *Fallos*: 338:249; “Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad c/ M° de Energía y Minería”, 2016, *Fallos*: 339:1077; “Asociación Trabajadores del Estado c/ Fisco de la Pcia. de Buenos Aires”, 2019, *Fallos*: 342:2236; “Frente para la Victoria - Distrito Río Negro c/ Pcia. de Río Negro”, 2019, *Fallos*: 342:287; “P., S. M.”, 2019, *Fallos*: 342:2389; “Verbitsky”, 2021, *Fallos*: 344:1102; “Etcheverry c/ EN”, 2021, *Fallos*: 344:3011; entre otros.



- ción institucional que traza el texto constitucional;
- la Constitución, en cuanto reconoce derechos, lo hace para que estos resulten efectivos y no ilusorios;
  - 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;
  - 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 desconocida por la legislación reglamentaria;
  - 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;
  - el desarrollo y la implementación de los derechos fundamentales corresponde al Poder Legislativo y al Poder Ejecutivo, bajo el control del Poder Judicial.

A su vez, se entiende por “Estado constitucional” a un modelo estatal contemporáneo, en el que la Constitución se asume con carácter normativo como el orden jurídico fundamental de la comunidad destinado a regir las esferas esenciales de la “vida estatal y no estatal” para la convivencia pacífica y que incluye una serie de notas centrales<sup>8</sup>:

- el reconocimiento de la dignidad humana como premisa básica;
- la afirmación de la soberanía popular;
- la instauración de una democracia pluralista;
- la articulación de un Estado social de Derecho;
- la garantía de los derechos fundamentales previstos a nivel

8 Para una caracterización de las notas fundamentales del modelo de Estado constitucional, véase Häberle (2004, pp. 1 y ss.); Vanossi (2000, pp. 44-45); Bazán (2010); Ferreyra (2015, pp. 344 y ss.) y Santiago (2017, pp. 59 y ss.). 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, 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) y Rodríguez (2021, pp. 519 y ss.).

- constitucional e internacional;
- la división de poderes en sentido estricto y amplio;
  - la independencia de la jurisdicción;
  - el control de constitucionalidad.

En Argentina, puede convenirse que esta noción comenzó a recrearse con la recuperación democrática de 1983 y, especialmente, con la reforma constitucional de 1994 que fortaleció las notas características del modelo.

En este punto, la jurisprudencia de la CSJN ofrece algunas alusiones expresadas al “Estado Constitucional” —como así también al “Estado de Derecho”, a la “Democracia Constitucional” y al “proyecto de república democrática” que establece la Constitución— que remiten a las siguientes piezas<sup>9</sup>:

9 Cfr. CSJN, “Nación c/ Lausen”, 1957, *Fallos*: 237:38; “Siri”, 1957, *Fallos*: 239:459; “Samuel Kot SRL”, 1958, *Fallos*: 241:291; “Abal c/ Diario La Prensa”, 1960, *Fallos*: 248:291; “Díaz c/ Kenia”, 1975, *Fallos*: 291:472; “Ventura c/ BCRA”, 1976, *Fallos*: 294:152; “Pérez de Smith”, 1977, *Fallos*: 297:338; “Pérez de Smith”, 1978, *Fallos*: 300:1282; “Timmerman”, 1979, *Fallos*: 301:771; “Pesquera Mayorazgo c/ Nación Argentina”, 1981, *Fallos*: 303:1522; *Fallos*: 305:504; “Winkler c/ Nación Argentina”, 1983, *Fallos*: 305:1045; “Gauna”, 1984, *Fallos*: 306:63; “Fadlala de Ferreyra”, 1984, *Fallos*: 306:126; “Luján de Molina c/ Videla”, 1984, *Fallos*: 306:1113; “Ponzetti de Balbín c/ Editorial Atlántida”, 1984, *Fallos*: 306:1892; “Santa Coloma”, 1986, *Fallos*: 308:1160; “Bonorino Perú c/ EN”, 1988, *Fallos*: 311:268; “Schoklender”, 1988, *Fallos*: 311:1438; “Fabris c/ EN”, 1988, *Fallos*: 311:1517; “Villacampa, Ignacio c/ Almos de Villacampa”, 1989, *Fallos*: 312:122; “Fiscal c/ Fernández”, 1990, *Fallos*: 313:1305; “Rousselot c/ Concejo Deliberante de Morón”, 1990, *Fallos*: 313:1596; “Pupelis”, 1991, *Fallos*: 314:424; “Grieben c/ EN”, 1991, *Fallos*: 314:760; “Carbone c/ EN”, 1991, *Fallos*: 314:881; “Movimientos de Suelos c/ Momentos SAAG”, 1992, *Fallos*: 315:1260; “Bauhoffer en autos Naveiro de La Serna de López”, 1992, *Fallos*: 315:2771; “Jáuregui c/ Pcia. de Entre Ríos”, 1992, *Fallos*: 315:2386; “Serra c/ MCBA”, 1993, *Fallos*: 316:2454; “Dessy”, 1995, *Fallos*: 318:1894; “Badín c/ Pcia. de Buenos Aires”, 1995, *Fallos*: 318:2002; “Monges c/ UBA”, 1996, *Fallos*: 319:3148; “Antinori c/ EN”, 1998, *Fallos*: 321:2288; “Mill de Pereyra c/ Pcia. de Corrientes”, 2001, *Fallos*: 324:3219; “Pcia. de San Luis c/ EN”, 2003, *Fallos*: 326:417; “Universidad Nacional de Mar del Plata c/ BNA”, 2003, *Fallos*: 326:1355; “Videla”, 2003, *Fallos*: 326:2805; “Rivarola”, 2003, *Fallos*: 327:1532; “Moliné O’Connor”, 2004, *Fallos*: 327:2048; “Cavallo”, 2004, *Fallos*: 327:4376; “Caeilla c/ Resolución del Cons. Sup. de la UNLP”, 2004, *Fallos*: 327:4943; “Ponce c/ Pcia. de San Luis”, 2005, *Fallos*: 328:175; “Verbitsky”, 2005, *Fallos*: 328:1146; “Llerena”, 2005, *Fallos*: 328:1491; “Mendoza c/ EN y otros”, 2006, *Fallos*: 329:2316; “Ledesma c/ Pcia. de Santiago del Estero”, 2006, *Fallos*: 329:2737; “Gramajo”, 2006, *Fallos*: 329:3680; “Defensor General del Departamento Judicial de la Plata”, 2006, *Fallos*: 329:4677; “Asociación Lucha por la Identidad Travesti Transsexual c/ IGJ”, 2006, *Fallos*: 329:5266; “Rosza”, 2007, *Fallos*: 330:2361; “Securfin c/ Pcia. de Santa Fe”, 2007, *Fallos*: 330:3447; “Banco de la Provincia de Buenos Aires c/ DGI”, 2007, *Fallos*: 330:4988; “Patitó c/ Diario La Nación”, 2008, *Fallos*: 331:1530; “Mendoza c/ EN y otros”, 2008, *Fallos*: 331:1622; “Romano”, 2008, *Fallos*: 331:2343; “Salas c/ Pcia. de Salta y EN”, 2008, *Fallos*: 331:2797; “Halabi c/ PEN”, 2009, *Fallos*:

- el respeto a la dignidad del ser humano y la consecuente protección de sus derechos es un rasgo de esencial diferenciación entre el Estado de Derecho y las formas autoritarias de gobierno;
- la distinción primordial entre el Poder Constituyente y los poderes constituidos implica que estos deben realizar todos los esfuerzos necesarios para asegurar el desarrollo del proyecto de organización institucional fijado por aquel;
- la efectiva participación de los electores, la pluralidad de opciones y la transparencia de los actos electorales destinados a expresar la voluntad popular conforman ideas esenciales;
- la voluntad mayoritaria debe respetar los principios fundamentales que hacen a la organización republicana y a la protección de los ciudadanos;
- la denegación de personería a una agrupación política solo pue-

332:111; “Partido Nuevo Triunfo”, 2009, *Fallos*: 332:433; “Arriola”, 2009, *Fallos*: 332:1963; “Brugo c/ Lanata”, 2009, *Fallos*: 332:2559; “Consumidores Argentinos c/ EN-PEN”, 2010, *Fallos*: 333:633; “Thomas c/ ENA”, 2010, *Fallos*: 333:1023; “Loeles c/ Arte Gráfico Editorial Argentino”, 2010, *Fallos*: 333:1331; “Méndez”, 2011, *Fallos*: 334:1216; “Mezzadra c/ M° Justicia y DDHH”, 2011, *Fallos*: 334:1302; “Pellicori c/ CPACF”, 2011, *Fallos*: 334:1387; “Melo c/ Majul”, 2011, *Fallos*: 334:1722; “Losicer c/ BCRA”, 2012, *Fallos*: 335:1126; “Señor Procurador General s/ acusación c/ Daniel Enrique Freytes”, 2013, *Fallos*: 336:145; “Rizzo c/ PEN”, 2013, *Fallos*: 336:760; “Marincovich c/ Vargas”, 2013, *Fallos*: 336:954; “Estado Mayor General de Ejército c/ Pcia. de Buenos Aires”, 2013, *Fallos*: 336:1127; “Unión Cívica Radical de la Pcia. de Santiago del Estero c/ Pcia. de Santiago del Estero”, 2013, *Fallos*: 336:1756; “Arte Radiotelevisivo Argentino c/ EN - JGM - SMC”, 2014, *Fallos*: 337:47; “Camaronera Patagónica c/ M° de Economía”, 2014, *Fallos*: 337:388; “L., E. S. c/ CEMIC”, 2014, *Fallos*: 337:580; “Universidad Nacional de Río Cuarto c/ Pcia. de Córdoba”, 2014, *Fallos*: 337:627; “Defensor del Pueblo de la Nación c/ Trenes de Buenos Aires”, 2014, *Fallos*: 337:771; “Unión de Usuarios y Consumidores c/ EN - M° V E Inf. Sec. Transporte”, 2014, *Fallos*: 337:790; “Fundación Medio Ambiente c/ EN - PEN”, 2014, *Fallos*: 337:1420; “Universidad Nacional de Rosario c/ Pcia. de Entre Ríos”, 2014, *Fallos*: 337:1447; “Colegio de Abogados de Tucumán c/ Convención Constituyente de Tucumán”, 2015, *Fallos*: 338:249; “Meynet”, 2015, *Fallos*: 338:601; “Luchía Puig c/ Crespo”, 2015, *Fallos*: 338:1322; “Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas de la Patagonia c/ Pcia. de Santa Cruz”, 2016, *Fallos*: 339:515; “Boston Medical Group c/ Arte Radiotelevisivo Argentino”, 2017, *Fallos*: 340:1111; “Vila Llanos”, 2018, *Fallos*: 341:898; “Unión Cívica Radical de la Pcia. de La Rioja y otro c/ Pcia. de La Rioja”, 2019, *Fallos*: 342:343; “Espindola”, 2019, *Fallos*: 342:584; “Farfán”, 2019, *Fallos*: 342:654; “Alonso de Martina”, 2019, *Fallos*: 342:1938; “Juntos por el Cambio”, 2019, *Fallos*: 342:2009; “Fernández de Kirchner”, 2020, *Fallos*: 343:195; “Municipalidad de Junín c/ Akapol”, 2020, *Fallos*: 343:2184; “Saavedra c/ Administración Nacional de Parques Nacionales”, 2021, *Fallos*: 344:174; “FIA c/ EN - M° de Economía - AFIP”, 2021, *Fallos*: 344:1411; “Glibota c/ EN - M° Economía”, 2021, *Fallos*: 344:3573; “Edenor c/ Pcia. de Buenos Aires”, 2022, *Fallos*: 345:951; “Juez c/ Cámara de Senadores de la Nación”, 2022, *Fallos*: 345:1269; entre otros.

- de fundarse en circunstancias graves e insuperables que prueben la conculcación de los contenidos de la Constitución y de los Derechos Humanos;
- el reconocimiento de la libertad de prensa y su responsabilidad, son aspectos fundamentales;
- el Estado de Derecho y el imperio de la ley son esenciales para el logro de una Nación con instituciones maduras;
- la respetuosa observancia del Estado de Derecho, en cuanto supone un Estado cuyas potestades son limitadas y se hallan sujetas al deslinde de competencias fijadas por la Constitución, garantiza una estabilidad calculable de las relaciones entre gobernantes y gobernados;
- por el contrario, de un gobierno que entroniza la arbitrariedad y se coloca fuera de la Constitución, solo cabe esperar la anarquía o la tiranía, con sus ominosos, multiformes y esencialmente imprevisibles excesos represivos;
- el Estado de Derecho se caracteriza no solo por su elemento sustantivo, es decir, por el reconocimiento de los derechos públicos subjetivos, sino también por la forma en cómo ese objetivo inerte alcanzarse, lo cual se vincula con el orden e interés público y con los principios de legalidad y razonabilidad;
- el Estado moderno se encuentra sometido no solo a la norma jurídica en sentido formal, sino a todo el ordenamiento jurídico;
- el Estado de Derecho existe cuando ningún derecho constitucional resulta sacrificado para que otro permanezca, en tanto que ellos no son absolutos ni pueden actuar en forma aislada;
- la efectiva vigencia del Estado de Derecho supone el goce y el ejercicio pleno de las garantías individuales e impone a los jueces el deber de asegurarlas;
- el poder de policía debe entenderse como una potestad pública tendiente a la protección de la vida e integridad física y patrimonial de los particulares;
- el resguardo de los derechos de conciencia, culto, privacidad, expresión, reunión, asociación, como así también la tutela del ambiente y el desarrollo humano, entre otras libertades y derechos, configuran componentes centrales;
- el acceso a la jurisdicción, el debido proceso legal, la defensa en juicio, la tutela judicial efectiva, el *non bis in idem*, la fundamentación de las sentencias, la razonabilidad de los actos públicos, la celeridad procesal, entre otras garantías, son pilares fundamentales;

- deben observarse limitaciones al accionar de las fuerzas policiales y al sometimiento de civiles a tribunales militares;
- las garantías procesales mínimas deben ser respetadas no solo por el Poder Judicial, sino por todo órgano o autoridad pública al que le hubieran sido asignadas funciones materialmente jurisdiccionales;
- la existencia de garantías constituye uno de los pilares básicos del Estado de Derecho, pero no basta con que los recursos existan formalmente, sino que es preciso que sean efectivos;
- la proporcionalidad, en el sentido de prohibición de exceso, resulta principalmente significativa frente a las medidas de injerencia del legislador y de la administración respecto de los derechos fundamentales, pero constituye un requisito de toda la actividad del Estado como efecto esencial del principio de razonabilidad;
- las potestades estatales no pueden imponer sobre los habitantes cargas que superen a las requeridas por la solidaridad social;
- solo se pueden imponer penas para sancionar delitos —*i. e.*, derecho penal de acto, no de autor— y siempre que ellas resulten razonables y proporcionadas de acuerdo a su gravedad de los delitos;
- las carencias presupuestarias, aunque deban tenerse en cuenta, no pueden justificar transgresiones a los derechos constitucionales y a los derechos humanos elementales;
- el Estado de Derecho es necesariamente un Estado de poderes limitados, en el que las razones de emergencia no pueden servir de fundamento para sacrificar los derechos del individuo en pos de la supervivencia de las instituciones del gobierno;
- la emergencia debe estar sujeta a los mismos principios que amparan la propiedad en épocas normales;
- la sola invocación de razones de seguridad, sin más, no puede justificar nunca la privación del pleno goce de los derechos constitucionales;
- el Estado de Derecho impone reconocer la responsabilidad estatal por los daños y perjuicios derivados de su accionar;
- el respeto por la división de poderes, su control recíproco y su equilibrio armónico son pilares fundamentales;
- las normas jurídicas deben ser respetadas por los propios poderes públicos con el fin de procurar su vigencia real y no solamente formal, lo cual conduce a generar seguridad jurídica para los par-

- ticulares respecto de la actuación de los gobernantes;
- las leyes configuran los actos de gobierno por antonomasia pues expresan la voluntad general representada en el Congreso;
- la publicación oficial de las leyes es un resorte básico;
- el Poder Ejecutivo no puede suplir libremente las decisiones legislativas propias del Poder Legislativo, ni por decretos de necesidad y urgencia, ni por decretos delegados, en tanto se trata de alternativas habilitadas como excepción y bajo condiciones determinadas;
- la actividad administrativa debe ser ejercida conforme a la ley, es decir, con sujeción al orden jurídico;
- la vigencia de los principios de legalidad y de razonabilidad, como también la exigencia de la motivación respecto de los actos administrativos, son condiciones elementales, máxime cuando estos son dictados en ejercicio de facultades discrecionales;
- la transparencia y la publicidad en la gestión pública, como así también el riguroso control sobre los funcionarios públicos, constituyen mandatos indeclinables y vigas maestras de una sociedad democrática;
- el Poder Ejecutivo no puede disponer un arresto sin alguna norma constitucional que lo autorice, asumiendo funciones que son propias del Poder Judicial;
- la propia Corte Suprema debe respetar cuidadosamente su propia competencia reglada;
- la independencia, la imparcialidad y la objetividad del Poder Judicial son requisitos imprescindibles;
- las decisiones de los tribunales colegiados no deben constituir una colección de opiniones individuales y aisladas de los jueces, sino el producto de un intercambio racional de ideas entre ellos;
- la plenitud del Estado de Derecho no se agota en la sola existencia de una adecuada y justa estructura normativa general, sino que exige esencialmente la vigencia real y segura del Derecho en el seno de la comunidad y, por ende, la posibilidad de hacer efectiva la justiciabilidad plena de las transgresiones a la ley y de los conflictos jurídicos;
- todos los sujetos, públicos y privados, están sometidos al ordenamiento jurídico vigente y solamente pueden ejercer sus atribuciones dentro de los límites que les imponen las normas;

- todos los ciudadanos están sometidos a las leyes y ninguno puede invocar en su favor derechos supralegales, es decir, derechos que existirían por encima y con prescindencia de las normas que integran el derecho positivo;
- las instituciones públicas —incluso las que gozan de autonomía— están inmersas en el ordenamiento jurídico general y deben responder a los controles institucionales propios del Estado de Derecho;
- los partidos políticos también deben acatar el proyecto de república democrática que fija la Constitución y evitar cualquier maniobra que, aun cuando pueda traer aparejado algún rédito en la contienda electoral, signifique desconocer las reglas constitucionales;
- la Corte Suprema debe asegurar el principio que ordena la subordinación de todos, incluidos los jueces, a las normas constitucionales y legales;
- debe asegurarse la posibilidad de obtener una revisión amplia y suficiente luego de agotadas las instancias administrativas;
- la protección del funcionamiento de las instituciones republicanas y las garantías del ciudadano definen el rol fundamental de la Corte Suprema;
- al Poder Judicial le corresponde desempeñar una de las funciones primordiales de la actividad jurídica del Estado y garantizar el respeto de los derechos fundamentales de las personas frente al poder estatal;
- la garantía de la tutela judicial efectiva conduce a que no pueda admitirse la existencia de bloques o conjuntos temáticos exentos de control judicial, sino solo la irrevisabilidad de algunos aspectos bien delimitados;
- la deferencia del Poder Judicial al ejercicio que hace otro poder del Estado de sus potestades propias no significa una patente de corso para burlar el debido proceso parlamentario;
- los tres poderes del Estado deben ajustar su conducta a la Constitución y evitar un ejercicio abusivo de sus atribuciones constitucionales que socave los principios democráticos y republicanos que le dan sentido a nuestro orden constitucional.

Complementariamente, cabe agregar dos sentencias muy pertinentes, pero que no se encuentran publicadas en la colección de

*Fallos*<sup>10</sup>, en la cuales se sostuvo:

- la existencia de un Estado de Derecho implica la subordinación de los órganos estatales al ordenamiento jurídico y esto no puede ser desconocido por las autoridades invocando la voluntad popular, puesto que nada contraria más los intereses del pueblo que la propia transgresión constitucional;
- el sistema argentino emerge no como un mero “Estado legal de Derecho” sino como un auténtico “Estado constitucional de Derecho”, por cuanto conoce desde siempre el recurso que permite a los ciudadanos impetrar de sus jueces la supremacía de la Ley Fundamental de la Nación por sobre la voluntad coyuntural del legislador ordinario.

### III. CONTROLES Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

Resulta notorio que los rasgos precedentes acerca de la Constitución y el Estado Constitucional perfilan jurídicamente la organización estatal. Tal impacto se realza aún más si se atiende a los “controles” y a las “garantías” constitucionales, que son inherentes al modelo, y que repercuten de manera directa sobre la posición del Gobierno y la Administración pública<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> Cfr. CSJN, “Veliz”, 15/06/2010 y “UCR v. Pcia. de Santiago del Estero”, 05/11/2013.

<sup>11</sup> Al respecto, en sentido amplio, los controles y las garantías puede tomarse como equivalentes en cuanto mecanismos de contención diseñados por el propio texto constitucional para asegurar la realización de su normatividad. A la vez, en sentido estricto, cabría estipular que 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, en tanto que 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 interesados. Por cierto, ello no es categórico como lo muestra el ejemplo del “control judicial de constitucionalidad” que opera como “garantía jurisdiccional de la Constitución”. Al respecto, en general, véase Aragón Reyes (1995) y Ferreyra (2016). Respecto de los controles en especial, véase Valadés (1998); Huerta Ochoa (2010) y, sobre nuestro sistema, Salvadores de Arzuaga (1999); Ekmekdjian (2000, t. I, pp. 8 y ss.); Ivanega (2016) y Giusti y Colombo (2023). Respecto de las garantías en especial, véase Ferrajoli (1999); Peña Freire (1997) y, sobre nuestro sistema, Bidart Campos (2003, t. II-A, pp. 11 y ss.); Dolabjian (2017, pp. 317 y ss.); García Pullés (2007) y Thea (2009).



En este sentido, acerca de los controles institucionales, la jurisprudencia de la CSJN exhibe las siguientes nociones<sup>12</sup>:

- siendo un principio fundamental de nuestro sistema político la división del gobierno en tres departamentos —el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial— independientes y soberanos en su esfera, se sigue forzosamente que las atribuciones de cada uno le son peculiares y exclusivas; pues el uso concurrente o común de ellas haría desaparecer la línea de separación entre los tres altos poderes políticos y destruiría la base de nuestra forma de gobierno;
- el principio de la llamada división de poderes, que se vincula con el proceso de constitucionalismo de los Estados y el de-

12 Cfr. CSJN, “Criminal c/ Ríos”, 1863, *Fallos*: 1:32; “Horta c/ Hardindeguy”, 1922, *Fallos*: 137:47; “Mouviel”, 1957, *Fallos*: 237:636; “Palmucci c/ Universidad Nacional del Sur”, 1984, *Fallos*: 306:2009; “Ferrer c/ Nación Argentina”, 1986, *Fallos*: 308:2246; “Carbonaro c/ Secretaría de Justicia”, 1988, *Fallos*: 311:2128; “Sánchez Abelenda c/ Ediciones de la Urraca”, 1988, *Fallos*: 311:2553; “Peralta c/ EN - M° de Economía BCRA”, 1990, *Fallos*: 313:1513; “Salasevicius c/ Dirección Nacional Asociaciones Sindicales”, 1992, *Fallos*: 315:739; “Consejo de Presidencia de la Delegación Bahía Blanca de la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos”, 1992, *Fallos*: 315:1361; “Nicosia”, 1993, *Fallos*: 316:2940; “Czerniecki”, 1995, *Fallos*: 318:137; “Steiman c/ Sarrible”, 1996, *Fallos*: 319:1537; “Solá c/ EN”, 1997, *Fallos*: 320:2509; “Prodelco c/ PEN”, 1998, *Fallos*: 321:1252; “Cedale c/ EN”, 1998, *Fallos*: 321:1970; “Lunmar Naviera c/ YPF”, 2000, *Fallos*: 323:1321; “Banco de Galicia y Buenos Aires”, 2002, *Fallos*: 325:28; “Selcro SA c/ JGM”, 2003, *Fallos*: 326:4251; “Brusa”, 2003, *Fallos*: 326:4816; “Romero Cacharane”, 2004, *Fallos*: 327:388; “Buttice”, 2006, *Fallos*: 329:5368; “Comisión Nacional de Valores c/ Establecimiento Modelo Terrabusi”, 2007, *Fallos*: 330:1855; “Brandi c/ Pcia. de Mendoza”, 2007, *Fallos*: 330:3109; “Camuzzi Gas Pampeana c/ Enargas”, 2008, *Fallos*: 331:1369; “YPF c/ Esso”, 2012, *Fallos*: 335:1227; “Miret”, 2013, *Fallos*: 336:2404; “Pcia. de Catamarca c/ Pcia. de Salta”, 2015, *Fallos*: 338:1060; “Hoyos c/ EN - M° Defensa”, 2015; “Gómez c/ EN - Secretaría de Cultura”, 2015, *Fallos*: 338:1583; “Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c/ M° de Energía y Minería”, 2016, *Fallos*: 339:1077; “Abarca c/ EN”, 2016, *Fallos*: 339:1223; “Fernández c/ EN - M° Justicia y DDHH”, 2019, *Fallos*: 342:1632; “Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires c/ EN”, 2021, *Fallos*: 344:3636; “Ramos Villaverde c/ EN - M° Justicia y DDHH”, 2022, *Fallos*: 345:1365; “Colegio de Abogados de Mar del Plata c/ ANSeS”, 2023, *Fallos*: 346:182; “Zárate c/ Senasa”, 2023, *Fallos*: 346:200; “Roa Restrepo c/ EN - M° Interior”, 2021, *Fallos*: 344:1013; “C. G., A. c/ EN - DNM”, 2022, *Fallos*: 345:905; “Chorobik de Mariani c/ M° Ciencia, Tecnología e Innovación Productiva”, 2022, *Fallos*: 345:1312; “Evolución Liberal c/ Pcia. de San Juan”, 2023, *Fallos*: 346:543; entre otros.

sarrollo de la forma representativa de gobierno, se presenta como un sistema de restricciones a la actividad del poder para garantía de la libertad individual mediante la división funcional del poder político entre los órganos ejecutivos, legislativos y judiciales;

- por él se reparten las atribuciones de la autoridad y se regula su acción en función de la preservación de la libertad, atribuyendo a los distintos órganos facultades determinadas, necesarias para la efectividad de las funciones que les asigna, y se asegura una relación de equilibrio, fijando órbitas de actividad y límites de autonomía que, al margen de su separación externa, no dejan de estar vinculadas por su natural interrelación funcional;
- el principio republicano de división de poderes establece la existencia de tres poderes del Estado con funciones bien definidas, de manera que ningún departamento de Gobierno pueda ejercer lícitamente otras facultades que las que le han sido acordadas expresamente o que deben considerarse conferidas por necesaria implicancia de aquellas;
- la división de poderes implica un procedimiento de ordenación del poder de la autoridad que busca el equilibrio y armonía de las fuerzas mediante una serie de frenos y contrapesos, sin que por ello deje de existir entre ellas una necesaria coordinación;
- nuestra Constitución establece un reparto de competencias y establece medios de control y fiscalización, por los que se busca afianzar el sistema republicano de gobierno y no concentrar en cada uno un ámbito cerrado de potestades, librado a su plena discreción;
- así, por ejemplo, el Poder Ejecutivo no puede alterar el espíritu de las leyes dictadas por el Congreso, pero sí ejerce facultades reglamentarias sobre ellas, participa junto a los miembros de aquél de la facultad de presentar proyectos de ley y puede vetar los que el Congreso apruebe; por su parte, el Congreso se encarga de impulsar y decidir el juicio político, por el cual controla a los titulares de los otros poderes y a los ministros del Poder Ejecutivo, a la vez que las facultades administrativas del Poder Ejecutivo no escapan al control legislativo; y, a su turno, los jueces deben aplicar las leyes que el legislador establece, pero es función esencial suya el control de su cons-



titucionalidad en orden al respeto de los derechos contenidos en la Constitución y de los diversos campos normativos que ella establece;

- la división de poderes no debe interpretarse en términos que equivalgan al desmembramiento del Estado, de modo que cada uno de sus departamentos actúe aisladamente, en detrimento de la unidad nacional y del armonioso desenvolvimiento de los poderes nacionales;
- el delicado equilibrio de la arquitectura republicana buscado por la Constitución, mediante el clásico principio de frenos y contrapesos, de controles recíprocos entre los diferentes órganos del gobierno, pide por una prudente consideración a riesgo de mortificar un balance asentado tanto en una racionalidad técnica, como en una axiológica por su relación definitiva con los valores de libertad y seguridad jurídica;
- toda nuestra organización política y civil reposa en la ley, de modo que los derechos y obligaciones de los habitantes, así como las penas de cualquier clase que sean, sólo existen en virtud de sanciones legislativas y el Poder Ejecutivo no puede crearlas, ni el Poder Judicial aplicarlas, si falta la ley que las establezca;
- el Poder Legislativo puede conferir al Poder Ejecutivo o a un cuerpo administrativo cierta autoridad a fin de reglar los pormenores y detalles necesarios para la ejecución de la ley;
- las atribuciones especiales que el Congreso otorga al Poder Ejecutivo para dictar reglamentos delegado, pueden ser subdelegadas por éste en otros órganos o entes de la Administración pública, siempre que la política legislativa haya sido claramente establecida, pero no resulta suficiente invocar una ley genérica o poco específica para justificar que la subdelegación se encuentra permitida, dado que el instituto de la delegación es de interpretación restrictiva, tanto cuando ocurre entre órganos de la Administración, como cuando se trata de delegación de facultades de un Poder del Estado a otros, en particular, cuando se delegan facultades legislativas en órganos del Poder Ejecutivo, en tanto se está haciendo excepción a los principios constitucionales de legalidad y división de poderes;
- puede atribuirse competencia a ciertos órganos de la Administración pública —centralizados o no— para establecer hechos

y aplicar sanciones atendiendo a su función de policía, con la condición de que se preserve la revisión judicial de las decisiones adoptadas en el ámbito administrativo;

- la distribución de competencias entre los poderes del Estado se instrumenta a través de un sistema de frenos y contrapesos, conforme al cual la división de los poderes se asienta en el racional equilibrio de recíprocos controles;
- la noción de equilibrio de poder, basado en un sistema de frenos y contrapesos, constituye el principio rector de la teoría de división de poderes sobre la que se afirma el sistema republicano de gobierno; tal como ocurre en nuestro diseño constitucional, en el que cada uno de los poderes controla a los demás;
- así, por ejemplo, el Poder Legislativo puede remover a jueces del Máximo Tribunal y al titular del Ejecutivo y a sus ministros; a su vez, el Poder Ejecutivo puede vetar proyectos de ley sancionados por el Congreso y dictar indultos sobre lo decidido por los jueces; y, asimismo, el Poder Judicial puede declarar la inconstitucionalidad de las normas sancionadas por los otros poderes;
- el equilibrio no solo se refiere al funcionamiento de los poderes sino también a su integración;
- los agentes de la Administración pública solo pueden ser removidos por causas de mala conducta o de incapacidad que sean probadas en el marco de un sumario que respete las reglas del debido proceso y el derecho de defensa, lo cual se justifica con mayor razón respecto de quienes integran organismos de control pues resulta a todas luces evidente que no cabría esperar que, quien depende de la discrecional voluntad de otro para permanecer en su cargo, actúe en forma independiente respecto de este último;
- el ejercicio irrenunciable del control de legalidad no es un derecho sino un deber de la Administración pública que corresponde a ella por imposición legal;
- el control encomendado a la justicia sobre las actividades ejecutiva y legislativa requiere que el requisito de la existencia de un “caso” sea observado rigurosamente para la preservación del principio de división de poderes;
- las razones de oportunidad, mérito o conveniencia tenidas en cuenta por los otros poderes del Estado para adoptar deci-

- siones que les son propias no están sujetas al control de los jueces, sino que es su misión esencial efectuar el control de compatibilidad de la ley o reglamento en juego con las garantías y derechos amparados por la Constitución;
- la potestad del Poder Judicial de revisar los actos administrativos solo comprende, como principio, el control de su legitimidad —que incluye la ponderación del prudente y razonable ejercicio de las facultades de las que se hallan investidos los funcionarios competentes—, pero no el de la oportunidad, mérito o conveniencia de las medidas por estos adoptadas y tal control comprende el de la debida aplicación de las normas aplicables, de manera que los hechos se clarifiquen adecuadamente y lo decidido se ajuste al texto legal;
  - la esfera de discrecionalidad susceptible de perdurar en los entes administrativos no implica en absoluto que estos tengan un ámbito de actuación desvinculado del orden jurídico o que aquella no resulte fiscalizable;
  - si bien el control judicial de los actos denominados tradicionalmente discrecionales o de pura administración encuentra su ámbito de actuación, por un lado, en los elementos reglados de la decisión —competencia, forma, causa, finalidad y motivación— y, por el otro, el examen de su razonabilidad, ello no implica que el juez reemplace a la Administración, ya que dicha competencia jurisdiccional es revisora y no sustitutiva;
  - es necesario acatar las reglas sobre periodicidad y renovación de los mandatos electivos de los gobernadores y de desalentar interpretaciones que abran la posibilidad de perpetuación en el poder.

A su vez, respecto de las garantías no jurisdiccionales, la Corte Suprema ha aludido a los siguientes dispositivos que deben observarse en el proceder administrativo que desarrollan las autoridades públicas<sup>13</sup>:

13 Cfr. CSJN, “Winkler c/ Nación Argentina”, 1983, *Fallos*: 305:1045; “Eduardo Sánchez Granel Obras de Ingeniería c/ Dirección Nacional de Vialidad”, 1984, *Fallos*: 306:1409; “Furlotti Setien Hnos. c/ INV”, 1991, *Fallos*: 314:322; “Bauhoffer en autos Naveiro de La Serna de López”, 1992, *Fallos*: 315:2771; “Espacio c/ Ferrocarriles Argentinos”, 1993, *Fallos*: 316:3157; “Juplast”, 1996, *Fallos*: 319:893; “Aires”, 1996, *Fallos*: 319:1034; “Actuar Agrupación Consultores Técnicos Universitarios Argentinos c/ Agua y Energía Eléctrica”, 2002, *Fallos*: 325:1787; “Caeilla c/ Resolución del Cons. Sup. de

- el principio de legalidad en la actuación administrativa en cuanto a los actos, reglamentos, contratos y procedimientos;
- el principio de razonabilidad en los actos y reglamentos administrativos;
- el requisito de motivación de los actos administrativos, especialmente en ejercicio de facultades discrecionales;
- el principio de publicidad de las resoluciones administrativas;
- las garantías mínimas del debido proceso en los procedimientos administrativos y tutela administrativa efectiva;
- la presunción de invalidez de actuaciones basadas en ciertas categorías sospechosas de discriminación;
- el rechazo de la desviación del poder, en cuanto intento de encubrir una relación jurídica bajo el ropaje de otra diferente;
- la afirmación de la responsabilidad del Estado, tanto contractual como extracontractual, por actividad ilícita y lícita, y de la responsabilidad de los agentes públicos de tipo política, administrativa, penal y civil;
- la obligación de la Administración pública de revocar en su propia sede los actos irregulares que se dictasen —con excepción de los supuestos en que debe acudir a la sede judicial—, lo cual se justifica en la necesidad de restablecer sin dilación el imperio de la juridicidad que se ve comprometida por la existencia de un acto afectado de nulidad absoluta;

la UNLP”, 2004, *Fallos*: 327:4943; “Hooft c/ Pcia. de Buenos Aires”, 2004, *Fallos*: 327:5118; “Gottschau c/ Consejo de la Magistratura de la CABA”, 2006, *Fallos*: 329:2986; “Cardiocorp c/ MCBA”, 2006, *Fallos*: 329:5976; “R., A. D. c/ EN”, 2007, *Fallos*: 330:3853; “Schnaiderman c/ EN”, 2008, *Fallos*: 331:735; “Mantecón Valdés c/ EN”, 2008, *Fallos*: 331:1715; “Ramos c/ EN”, 2010, *Fallos*: 333:311; “Tiempo Nuevo c/ CNRT”, 2010, *Fallos*: 333:600; “Case c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”, 2010, *Fallos*: 333:1922; “Silva Tamayo c/ EN - SGN”, 2011, *Fallos*: 334:1909; “Asociación Derechos Civiles c/ EN - PAMI”, 2012, *Fallos*: 335:2393; “CIPEC c/ EN - M° Desarrollo Social”, 2014, *Fallos*: 337:256; “Malma Trading c/ EN”, 2014, *Fallos*: 337:548; “Unión de Usuarios y Consumidores c/ EN M° V E Inf. Sec. Transporte”, 2014, *Fallos*: 337:790; “Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad c/ M° de Energía y Minería”, 2016, *Fallos*: 339:1077; “Talleres Navales Dársena Norte”, 2018, *Fallos*: 341:1679; “Scarpa c/ EN”, 2019, *Fallos*: 342:1393; “Vázquez c/ Consejo Provincial de Educación de la Pcia. de Santa Cruz”, 2020, *Fallos*: 343:1447; “Cáceres Carvajal c/ EN - M° Seguridad”, 2021, *Fallos*: 344:802; “Caamaño c/ EN - M° Justicia - DNRPA”, 2021, *Fallos*: 344:2779; “Sánchez c/ Municipalidad de Esquina (Corrientes)”, 2022, *Fallos*: 345:477; entre otros.

- la protección de los usuarios y consumidores en el campo de los servicios públicos;
- el derecho de acceso a la información pública;
- la exigencia de que las gestiones de la Administración pública, tanto realizadas por sí misma como mediante la colaboración de los particulares, se encuentren presididas por el respeto a la buena fe, a la ética y a la transparencia.

Asimismo, en cuanto a las garantías jurisdiccionales, la Corte Suprema ha reparado en los siguientes institutos que deben observarse en los procesos judiciales que involucran a las autoridades públicas<sup>14</sup>:

14 Cfr: Corte IDH, Opiniones Consultivas n° 6/1986, 8/1987, 9/1987, 17/2002, 18/2003, 24/2017, 21/2021 y 28/2021; y Casos Contenciosos: “Velásquez Rodríguez vs. Honduras”, 29/07/1988; “Tribunal Constitucional vs. Perú”, 31/01/2001; “Baena Ricardo y otros vs. Panamá”, 02/02/2001; “Ivcher Bronstein vs. Perú”, 06/02/2001; “Cantos vs. Argentina”, 28/11/2002; “Ricardo Canese vs. Paraguay”, 31/08/2004; “Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay”, 02/09/2004; “Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay”, 17/06/2005; “Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay”, 29/03/2006; “Claude Reyes y otros vs. Chile”, 19/09/2006; “Almonacid Arellano vs. Chile”, 26/09/2006 “Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú”, 24/11/2006; “Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador”, 21/11/2007; “Salvador Chiriboga vs. Ecuador”, 06/05/2008; “Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela”, 05/08/2008; “Castañeda Gutman vs. México”, 06/08/2008; “Acedo Buendía y otros (“cesantes y jubilados de la Contraloría”) vs. Perú”, 01/07/2009; “Escher y otros vs. Brasil”, 06/07/2009; “González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México”, 16/11/2009; “Comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay”, 24/08/2010; “Vélez Loor vs. Panamá”, 23/11/2010; “Gelman vs. Uruguay”, 24/02/2011 y 20/03/2013; “Chocrón vs. Venezuela”, 01/07/2011; “López Mendoza vs. Venezuela”, 01/09/2011; “Barbani Duarte y otros vs. Uruguay”, 13/10/2011; “Atala Riffo y niñas vs. Chile”, 24/02/2012; “Forneron e hija vs. Argentina”, 27/04/2012; “Furlan y familiares vs. Argentina”, 31/08/2012; “Suárez Peralta vs. Ecuador”, 21/05/2013; “Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) vs. Ecuador”, 23/08/2013; “Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador”, 28/08/2013; “Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela”, 22/06/2015; “Gonzales Lluy vs. Ecuador”, 01/09/2015; “Maldonado Ordoñez vs. Guatemala”, 03/05/2016; “Ximenes Lopes vs. Brasil”, 04/07/2016; “Lagos del Campo vs. Perú”, 31/08/2017; “Barrios Altos y La Cantuta vs. Perú”, 30/05/2018 y 07/04/2022; “Rico vs. Argentina”, 02/09/2019; “Comunidades indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina”, 06/02/2020; “Petro Urrego vs. Colombia”, 08/07/2020; “Fernández Prieto y Tumbeyro vs. Argentina”, 01/09/2020; “Moya Solís vs. Perú”, 03/06/2021; “Buzos Miskitos (Lemoth Morris y otros) vs. Honduras”, 31/08/2021; “Vera Rojas y otros vs. Chile”, 01/10/2021; “Extrabajadores del Organismo Judicial vs. Guatemala”, 17/11/2021; “Guevara Díaz vs. Costa Rica”, 22/06/2022;

- la garantía de acceso a la jurisdicción, debido proceso y tutela judicial efectiva respecto de la actuación administrativa;
- el control jurisdiccional sobre el ejercicio de facultades discrecionales de la Administración pública, el cual habilita a examinar los elementos reglados y la razonabilidad de la decisión;
- la posibilidad de revisión judicial sobre los actos disciplinarios emanados de la Administración pública, tanto en cuanto al control de su regularidad como de su razonabilidad;
- la exigencia de que la Administración pública deba requerir por vía judicial la revocación de ciertos actos administrativos, cuando esto va en desmedro del interesado, prohibiendo que pueda invalidarlos por sí misma;
- los requisitos normativos y control judicial amplio y suficiente para la validez del ejercicio de facultades jurisdiccionales por parte de la Administración pública;
- la prohibición de que la Administración pública decida unilateralmente la traba de medidas precautorias sobre los bienes de los administrados, de modo que ellas solo pueden ser ordenadas en sede judicial;
- los condicionamientos a los requisitos que pueden establecerse para demandar al Estado, los cuales pueden admitirse en tanto configuren regulaciones razonables, pero no en cuanto impliquen privilegios írritos que menoscaben las garantías de los habitantes;
- la admisión de la acción de amparo y de los procesos colectivos contra actos y omisiones de autoridades públicas;
- la procedencia de medidas cautelares para obtener la tutela urgente de los derechos que pudieran resultar lesionados por actos u omisiones estatales;
- el principio *pro actione* como criterio rector en los procesos de tipo contencioso administrativo.

Adicionalmente, en este punto se deben considerar una serie de decisiones de la Corte IDH que aportan criterios relevantes<sup>15</sup>:

entre otros.

15 Cfr: Corte IDH, Opiniones Consultivas n° 6/1986, 8/1987, 9/1987, 17/2002, 18/2003, 24/2017, 21/2021 y 28/2021; y Casos Contenciosos: “Velásquez Rodríguez vs. Honduras”, 29/07/1988; “Tribunal Constitucional

- todas las autoridades estatales deben ejercer un control de convencionalidad, de forma tal que la interpretación y aplicación que hagan del derecho nacional sea consistente con las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos y a fin de adecuar el derecho interno a las disposiciones de la CADH, deben suprimir las normas o prácticas que sean contrarias a ellas y desplegar las normas o prácticas que sean conducentes a su efectiva observancia;
- se requiere ley formal para que las restricciones a los derechos humanos sean válidas, aunque ello no descarta forzosamente la posibilidad de delegaciones legislativas habilitadas por las Constituciones;

vs. Perú”, 31/01/2001; “Baena Ricardo y otros vs. Panamá”, 02/02/2001; “Ivcher Bronstein vs. Perú”, 06/02/2001; “Cantos vs. Argentina”, 28/11/2002; “Ricardo Canese vs. Paraguay”, 31/08/2004; “Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay”, 02/09/2004; “Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay”, 17/06/2005; “Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay”, 29/03/2006; “Claude Reyes y otros vs. Chile”, 19/09/2006; “Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú”, 24/11/2006; “Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador”, 21/11/2007; “Salvador Chiriboga vs. Ecuador”, 06/05/2008; “Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela”, 05/08/2008; “Castañeda Gutman vs. México”, 06/08/2008; “Acevedo Buendía y otros (“cesantes y jubilados de la Contraloría”) vs. Perú”, 01/07/2009; “Escher y otros vs. Brasil”, 06/07/2009; “González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México”, 16/11/2009; “Comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay”, 24/08/2010; “Vélez Lóor vs. Panamá”, 23/11/2010; “Gelman vs. Uruguay”, 24/02/2011 y 20/03/2013; “Chocrón vs. Venezuela”, 01/07/2011; “López Mendoza vs. Venezuela”, 01/09/2011; “Barbani Duarte y otros vs. Uruguay”, 13/10/2011; “Atala Riffo y niñas vs. Chile”, 24/02/2012; “Forneron e hija vs. Argentina”, 27/04/2012; “Furlan y familiares vs. Argentina”, 31/08/2012; “Suárez Peralta vs. Ecuador”, 21/05/2013; “Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) vs. Ecuador”, 23/08/2013; “Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador”, 28/08/2013; “Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela”, 22/06/2015; “Gonzales Lluy vs. Ecuador”, 01/09/2015; “Maldonado Ordoñez vs. Guatemala”, 03/05/2016; “Ximenes Lopes vs. Brasil”, 04/07/2016; “Lagos del Campo vs. Perú”, 31/08/2017; “Barrios Altos y La Cantuta vs. Perú”, 30/05/2018 y 07/04/2022; “Rico vs. Argentina”, 02/09/2019; “Comunidades indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina”, 06/02/2020; “Petro Urrego vs. Colombia”, 08/07/2020; “Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina”, 01/09/2020; “Moya Solís vs. Perú”, 03/06/2021; “Buzos Miskitos (Lemoth Morris y otros) vs. Honduras”, 31/08/2021; “Vera Rojas y otros vs. Chile”, 01/10/2021; “Extrabajadores del Organismo Judicial vs. Guatemala”, 17/11/2021; “Guevara Díaz vs. Costa Rica”, 22/06/2022; entre otros.

- las decisiones de las autoridades administrativas que puedan afectar los derechos de las personas deben respetar las garantías del debido proceso legal, a fin de que ellas puedan defenderse adecuadamente;
- aun cuando quepa presumir que el comportamiento de las autoridades estatales es conforme a Derecho y que la actuación irregular de ellas requiere ser probada, las decisiones administrativas deben estar debidamente fundamentadas para asegurar que no impliquen una actuación arbitraria o desviación del poder, permitiendo conocer cuáles fueron los hechos, motivos y normas en que se basó la autoridad para tomar su decisión en la idea de que la motivación implica exteriorizar la justificación razonada que permite llegar a su conclusión;
- la discrecionalidad de los órganos estatales —en cualquier materia— tiene límites infranqueables, siendo uno de ellos el respeto de los derechos humanos;
- la actuación de las autoridades estatales debe encontrarse regulada y ella no puede invocar el orden público para reducir discrecionalmente las garantías de los administrados;
- el procedimiento administrativo debe ser efectivo, es decir, mostrar una posibilidad real de que los interesados puedan ejercer sus derechos;
- ciertos derechos no pueden restringirse mediante actos administrativos dada la necesidad de que medien decisiones judiciales —*v. gr.*, derechos colectivos del trabajo— y, a la vez, otros derechos deben tutelarse mediante procedimientos administrativos sin necesidad de recurrir a vías judiciales —*v. gr.*, derechos de identidad de género—;
- los órganos administrativos que ejerzan funciones jurisdiccionales —que competen eminentemente al Poder Judicial— deben adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal para asegurar que su decisión no sea arbitraria;
- en particular, deben observarse las garantías de jurisdiccionalidad, competencia, legalidad, irretroactividad de la norma desfavorable, presunción de inocencia, comunicación previa y detallada de la acusación, ser oído, defensa técnica, plazo razonable, imparcialidad, independencia, motivación, proporcionalidad, etc.;
- los principios del debido proceso legal no pueden suspenderse



con motivo de las situaciones de excepción en cuanto constituyen condiciones necesarias para que los instrumentos procesales, regulados por la CADH, puedan considerarse como garantías judiciales;

- se deben proveer recursos efectivos que permitan a las personas impugnar aquellos actos de autoridad que consideren violatorios de los derechos humanos;
- todo recurso interpuesto contra un acto administrativo debe ser resuelto de manera motivada y fundamentada, bajo pena de violar las garantías del debido proceso;
- en la jurisdicción contencioso administrativa deben existir recursos efectivos, para lo cual no basta con que haya remedios previstos por las Constituciones o las leyes, o con que sean formalmente admisibles, sino que se requiere que sean realmente idóneos para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla, sin obstáculos o trabas que impidan o dificulten injustificadamente el acceso a los tribunales;
- el amparo, como procedimiento sencillo y breve que tiene por objeto la tutela de los derechos fundamentales, es un instituto recogido por la CADH, por lo que las personas deben contar con un recurso judicial efectivo de tal naturaleza contra los actos que violen sus derechos;
- el trámite del amparo no puede estar sujeto a la intervención previa de una autoridad administrativa para que recién luego pueda ser conocido por una autoridad judicial, pues ello implicaría generar obstáculos que no conciben con un recurso que, por su propia naturaleza, debe ser sencillo;
- las autoridades estatales deben adoptar medidas tendientes a prevenir, investigar, reparar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos en la CADH;
- el ejercicio de la función pública tiene límites que derivan de los derechos humanos reconocidos en la CADH que los Estados deben respetar;
- es ilícita toda forma de ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos por la CADH, por lo que siempre que un órgano o funcionario del Estado o de una institución de carácter público lesione indebidamente alguno de tales derechos, se está ante un supuesto de inobservancia del deber de respeto de los derechos humanos;

- la obligación de garantizar los derechos de la CADH presupone obligaciones positivas para el Estado, a fin de proteger los derechos inclusive en la esfera privada, por lo que las autoridades administrativas también tienen el deber de revisar, supervisar y fiscalizar si las actuaciones o decisiones que se ejercen en el ámbito privado acarrearán consecuencias a derechos y, en su caso, corregir la vulneración a estos derechos y brindarles una adecuada protección —*v. gr.*, condiciones laborales, medio ambiente—;
- los Estados deben 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 de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos, lo cual se extiende a todos los niveles de la Administración pública, así como a otras instituciones a las que los Estados delegan su autoridad;
- 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 su cumplimiento, sino que requiere el despliegue de una conducta gubernamental que asegure su existencia en la realidad;
- de tal modo, no solo son imputables al Estado las violaciones a los derechos humanos resultantes de un acto del poder público o de personas que actúan prevalidas de los poderes que ostentan por su carácter oficial, sino también aquellas violaciones que no resultarían imputables directamente al Estado —*v. gr.*, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la trasgresión—, pero que pueden acarrear la responsabilidad estatal por falta de debida diligencia en su prevención o tratamiento;
- la prestación de servicios públicos implica la protección de bienes públicos como una de las finalidades de los Estados y, si bien estos pueden delegar su prestación a través de la llamada tercerización, siempre mantienen su titularidad y la responsabilidad en la fiscalización para asegurar que sean brindados en forma efectiva, sin discriminación y con observancia de los derechos humanos;
- la Administración pública debe dar cumplimiento íntegro a las condenas judiciales en su contra y, por lo tanto, deviene inadmisibles la excusa de las insuficiencias presupuestarias para



- justificar su incumplimiento durante años;
- en la aplicación del régimen para el pago de las condenas contra el Estado, las autoridades administrativas deben tener en consideración la situación de vulnerabilidad de la persona afectada y actuar con mayor diligencia para prever impactos desproporcionados e intentar alternativas menos lesivas en la forma de ejecución;
  - la expropiación debe cumplir con los requisitos de utilidad pública o interés social y de pago de una justa indemnización para su validez;
  - se debe asegurar a toda persona el derecho de acceso a la información pública que se encuentre bajo el control del Estado como derivación de los derechos a buscar y recibir informaciones;
  - la facultad de indultar penas se encuentra limitada respecto de las condenas por crímenes de lesa humanidad, pues esa medida implicaría incumplir con la obligación de investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos;
  - la reelección presidencial indefinida no tiene cabida dentro del sistema interamericano de Derechos Humanos.

A todo ello, se agrega la exigencia de que la Administración pública tenga en cuenta la protección especial que requieren ciertas personas en situación de vulnerabilidad, *v. gr.*, mujeres, niños, niñas y adolescentes, indígenas, personas con discapacidad, migrantes, personas en situación de pobreza, etc.<sup>16</sup>. Asimismo, pueden mencionarse otros contenidos de diversa naturaleza que han sido receptados en el sistema interamericano y que impactan sobre la organización estatal, *v. gr.*, la protección del sistema democrático, la lucha contra la corrupción, la orientación de las finanzas públicas<sup>17</sup>.

#### IV. CONCLUSIÓN

Para finalizar, se debe reconocer que nuestro modelo de Estado Constitucional supone una apuesta especialmente exigente. Ello así,

16 Para profundizar acerca de la protección de las personas en situación de vulnerabilidad en el sistema interamericano, véase García Ramírez (2019).

17 Para profundizar sobre cada uno de los aspectos mencionados, véase Ferrer Mac-Gregor (2020); Nash (2019) y Corti (2019).

a tenor de los importantes requerimientos —formales y sustanciales— que el orden jurídico fundamental (constitucional y convencional) impone a la organización estatal, los cuales no siempre resultan fáciles de satisfacer. En efecto, en la construcción de tal modelo subyacen delicados equilibrios entre piezas que pueden entrar en tensión, *v. gr.*, entre el poder constituyente y los poderes constituidos; entre las ramas del legislativo, el ejecutivo y el judicial; entre las decisiones democráticas de las mayorías y los derechos fundamentales de las minorías; entre la libertad —positiva y negativa— y la igualdad —formal y material—; entre la dirección política y la implementación administrativa; entre la soberanía nacional y la comunidad internacional; etc.<sup>18</sup>

Ante tales complejidades, que ciertamente se proyectan sobre la posición del Gobierno y de la Administración pública<sup>19</sup>, cabe recordar que la Constitución debe interpretarse como un conjunto armónico que presenta una estructura sistemática, de modo que sus disposiciones no deben considerarse en forma aislada o inconexa, sino como partes de un todo que conforma una unidad coherente, donde cada una ha de interpretarse a la luz de las demás; y, por lo tanto, no debe darse a las cláusulas constitucionales un sentido que las enfrente y las ponga en pugna entre ellas, destruyendo unas por otras, sino adoptarse una lectura que las armonice y concilie recíprocamente, dejando a todas con valor y efecto, sin alterar el equilibrio de la totalidad<sup>20</sup>.

Sin dudas, preservar y fortalecer nuestro modelo de Estado Constitucional exige asumir retos teóricos y, aún más, desafíos prácticos que no resultan sencillos afrontar porque, como bien decía Nino

18 Para un panorama sobre tales tensiones constitucionales, véase Salazar Ugarte (2006) y Manili (2021, t. I, pp. 319 y ss.).

19 Así, por ejemplo, una dificultad considerable es que el Ejecutivo ya no depende de la intermediación del Legislativo para cumplir con los mandatos de la Constitución y de los Derechos Humanos, pero tampoco parece que pueda alzarse frente a él aduciendo actos u omisiones inconstitucionales o inconventionales cuya declaración solo competiría al Judicial. Para un recorrido sobre el asunto a la luz de los criterios de la CSJN, la Corte IDH, la PTN y la doctrina, véase Comadira (2012); Buteler (2015); Sagüés (2015); Monti (2021) y Gutiérrez Colantuono (2022).

20 *Cfr.* CSJN, “Criminal *c/* Calvete”, 1864, *Fallos*: 1:297; “Portillo”, 1989, *Fallos*: 312:496; “Mill de Pereyra *c/* Pcia. de Corrientes”, 2001, *Fallos*: 324:3219; “Brusa”, 2003, *Fallos*: 326:4816; “Defensor del Pueblo de la Nación *c/* EN”, 2007, *Fallos*: 330:2800; entre otros.

(1992), “el constitucionalismo en su sentido más pleno es un fruto exótico, que florece sólo en escasos lugares y en condiciones verdaderamente excepcionales”. Con todo, las definiciones aquí registradas a la luz de la jurisprudencia de la CSJN y de la Corte IDH permiten apreciar una valiosa cosecha obtenida a partir del cultivo de la Constitución, especialmente, a partir de su restauración en 1983 y su reformulación en 1994.

## REFERENCIAS

- Acosta Sánchez, José (1998), *Formación de la Constitución y jurisdicción constitucional. Fundamentos de la democracia constitucional*, Madrid, Tecnos.
- Alonso Regueira, Enrique (2017), *El control de convencionalidad de la actividad administrativa*, Buenos Aires, Lajouane.
- Aragón Reyes, Manuel (1995), *Constitución y control del poder. Introducción a una teoría constitucional del control*, Buenos Aires, Ciudad Argentina.
- Balbín, Carlos F. (2015), *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, Buenos Aires, La Ley. (2021), *Manual de Derecho Administrativo*, La Ley, Buenos Aires.
- 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. (2009), “Las relaciones entre el Derecho Constitucional y el Derecho Administrativo”, en Viale, Claudio M. (dir.), *Derecho Común y Derecho Administrativo. Diferencias y contactos*, Córdoba, Lerner, pp. 241-302.
- Bidart Campos, Germán J. (1999), *El orden socioeconómico en la Constitución*, Buenos Aires, Ediar. (2000-2005), *Tratado elemental de Derecho Constitucional argentino*, ts. I a IV, Buenos Aires, Ediar.
- Buteler, Alfonso (2015), “La interpretación de la Constitución en sede administrativa”, *Revista de Investigações Constitucionais*, vol. 2, n° 3, pp. 169-182.
- Cao, Christian A. (2015), *Constitución socioeconómica y derechos fundamentales. Estudio comparado entre los casos de España y Argentina*, Buenos Aires, Ediar.
- Carbonell, Miguel *et al.* (2007), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Madrid, Trotta/Universidad Nacional Autónoma de México.
- Cárdenas Gracia, Jaime (2017), *Del Estado Absoluto al Estado Neoliberal*, México D. F., Universidad Nacional Autónoma de México.
- Cassagne, Juan C. (dir.) (2013a), *Máximos precedentes. Derecho Administrativo. Corte Suprema de Justicia de la Nación*, ts. I y II, Buenos Aires, La Ley. (2013b), *Summa de Derecho Administrativo*, t. VI, Buenos Aires, Abeledo-Perrot.

- Comadira, Julio P. (2012), “La Administración pública frente a la ley inconstitucional o inconvencional en el procedimiento administrativo”, en Pozo Gowland, Héctor (dir.), *Procedimiento administrativo*, t. II, Buenos Aires, La Ley, pp. 833-857.
- Comadira, Julio R., *et al.* (2012), *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, Buenos Aires, Abeledo-Perrot.
- Corti, Horacio (2019), “La política fiscal en el Derecho internacional de los Derechos Humanos: presupuestos públicos, tributos y los máximos recursos disponibles”, *Revista Institucional de la Defensa Pública de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, n° 17, pp. 154-229.
- de Otto, Ignacio (1998), *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel.
- Dolabjian, Diego A. (2017), *Derecho Constitucional profundizado*, Buenos Aires, Ediar. (2022), “Constitución, control y garantía (un mapa elemental)”, en Balbín, Carlos F. (dir.), *Temas de Derecho Administrativo*, Erreius, n° 2022-9, pp. 711-740.
- Ekmekdjian, Miguel Á. (2000), *Tratado de Derecho Constitucional. Constitución de la Nación Argentina comentada y anotada con legislación, jurisprudencia y doctrina*, t. I, Buenos Aires, Depalma.
- Ferrajoli, Luigi (1999), *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta.
- Ferrajoli, Luigi *et al.* (2012), *Un debate sobre el constitucionalismo*, Madrid, Marcial Pons.
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (2020), “La protección de la Democracia desde la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Parlamento y Constitución. Anuario*, n° 21, pp. 85-126.
- Ferreya, Raúl G. (2016), *Notas sobre Derecho Constitucional y garantías*, Buenos Aires, Ediar. (2015), *Fundamentos constitucionales*, Buenos Aires, Ediar.
- Flax, Gregorio (2014), “La sumisión del Derecho Administrativo a los tratados internacionales de Derechos Humanos”, *Revista de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo*, n° 16, pp. 353-382.
- 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*, t. 2007, pp. 623-638.
- García Ramírez, Sergio (2019), “Los sujetos vulnerables en la jurisprudencia ‘transformadora’ de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n° 41, pp. 2-34.
- Giusti, José L. y Colombo, Leonora (2023), *El control sobre la Administración pública*, Buenos Aires, Eudeba.
- González Moras, Juan M. (2004), “Los tratados de Derechos Humanos y su inci-

- dencia en el Derecho Administrativo argentino”, *Documentación administrativa*, n° 267-268, 2003-2004, pp. 55-72; (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.
- Gordillo, Agustín (2013), *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas*, t. I. Parte general, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo.
- Grimm, Dieter (2016), *Constitutionalism. Past, present and future*, Oxford, Oxford University Press.
- Gutiérrez Colantuono, Pablo Á. (2009), *Administración pública, juridicidad y Derechos Humanos*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot. (2022), *Control de convencionalidad en la Administración pública*, Buenos Aires, Astrea.
- Häberle, Peter (2004), *El Estado constitucional*, México D. F., Universidad Nacional Autónoma de México.
- 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.
- Larsen, Pablo (2016), *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Análisis de la aplicación de la Parte Primera de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Buenos Aires, Hammurabi.
- Majul, Pablo J. (2021), “La jurisprudencia de la Corte Suprema como fuente del Derecho Administrativo”, Balbín, Carlos F. (dir.), *Temas de Derecho Administrativo*, n° 2021-6, pp. 431-448.
- Manili, Pablo L. (2017), *Evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema. Comentario de sus fallos más trascendentes desde 1863*, Buenos Aires, Astrea. (2021), *Tratado de Derecho Constitucional argentino y comparado*, t. I, Buenos Aires, La Ley.
- Marienhoff, Miguel S. (1984), “Temas de Derecho Administrativo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, *La Ley*, t. 1984-A, pp. 757-767.
- Monti, Laura M. (2021), “La Administración pública frente a la ley inconstitucional e inconvencional. Reflexiones. Interrogantes”, *El Derecho Administrativo*, t. 2021, pp. 429-436.
- Nash, Claudio (2019), “Sistema interamericano de Derechos Humanos y corrupción”, en Nash, Claudio y Fuchs, Marie-Christine (eds.), *Corrupción, Estado de Derecho y Derechos Humanos. Manual de casos*, Bogotá, Fundación Konrad Adenauer, pp. 279-316.
- Nino, Carlos S. (1992), *Fundamentos de Derecho Constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Buenos Aires, Astrea.
- Palacio de Caeiro, Silvia B. (2011), *Constitución Nacional en la doctrina de la*

- Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Buenos Aires, La Ley.
- Peña Freire, Antonio M. (1997), *La garantía en el Estado constitucional de Derecho*, Madrid, Trotta.
- Pozzolo, Susanna (2011), *Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico*, Lima, Palestra.
- Rodríguez, Jorge L. (2021), *Teoría analítica del Derecho*, Buenos Aires, Marcial Pons.
- Sagüés, Néstor P (2015), “Notas sobre el control ejecutivo de constitucionalidad”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XXI, pp. 141-149.
- Salazar Ugarte, Pedro (2006), *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, México D. F., Fondo de Cultura Económica.
- Salvadores de Arzuaga (1999), Carlos, *Los controles institucionales en la Constitución Argentina. 1853-1994*, Buenos Aires, La Ley.
- 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.
- Sesín, Domingo J. y Sosa, Daniela S. (2016), *Manual de jurisprudencia en Derecho Administrativo*, Córdoba, Lerner.
- Steiner, Christian y Fuchs, Marie-Christine (eds.) (2019), *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, Uribe Granados, G. Patricia (coord. acad.), Bogotá, Fundación Konrad Adenauer.
- Thea, Federico G. (2009), “Las garantías del debido proceso en la toma de decisiones públicas”, *La Ley*, t. 2009-D, pp. 791-817.
- Treacy, Guillermo F. (2012), “Los principios supranacionales de Derechos Humanos en el procedimiento administrativo”, en Pozo Gowland, Héctor (dir.), *Procedimiento administrativo*, t. I, Buenos Aires, La Ley, pp. 857-899.
- 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.
- Volkman, Uwe (2019), *Elementos de una teoría de la Constitución alemana*, Madrid, Marcial Pons.

## EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA REGULACIÓN DE LOS RECURSOS NATURALES EN ARGENTINA (1776-1935).

### De los orígenes a la creación de YPF

JUAN JOSÉ CARBAJALES

Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados y Abogadas del Estado | Octubre 2023 | Año 7 N° 9 | Buenos Aires, Argentina (ISSN 2796-8642) | pp. 136-161

**Resumen:** El actual modelo de los hidrocarburos en Argentina reconoce una evolución de (casi) dos siglos y medio de historia, la cual puede ser descripta de manera circunstanciada y situada desde su base normativa. Abordaremos aquí solo la primera parte, desde sus orígenes hispanos hasta la creación de Yacimientos Petrolíferos Fiscales.

El criterio ordenador de las etapas o períodos en los que se organiza el avance histórico en la materia responde a discriminar las fases en las que el dominio recaía en la Nación y/o en las provincias, así como el rango jerárquico de dicha resolución, ora constitucional, ora legal. Ello, reconociendo la necesaria arbitrariedad en dicha decisión y la posibilidad de esquemas híbridos. De esta manera, se abordarán las siguientes etapas: 1) Etapa colonial (1776-1810); 2) Etapa independentista (1810-1853); 3) Etapa constitucional ¿neutra? (1853-1886); y 4) Etapa legal mixta (1886-1935).

**Palabras claves:** Recursos Naturales – evolución histórica – hidrocarburos – Yacimientos Petrolíferos Fiscales

**Summary:** The current hydrocarbon's model in Argentina acknowledges an (almost) two and a half centuries of histories, which can be described in a circumstantial way and be analyzed from its normative basis. At this point we will only cover the first part, from its Hispanic origins to Yacimientos Petrolíferos Fiscales's creation.

The ordering criterion of the stages or periods in which the historical progress on this matter is organized responds to discriminating the phases in which the domain lies with the Nation and/or the provinc-



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



es, as well as that resolution's hierarchical rank, both constitutional and legal. All of this, acknowledging the necessary arbitrariness in that decision and the possibility of hybrid schemes.

Consequently, the following stages will be addressed: Colonial stage (1776-1810); 2) Independence stage (1810-1853); 3) Neutral? Constitutional stage (1853-1886); y 4) Mixed legal stage (1886-1935).

**Keywords:** Natural Resources – Historical evolution – Hydrocarbons – Yacimientos Petrolíferos Fiscales

### HITOS EN EL DESARROLLO DEL DOMINIO MINERO/HIDROCARBURÍFERO

El actual modelo de los hidrocarburos en Argentina reconoce una evolución de (casi) dos siglos y medio de historia, la cual puede ser descripta de manera circunstanciada y situada desde su base normativa.

En cuanto a las etapas o períodos en los que organizamos el avance histórico en la materia, hemos adoptado el criterio ordenador de discriminar las fases en las que el dominio recaía en la Nación y/o en las provincias, así como el rango jerárquico de dicha resolución, ora constitucional, ora legal. Ello, reconociendo la necesaria arbitrariedad en dicha decisión y la posibilidad de esquemas híbridos.

#### ETAPA COLONIAL (1776-1810) ORDENANZAS DE TOLEDO DE 1574

¿Dónde situar la génesis de la regulación minero-hidrocarburífera en nuestro país? La primera disposición sobre el dominio minero en Hispanoamérica fue la contenida en la ley 47 del título XXXII del Ordenamiento de Alcalá en 1348, donde se dispuso la señoría del rey sobre las minas y no se permitió que nadie pudiera trabajarlas sin contar con un mandato del soberano. Ya la Ley II, Título XXVIII, Partida 3° de Alfonso, el Sabio (1256), atribuía al rey “*las rentas de las salinas e de los otros metales*”. Este sistema adscribió a la legislación española del Fuero Viejo de Castilla (Siglo XI) y las leyes de Partidas (1265), y continuó con las Ordenanzas Reales de Castilla (1487), las Ordenanzas del Nuevo Cuaderno de Felipe II (1584), la Recopilación de Indias (1680) y las Ordenanzas de Nueva España (1783). Aquí se facultaba a todos los habitantes del reino sin distinción de nacionalidad a manifestar el descubrimiento de minas, lo



que les atribuía la propiedad y posesión de la mina y la obligación de pagar al rey un canon proporcional al valor comercial del mineral y explotarla con cuatro personas so pena de perder su derecho a favor de cualquier denunciante. Obviamente, el soberano ejercía plena jurisdicción sobre los yacimientos situados en tierras de su dominio, tanto de la metrópoli como de las colonias.

No obstante, la Corte Suprema identifica la primera célula normativa doscientos años después de aquel ordenamiento, a mediados del Siglo XXI. En efecto, el primer estatuto legal que tuvo aplicación en el entonces Virreinato del Río de la Plata fue el de las llamadas “Ordenanzas Casuísticas de Toledo”, dictadas hacia 1574 por el virrey del Perú, Francisco de Toledo, las cuales estaban dirigidas a la explotación minera de Potosí, las que fueron luego complementadas por las Ordenanzas del Perú en el año 1683. Estas directivas supeditaban la explotación de las minas a la conexión que se acordaba con los indios o españoles que registrasen su descubrimiento y las hiciesen trabajar permanentemente. Asimismo, sancionaban el incumplimiento de esta obligación con la pérdida de los derechos a favor del denunciante y obligaban al minero a aportar a la corona un quinto de la producción.

Estas directivas reales rigieron en nuestro territorio durante un siglo, no solo cuando formaba parte del Virreinato del Perú, sino también posteriormente cuando se erigió, en 1776, el Virreinato del Río de la Plata.

La Real Ordenanza para el Establecimiento e Institución de Intendentes de Ejército y Provincia en el Virreinato de Buenos Ayres, dictada en Aranjuez por Carlos III en 1782, así lo dispuso, aunque con la advertencia de la sanción de otro cuerpo legal destinado a reglar todo lo atinente a la minería. **Las Ordenanzas afirmaban la plena propiedad de la Corona sobre todos los minerales y declaraban que las minas formaban parte de su dominio privado. Asimismo, era el rey quien los concedía a sus vasallos, con la orden de que nadie impidiera el libre cateo y la búsqueda de minerales.**

Ergo, el primer antecedente reconocible establecía ya la vigencia del *principio regalista* basado en el reconocimiento del dominio eminente del Estado. Vale resaltar que este precedente rigió en nuestro país hasta que en 1886 se promulgó el Código de Minería.

## ORDENANZAS DE NUEVA ESPAÑA DE 1783

Poco tiempo después, la Real Cédula del 5 de agosto de 1783, que introdujo modificaciones al régimen anterior, extendió al Río de la Plata las ordenanzas que Carlos III había sancionado para Nueva España el 22 de mayo de ese año. Esta reglamentación, dictada para el Real Tribunal de Minería de Nueva España (creado en 1777) y destinada a perdurar en el régimen jurídico de la minería argentina, disponía en su art. 1º del título V: “Las minas son propias de mi real corona, así por su naturaleza y origen, como por su reunión dispuesta en la ley 4ª, tit. 13, libro 6º de la Novísima Recopilación”; y en su art. 2º rezaba: “Sin separarlas de mi real patrimonio, las concedo a mis vasallos en propiedad y posesión, de tal manera que puedan venderlas, permutarlas (...)”; finalmente, en el 3º preveía el esquema de concesiones para lograr el tipo de propiedad regulada en el 2º, con las obligaciones de contribuir a la Real Hacienda con una parte del producido y de explotarla.

Según D’Alessio, estas “Ordenanzas Generales de Minería” de Nueva España o México, de 1783, fueron adoptadas en el Río de la Plata y rigieron desde 1785 hasta la Revolución de Mayo de 1810. Bajo este régimen la propiedad del subsuelo correspondía al real patrimonio y –como vimos– la corona, sin separarse de esa propiedad, las concedía a sus vasallos para que la explotaran a perpetuidad mediante el pago de una parte de los productos. **Aquel dominio, que ratificaba el *principio regalista* de las Ordenanzas de Toledo, era el típico dominio “eminente” o “radical”, y el derecho perteneciente a los vasallos era el denominado “dominio útil”.**

Fue con la creación del Virreinato del Río de la Plata en 1776 cuando pudo identificarse la existencia de una unidad política en estas tierras, aunque subordinada a la Corona de Castilla. Las instituciones políticas se regían por la Constitución de la Monarquía, no escrita ni codificada, sino estructurada básicamente por las costumbres.

## ETAPA INDEPENDENTISTA (1810-1853)

Según Joaquín V. González, las ordenanzas reseñadas eran el código que hemos encontrado en vigencia los argentinos cuando nuestra Nación declaró su independencia. Asimismo, esas ordenanzas constituyen el origen histórico y jurídico de nuestro regalismo minero dado que la Nación Argentina es sucesora universal de los



soberanos de España sobre los territorios que desligó de la Corona por la guerra y, por lo tanto, de todo aquello sobre lo cual el Rey o la Corona o el Real Tesoro tenían dominio.

De esta manera, **esos derechos se transmitieron “al pueblo argentino, único depositario de la soberanía”, pero como ésta no es una persona, tiene que ser representada por la entidad jurídica Estado.**

### 1.2.1 ASAMBLEA DE 1813

Una vez comenzada nuestra vida independiente, la Asamblea Constituyente del año '13 dictó lo que se conocería como “Reglamento de Mayo”, destinado básicamente a estimular la explotación minera, “toda vez que ésta forma, después del crédito público, la base más sólida del sistema de hacienda”; y, poco después, antes de la disolución de la autoridad nacional, el Directorio dispuso por decreto del 21 de mayo de 1819 –y tras aprobar el reglamento elaborado por el gobernador de La Rioja, Diego Barrenechea– que se siguieran observando las Ordenanzas de Nueva España y, supletoriamente, las del Virrey Toledo.

Ese Reglamento, sancionado el 7 de mayo de 1813, fomentaba la minería mediante una técnica concreta: la autorización a extranjeros para su explotación, quienes podían adquirir la ciudadanía a los seis meses del establecimiento de sus labores.

### 1.2.2. DECLARACIÓN DE LA INDEPENDENCIA EN 1816

El hecho fundante de nuestra soberanía, la declaración de independencia del Reino del España, no alteró el esquema vigente, salvo por el sujeto titular de los derechos. En efecto, desde el Congreso de Tucumán en adelante se siguió aplicando la normativa real, por lo que el dominio privado de las minas pasó, por sucesión directa, de la corona a la nueva Nación, que de hecho lo había ejercido y dispuesto desde 1810.

Así, hasta 1853 continuaron aplicándose las Ordenanzas de México, ratificadas por el Reglamento Provisorio de 1817 y el decreto para el fomento del mineral de Famatina del 21 de mayo de 1819, todas complementadas por la legislación provincial.

### 1.2.3. DISPERSIÓN/ANARQUÍA ENTRE 1820 Y 1852

Empero, cuando transcurrió el período histórico que va desde 1820 hasta la batalla de Caseros, en 1852, especialmente durante su primer tramo en algunos estados provinciales mineros, como Tucumán y La Rioja, se reivindicó el dominio de aquéllos sobre el subsuelo mineral, en consonancia con la idea genérica de considerarse, cada una de las provincias, la sucesora del patrimonio y de la soberanía que hasta ese momento ejerciera la autoridad nacional en cabeza del Directorio.

El ejemplo de Famatina en 1820 será “el caso” por antonomasia. Veamos. La legislatura riojana había adjudicado la explotación de las minas del Cerro Famatina al Banco de la Rioja, creado ese año, cuyo presidente era Facundo Quiroga, caudillo de la región, y le había dado la exclusividad del derecho a acuñar moneda con los metales extraídos. Para su explotación se organizó la “Famatina Mining Company”, presidida por Braulio Costa, con capitales de socios británicos. Pero, simultáneamente, el Presidente de la Nación, Bernardino Rivadavia, de aparentes lazos con los capitales británicos, organizó la “Río de la Plata Mining Association”, con los mismos derechos otorgados por el Congreso Nacional de 1824/1826.

De esta manera, **la disputa mantenida durante parte de la década de 1820 entre ambas mineras por el derecho a explotar la mina riojana de Famatina puede ser interpretada como el primer conflicto sobresaliente entre el poder central local y el regional por la potestad de disponer y explotar los yacimientos de oro y plata.** En definitiva, Quiroga inició la explotación del yacimiento sin solicitar autorización o permiso del Congreso, lo que le permitió establecer una casa de moneda a los pies del cerro Famatina. Rivadavia se opuso y terminó por impedir la continuación de las tareas de explotación.

La guerra civil y el rechazo de la Constitución de 1826 acabaron con el fugaz predominio unitario. No obstante, la Famatina Mining terminó por quebrar, aunque La Rioja siguió acuñando moneda hasta 1860.

No obstante, la condición del Estado Nacional como legítimo continuador de la posición y derechos que detentaba la Corona es habitualmente rechazada por quienes infieren que no existe basamento normativo en el que apoyar dicha afirmación. Máxime, si se interpreta que, a partir de las luchas intestinas que se iniciaron en la década de 1820, se produjo la desintegración de la organización patria preexistente y el nacimiento de la Argentina como una confederación.

## ETAPA CONSTITUCIONAL ¿NEUTRA? (1853-1886)

### 1.3.1 Constitución Nacional de 1853/60

La norma central del texto histórico no es otro que el art. 75 inc. 12 de la Constitución de 1853/60, cuyo texto, que pervive al presente, es el siguiente:

**“Artículo 75: Corresponde al Congreso: (...)**

**12. Dictar los Códigos (...) de Minería, (...)** sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones; (...).<sup>1</sup>

En este marco, es dable afirmar que ya en el período patrio el principio regalista fue mantenido. La Constitución de 1853 dio base constitucional a la opción por el sistema regalista al separar el Código Civil del de Minería, que regulan el suelo y el subsuelo, respectivamente. Así, el Congreso Nacional, al sancionar el primero de tales derechos de fondo, mantuvo el criterio regalista en su art. 2.342, inc. 2 —el que prevalece sobre el art. 2.518 que regula la propiedad del suelo—, pero a la vez establecía que pertenecerían “al dominio privado de la Nación o de las provincias según su ubicación”. El Código de Minería siguió el mismo principio.

Lo que estaba claro, al margen, es que la Norma Fundamental no se pronunciaba, en su texto constitutivo, en cuanto al sujeto destinatario de la titularidad de dominio sobre los recursos naturales en general y los hidrocarburos en particular. Es más, tales conceptos no figuraron de modo alguno en el articulado constituyente de la Nación. Ello, claro está, en cuanto a la materia estricta de la demanialidad.

Por el contrario, **lo que sí estableció el Constituyente de 1853 fue la delegación y, por ende, la titularidad federal sobre la facultad del dictado del Código de Minería, el cual incluiría el régimen integral sobre los hidrocarburos. Lo que aquí denominaremos una jurisdicción “originaria” amplia y permanente en 170 años de historia nacional. Ergo, la “neutralidad” postulada sobre el dominio *no lo será*, en modo alguno, sobre la jurisdicción.**

<sup>1</sup> El resaltado ha sido agregado.

### 1.3.2. Estatuto de Hacienda y Crédito de 1853

Sancionada la Constitución, que atribuyó al legislador nacional la facultad de dictar el Código de Minería, el Congreso de la Nación elaboró el llamado “Estatuto de Hacienda y Crédito de la Confederación Argentina”. Este prospecto normativo dispuso que ínterin el Congreso cumpliera con aquel mandato legiferante: “regirán en la Confederación las Ordenanzas de México, con las modificaciones que las legislaturas de provincia hayan hecho en ellas” (cf. Título X, art. 1), y ponía a cargo de la Administración General de Hacienda y Crédito que se creaba, “llevar el registro de la propiedad territorial pública y nacional en toda la Confederación incluso la subterránea de minas” (cf. Título II, art. 1, inc. 10).

La decisión importaba mantener la vigencia del principio regalista en minería, que reconoce al Estado el dominio eminente de las minas. Este estándar jurídico parece surgir explícitamente de las opiniones vertidas —durante el debate que precedió a la sanción del Estatuto— por el renombrado ministro de Hacienda, don Mariano Fraguero, y por el constituyente José M. Gorostiaga. En efecto, en la sesión del 9 de diciembre de 1853, al discutirse el texto del art. 10 del Título X, ambos coincidieron en reconocer que las minas eran “propiedad del soberano”. No obstante, ninguna disposición legal había decidido de manera expresa si tal dominio correspondía exclusivamente a la Nación o si las provincias tenían derecho a las ubicadas en sus respectivos territorios.

**Así, al arribarse al dictado de la Constitución Nacional, ésta no estatuyó nada específico sobre régimen de minería. Sin embargo, la creación del “Registro Nacional de Concesiones”, que el Congreso encomendó al Banco Nación y cuyo redactor fue —precisamente— Fraguero, es un serio inconveniente con el cual tropieza la afirmación de que el texto de 1853 retuvo para las provincias el dominio sobre las minas existentes en sus territorios, ya que tiene en su contra una expresa manifestación de voluntad legislativa dada por los propios congresales de Santa Fe. Este registro fue la única ley nacional de minería vigente hasta la sanción del Código de Minería, en 1886, y no resultó derogado por los arts. 2.342, inc. 2º, y art. 2.518 del Código Civil.**

En consonancia, nuestra Corte Suprema enfáticamente concluye en el precedente citado:

“Es francamente irrazonable suponer que, quienes acababan

de dictar las normas constitucionales, a pocas horas dictasen a su vez un texto legal inconstitucional. A mi juicio, se trata de un dato contundente: si los padres de la Constitución en diciembre de 1853 suscribieron dicho estatuto es porque *sabían* que lo referente al dominio minero no estaba reservado por las provincias en nuestra Carta Magna.

[E]l Estatuto de Hacienda y Crédito de la Confederación, al colocar estas últimas bajo la égida de la Administración del Banco Nacional, a cuyo cargo corría no sólo el Registro de Minas, sino también la percepción del canon de \$20 anuales que debía abonar toda mina (...) permite suponer que después de organizarse nuestro país bajo el sistema federal, la Nación no había abdicado su derecho a las minas desde el momento que se atribuía su registro y percibía sus rentas”.<sup>2</sup>

### 1.3.3. Proyecto de Código de Minería de 1862

En 1862 el Poder Ejecutivo encomendó a don Domingo de Oro la elaboración de un proyecto de código basado, en lo medular, en las Ordenanzas de México, el cual atribuía la propiedad de las minas a la Nación cualquiera que fuese el territorio en el que se hallaran, al tiempo que sostenía que las minas debían considerarse entre “las cosas que forman los bienes de la Nación”. Este proyecto de código debía estudiar las condiciones de la minería en San Luis, Córdoba, San Juan y La Rioja y proponer, en consecuencia, medidas para su reactivación. Finalmente, el texto fue remitido al Poder Ejecutivo, bajo la presidencia de Mitre, quien lo hizo suyo y lo remitió a una Comisión Revisora que estaba integrada, entre otros, por el propio Fragueiro –exministro de Hacienda y presidente de la Convención Reformadora de 1860. Si bien esta comisión lo aprobó, finalmente el texto no mereció la oportuna sanción por parte del Congreso Nacional.

El proyecto implantaba el *dominio originario* de la Nación sobre los minerales, pero al igual que el Estatuto de Hacienda y Crédito, solo consideraba tales a las piedras preciosas y sustancias metálicas.

### 1.3.4. Código Civil de 1871

Reseña la CSJN que en los años que precedieron a la sanción del

<sup>2</sup> CSJN, *in re* “Yacimientos Petrolíferos Fiscales c/Mendoza, Provincia de y otros s/nulidad de concesión minera”, 3/5/1979, *Fallos*: 301:341.

Código de Minería, frustrado el proyecto de Domingo de Oro, la vigencia de las Ordenanzas coexistió con las disposiciones del Código Civil sobre la materia. Entre ellas, la del art. 2.342, inc. 2º, que ratificaba, con relación a las sustancias mineras allí indicadas, el principio regalista ya arraigado en la concepción del derecho minero argentino. Se suscitaron, empero, problemas interpretativos acerca de la prevalencia de las disposiciones de este cuerpo legal sobre las normas incluidas en las Ordenanzas reales (ver Fallos: 25:13). Allí se reconoció que “aunque el Código Civil [que fuera] dictado posteriormente ha declarado de propiedad de las provincias sobre las minas comprendidas dentro de su territorio, esto en manera alguna importa derogar la legislación anterior del Congreso”.

Esta resolución que –según la Corte– fue suscrita por Gorostiaga, por entonces integrante del Tribunal, debe interpretarse en el sentido de que se refiere a disposiciones de la ley minera no consideradas por el codificador civil y, por tanto, subsistentes en su vigencia. **Lo cierto es que el art. 2.342 CC ratificó el principio regalista, por lo que Joaquín V. González pudo decir que concordaba “perfectamente con la tradición jurídica argentina”.**

### 1.3.5. Ley 726 de 1875

Rechazado el proyecto de Código de Minería preparado por don Domingo de Oro, y encomendada al PEN la designación de una persona que revisara ese proyecto y tomara como base el principio según el cual “las minas son bienes privados de la Nación o de las Provincias, según el territorio en que se encuentren”, el Poder Ejecutivo designó, el 26 de febrero de 1876, al jurista cordobés Enrique Rodríguez para la confección de un nuevo proyecto que sería, a la postre, el texto definitivo.

Antes, la ley 726, promulgada el 28 de agosto de 1875, dispuso que “el redactor del Código tomara como base para la confección de ese trabajo, el principio de que las minas son bienes privados de la Nación o de las Provincias, según el territorio en que se encuentren”.

**Estas referencias históricas llevan a la conclusión de que, en ese momento, la cuestión jurisdiccional de las minas no era una discusión constitucional sino legal, y que una nueva ley podía cambiar el principio si así convenía al interés general.**

### 1.3.6. La ley 1.532 de 1884 sobre las nuevas provincias

La situación de las nuevas provincias, es decir, de aquellos territorios nacionales que se provincializaron en la segunda mitad del Siglo XX, amerita una mención particular. La pregunta ha sido recurrente y consiste en saber si el estatus jurídico “originario”, asignado a las provincias que concurrieron a los procesos constitucionales de 1853 y de 1860, puede resultar distinto de las “nuevas”, o si –por el contrario– ello afectaría la igualdad entre unos y otros territorios provinciales.

Pese a la ausencia de una norma explícita de la Constitución en tal sentido, puede afirmarse que, en nuestro Derecho Público, la pauta básica es la igualdad política de los miembros de la relación federal, principalmente en lo que hace a su ámbito de atribución. Esta regla, consagrada por la Corte Suprema de Estados Unidos de Norteamericana en el caso *United States v. Texas* [339 U.S. 707 (1950)] al decir que “cuando se acepta un nuevo Estado en la Unión, se lo hace en un pie de igualdad con todas las demás”, tuvo pacífica acogida en la doctrina nacional y en los precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, tal como ilustra la causa “Pcia. de La Pampa c/Pcia. de Mendoza” de 1987 (*Fallos*: 310:2478).

Por su parte, la ley 1.532 de Territorios Nacionales, sancionada en 1884, fue sucesivamente modificada por una serie de normas a lo largo de algo más de un siglo, a saber:

- La ley 2.735 de 1890: no refiere a provincialización de territorios nacionales.
- La ley 5.217 de 1907: fija el límite entre Mendoza y La Pampa.
- El decreto 9.375 de 1943: divide al territorio nacional de Los Andes en tres fracciones que comprenderán las provincias de Jujuy, de Salta y de Catamarca.
- La ley 14.037 de 1951: provincializa los territorios nacionales de Chaco y La Pampa.
- La ley 14.294 de 1953: provincializa el territorio nacional de Misiones.
- La ley 14.408 de 1955: declara provincias a los territorios nacionales que constituirán las provincias de Formosa, Neuquén y Río Negro, por un lado, y de Chubut y Santa Cruz, por el otro (comprendidas en esta última el territorio actual de Tierra del Fuego, las islas del Atlántico Sur y el sector antártico argentino).

- La ley 23.775 de 1990: declara provincia al entonces territorio nacional de la Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur.

Ahora bien, **visto el derrotero de la ley 1.532, lo relevante para el *momentum* situado a fines del Siglo XIX era que estas vastas regiones que se irían provincializando detentaban aún –y por largas décadas lo seguirían reivindicando así– la titularidad federal del Estado Nacional.**

## ETAPA LEGAL MIXTA (1886-1935)

### 1.4.1. Código de Minería de 1886

Tal como reconstruye la CSJN en su fallo señero, finalmente se arribó a la sanción del tan ansiado Código de Minería. El Senado lo había aprobado a libro cerrado –luego de la remisión del presidente Roca– el 24 de septiembre de 1885. Sin embargo, la Cámara de Diputados le impuso modificaciones que debieron ser revisadas y aprobadas, nuevamente, por el Senado. Finalmente, el 25 de noviembre de 1886, el presidente Juárez Celman promulgó la ley 1.919, y el texto entró en vigencia como Código de la República a partir del 1° de mayo del año siguiente

**Esta norma recoge, en su art. 7°, el principio de que las minas son bienes privados de la Nación o las provincias, según el territorio en el que se encuentren. Hasta entonces, el sistema regalista –que acuerda al Estado *lato sensu* la jurisdicción sobre las minas– se mantuvo como un concepto jurídico inalterable a lo largo de toda la legislación minera y subsiste hoy –aunque no plenamente– en la economía del código vigente.** Es oportuno aquí recuperar la nota al art. 7° de este Código incluida por el legislador:

“Dada nuestra organización y régimen político era consiguiente y bajo muchos aspectos conveniente, atribuir a los estados la propiedad de las substancias minerales comprendidas en sus respectivos dominios pero no era indispensable. El objeto de las minas quedaba cumplido, ya adjudicándolas exclusivamente a la Nación, ya atribuyéndolas a las provincias”.

De allí se sigue el sustrato discrecional, en cabeza del legislador, de la decisión de consignar a un orden institucional (nacional), o al otro (subnacional), la titularidad sobre las minas en general y los hidrocarburos



en particular, atento que estos últimos eran jurídicamente considerados un “mineral” más, sujetos al Código de Minería e incluidos dentro de la clase o categoría de los “betunes y aceites minerales”.

**Así, la norma adopta un criterio territorial según el cual el dueño del suelo era dueño de los minerales. Como hemos visto, no es un dato menor que en esa época había enormes extensiones de territorio bajo el dominio y la jurisdicción del Estado Nacional, en forma de “territorios nacionales” o de “gubernaciones”.**

¿Qué ocurrió con la sanción de la ley 1.919? Pues que si hasta ese entonces las minas eran de propiedad de la Nación, en adelante pasarían a ser del dominio privado de la Nación o de las provincias, junto con otras dos directivas, a saber: *a*) la prohibición al Estado para disponer o explotar minas, y *b*) la obligación al permisionario de trabajar y poblar la mina.

De esta manera, el Estado –Nacional o provincial– resulta ser el titular de las minas objeto de concesión legal; y las obligaciones del minero son determinadas por el Código de Minería, no por imposición del Estado en cada caso particular. La propiedad minera, de acuerdo a este Código, es una propiedad distinta a la del terreno en que se encuentra, y se rige por los mismos principios de la propiedad común, salvo disposiciones especiales del Código de Minería (cf. art. 11). Hay, entonces, dos propiedades: la propiedad *superficial* –cuyo titular puede ser un sujeto privado–, y la propiedad del *subsuelo*, que el derecho de fondo reconoce al Estado, no al descubridor.

Asimismo, se distinguen tres tipos de minería, que genéricamente pueden resumirse como: la de sustancias metalíferas, la de sustancias no metalíferas, y la de piedras y materiales usados en la construcción. Las dos primeras son susceptibles de concesión y dominio minero en sentido estricto, en tanto que la tercera forma parte del dominio superficial del suelo.

No obstante la titularidad del Estado, la propiedad minera no es un bien de “dominio público”, puesto que, a diferencia de este tipo de bienes, las minas pueden ser objeto del aprovechamiento exclusivo por parte de los particulares. El Estado, como entidad soberana y representante del interés público, se encuentra facultado para otorgar concesiones mineras a descubridores de nuevos depósitos.

Arribados a este punto consideramos oportuno transcribir algunos considerandos del primer precedente de fuste que la doctrina identifica dentro de las actuaciones del órgano máximo del Poder Judicial de nuestro país, a saber: el fallo de la CSJN en la causa “Yacimientos

Petrolíferos Fiscales c/Peia. Mendoza” del 3 de mayo de 1979. Los conceptos liminares en materia de dominio y jurisdicción en torno al Código de Minería son los siguientes:

“Que al conferir al Poder Legislativo de la Nación la facultad de **dictar el Código de Minería, la Constitución Nacional le otorgó la atribución de establecer en su integridad el régimen legal de las minas, entre las cuales se encuentran los yacimientos de hidrocarburos (...):** a) la mentada reglamentación de las minas puede estar contenida en el código de la materia, en las leyes nacionales que se incorporan a éste o en las que lo integran, modifican o amplían, todo lo cual comporta el ejercicio de la misma potestad legislativa del art. 67 inc. 11 que se está considerando (...); b) tal ordenamiento incluye todas las instituciones típicas y específicas de la aludida rama del derecho, con la limitación que resulta del propio texto constitucional; c) la cortapisa indicada precedentemente se refiere al resguardo de las jurisdicciones locales y a la aplicación e interpretación de las normas comunes por los tribunales federales o locales, según corresponda, lo cual debe analizarse primordialmente en función de lo establecido en el art. 100 de la Constitución Nacional”.<sup>3</sup>

**“Que el régimen jurídico de las minas comprende, necesariamente, una regulación especial del dominio** de éstas que presenta características peculiares, privativas de la materia. Es así que tanto en el derecho argentino como en el comparado, invariablemente, ha sido preciso ocuparse del llamado dominio originario de las minas, sea para negarlo, sea para afirmarlo y atribuirlo a uno y otro titular, según la posición que se asuma. (...) En la tradición jurídica argentina, la legislación minera que rigió en las distintas épocas no omitió el tratamiento especial del tema, pudiendo mencionarse en tal sentido los siguientes ejemplos: el Estatuto para la organización de la hacienda y crédito público de la Confederación Argentina de 1853, que remitió a las Ordenanzas de Nueva España o México de 1783 (...); el art. 2° de la ley 726 sobre revisión del proyecto de Código de Minería de don Domingo de Oro; el citado art. 7° del Código de Minería vigente; el art. 373 del referido Código, texto según la ley 12.161 de petróleo e hidrocarburos fluidos; las leyes 14.773 y 17.319 que se examinan en este fallo; el art. 5° del decreto-ley 22.477 sobre elementos y minerales nucleares. Lo expresado permite afirmar que

<sup>3</sup> Considerando 10. En éste y en los siguientes considerandos, el uso del resaltado ha sido añadido.



permanentemente hubo de legislarse sin dar por supuesta una determinada solución de raigambre constitucional.”<sup>4</sup>

**“Que (...) el silencio de la Constitución Nacional sobre esta faz de la propiedad minera tornaba inexcusable que el Poder Legislativo estableciera normas expresas sobre el asunto, en el entendimiento de que así cumplía el cometido que la propia Constitución le había asignado al confiarle el dictado del Código de Minería. Lo contrario hubiera importado el establecimiento de instituciones mineras trucas, orgánicamente incompletas, ya que, como quedó afirmado, el régimen jurídico de las minas comprende su ordenación dominial y ésta a su vez incluye un discernimiento del dominio originario de ellas.** De los varios sistemas que conoce el derecho comparado sobre esta última cuestión, el legislador pudo prudencialmente elegir el que resulta de la ley ahora impugnada, sin que, por otra parte, hubiera sido constitucionalmente atacable el que atribuye a las provincias –según los casos– tal propiedad.”<sup>5</sup>

“Que (...) resulta pertinente citar lo sostenido en 1853 por el entonces ministro de Hacienda de la Confederación Argentina, Dr. Mariano Fraguero, en ocasión de discutirse el Estatuto de Hacienda y Crédito (...): ‘Que las minas eran propiedad del soberano...’ y ‘Que no puede compararse una mina con un campo o una casa, que es descuido en el trabajo de estas últimas, no importaría la pérdida de una fortuna como sucede con las minas que ocultando **un tesoro**, queda perdido para la sociedad y su dueño, si éste las abandonaba’, a lo cual asintió su ocasional contenedor José Benjamín Gorostiaga, quien manifestó (...): ‘Que reconoce la propiedad de las minas como pertenencia del Soberano’ (...). A ello puede añadirse que lo atinente a hidrocarburos introduce nuevos y peculiares problemas, por lo que cabe ratificar aquí lo asentado por esta Corte en la sentencia del 16 de abril de 1936, *in re* ‘Kinkelín, Emilio c/Gobierno Nacional’, a saber: ‘Que el criterio interpretativo de la justicia debe informarse, tratándose de minas de petróleo, por el que orienta a la legislación general y nacional en la materia que contemplan los graves y trascendentales problemas económicos y políticos vinculados y suscitados por este mineral que ha revolucionado la técnica y, consiguientemente, transformado muchos aspectos de la vida interna e internacional’ (Fallos:

4 Considerando 11.

5 Considerando 12.

170:274, especialmente página 291).”<sup>6</sup>

“Que atento lo expuesto, puede afirmarse que lo aducido por el legislador en relación con sus facultades para dictar las normas ahora discutidas, no excede los límites de una razonable interpretación constitucional. (...) [E]s el Congreso de la Nación el que tiene la potestad de dictar el Código de Minería y, dentro del contenido de este Código, lo relativo al régimen del dominio del subsuelo. Nuestro Preámbulo considera que proveer a la defensa común es uno de los objetivos que fundamentan la formación de la Nación Argentina. Todo lo que hace al petróleo y a sus derivados es materia típica de **defensa nacional**. Surge del propio Preámbulo. En cuanto a las provincias, sabemos bien que ellas han hecho depositaria a la Nación de toda la competencia relacionada con la defensa nacional, sus atribuciones están limitadas fundamentalmente por los arts. 1° y 31 de la Carta Magna’. Y: ‘Entre las potestades que el inciso 11 del art. 67 de la Constitución Nacional pone en manos del Congreso de la Nación, está la de legislar sobre el dominio de las minas, atribuyéndolas a la Nación si el **interés nacional** así lo exige, o a la Nación y a las provincias, según el territorio en que se encuentre, si llega a estimar que así corresponde, también fundándose en el bienestar general de la República.’”<sup>7</sup>

“Que cabe señalar que a diferencia de la propiedad privada que, si bien con función social, se orienta principalmente a satisfacer necesidades o intereses particulares, **el dominio de los yacimientos de hidrocarburos –en razón de la naturaleza e importancia de éstos, a que se hizo referencia supra– mira directa y primordialmente a salvaguardar importantes valores generales y al logro del bien común de la nación toda.** La justificación de su titularidad no puede, pues, surgir –por sí y sin previsión legislativa– de la ubicación geográfica, ni del descubrimiento y ocupación sino de la **finalidad específica** de su explotación enderezada al logro de objetivos de indudable **relevancia nacional** que, al par que trascienden, incluyen los intereses de todas las provincias y afecta a la comunidad entera del pueblo de la Nación. **Los propósitos de ‘proveer a la defensa común’ y ‘promover el bienestar general’ enumerados en el Preámbulo** indican, conforme a lo expuesto, que compete al Congreso Nacional la regulación jurídica del dominio y explotación

6 Considerando 13.

7 Considerando 14.

de los citados yacimientos, pues la autoridad que tiene a su cargo la consecución de determinados fines ha de poder disponer de los medios necesarios a ello conducentes.”<sup>8</sup>

“Cabe añadir que los arts. 3° y 13 de la Constitución no se hallan tampoco comprometidos, ya que el *sub lite* no versa sobre una desmembración territorial sino sobre el dominio y aprovechamiento de un recurso natural cuya regulación ha sido puesta por la Carta Magna en manos del Poder Legislativo de la Nación. A este último respecto, merece recordarse la doctrina sentada por esta Corte, según la cual nunca puede ser atentatorio al régimen autónomo de las provincias el ejercicio legítimo por la Nación de las facultades que le han sido expresamente delegadas en aquélla, por más que tales facultades deban ejercitarse en el territorio mismo de los estados autónomos (Fallos: 271:186; 284:161).”<sup>9</sup>

**De esta reseña pueden extraerse varias conclusiones, una de las cuales resulta fundamental para el desarrollo del sector: que el dominio provincial no prosperó al inicio de nuestra organización nacional. En efecto, durante la mayor parte de nuestra historia primó, de hecho o de derecho, el principio contrario, es decir, que el dominio residía en cabeza del Estado Federal.**

Por su parte, como advierte Catalano, no existen antecedentes de otros bienes del dominio provincial, cuyo destino final se encuentre sometido a restricciones administrativas. Ello trae ciertos condicionamientos al dominio provincial, el cual –no obstante ser pleno como el dominio civil– está sujeto a limitaciones al igual que este último, a fin de hacerlo compatible con el interés general. Estos condicionamientos son, precisamente, objeto del Código de Minería.

#### 1.4.2. Decretos s/n y ley 7.059 de 1910 luego del descubrimiento en 1907

¿Cuándo comienza la historia, tradición y cultura hidrocarburíferas en nuestro país? ¿En 1907 o antes? Como es de esperar, coexisten diferentes versiones al respecto. La narrativa “oficial” refiere al descubrimiento operado en la ciudad de Comodoro Rivadavia el 13 de diciembre de ese año como el hito fundacional.

Ahora bien, Gadano se ocupa de rescatar antecedentes previos a

8 Considerando 15.

9 Considerando 16.

este acontecimiento ocurridos en la región patagónica.<sup>10</sup> Así, se citan habitualmente los casos de: 1) la Compañía Jujeña de Kerosene, que comenzó la explotación del petróleo –con medios precarios– en 1865 y 2) la Compañía Mendocina Explotadora de Petróleo, creada y conducida por Carlos Fader, cuyos primeros cuatro pozos se perforaron –y tres fueron productivos– en 1887 (justo dos décadas antes que el descubrimiento comodorense), en la ciudad de Cacheuta, bajo la supervisión de un geólogo polaco (Zuber), luego complementado por el ing. Enrique Hermitte. Esta explotación continuó por lo menos hasta 1897, con 30 pozos perforados y una producción de cerca de 8.000 toneladas de petróleo. También puede mencionarse un antecedente en el Territorio Nacional del Neuquén hacia 1904. Según este autor, los factores que impidieron el éxito de aquellas primeras compañías petroleras argentinas fueron los siguientes:

“La legislación no era la más adecuada (...), un mercado demasiado incipiente para la colocación de los productos, falta de capital, dificultades técnicas, carencias en infraestructura de transporte, [oposición de las compañías ferroviarias anglo-americanas] y la desafortunada ausencia de un descubrimiento importante”.<sup>11</sup>

Lo cierto es que el relato mayoritario no solo se impone en los textos y conmemoraciones oficiales, sino que lo realmente relevante y decisivo será lo que ocurre inmediatamente después del “descubrimiento” comodorense en materia de “reserva de áreas en favor del Estado Nacional”.

En efecto, en diciembre de 1907 trabajadores nacionales de la comisión del Ministerio de Agricultura dedicada a estudiar las napas de agua y los yacimientos carboníferos (en una palabra, explorar el potencial energético del subsuelo argentino que buscaban aguas subterráneas), descubren en Comodoro Rivadavia –como parte de las tareas encomendadas– un yacimiento de petróleo.

Dicha cuadrilla, dependiente de la División de Minas, Geología e Hidrología del Ministerio de Agricultura, estaba al mando del ing. Hermitte junto a sus colegas Julio Krause, Pablo Nogués y el Comodoro José Fuchs. Reseña Mansilla:

10 GADANO, Nicolás, *Historia del Petróleo en Argentina: 1907-1955: desde los inicios hasta la caída de Perón*, 3ª edición, Edhasa, 2006, pág. 16-19.

11 GADANO, Nicolás, *Historia del Petróleo en Argentina: 1907-1955: desde los inicios hasta la caída de Perón*, 3ª edición, Edhasa, 2006, pág. 21.

“[El 13 de diciembre] dos operarios nacionales (Humberto Behín y José Fuchs) enviaron a Buenos Aires un telegrama informando el descubrimiento de petróleo mientras buscaban agua (...). Sin embargo, ese descubrimiento no se debió meramente a la casualidad, sino que desde varios años antes se estaban realizando trabajos de investigación del subsuelo argentino con el objetivo de encontrar agua, hidrocarburos o minerales”.<sup>12</sup>

Vale recordar que la ciudad de Comodoro Rivadavia integraba, en ese momento, la gobernación del Chubut, es decir, uno de los territorios nacionales previstos en la mencionada ley 1.532 y, como tal, sometido a la jurisdicción exclusiva del Gobierno Federal.

**Así, el 14 de diciembre de ese año, solo un día después de operado el descubrimiento, el entonces presidente Figueroa Alcorta decreta (en menos de 40 palabras) la creación de una “reserva estatal” en un radio de 5 leguas kilométricas a todo rumbo (unos 24 kilómetros) desde Comodoro, una superficie de aproximadamente 110.000 hectáreas en tierra, restringiendo así los pedidos de cateo de los privados en esa zona.**

Así las cosas, esta reserva a favor del Estado Nacional, cuyo claro propósito fue impedir que los privados ejercieran su derecho a solicitar permisos de exploración, fue creada mediante el dictado de un decreto del 14 de diciembre de 1907 (no llevaban número en esa época), que se amparó en una delegación dispuesta por la ley 4.167, mediante la cual el Congreso Nacional reconocía al Poder Ejecutivo la facultad referida a la exploración y enajenación de tierras fiscales.

Con fecha 20 de septiembre de 1910 el Poder Ejecutivo Nacional nuevamente optó por dictar un decreto mediante el cual prohibía el otorgamiento de permisos dentro de un radio de 5 kilómetros desde cualquiera de los pozos perforados por el Estado.

Finalmente, fue la ley nacional 7.059, dictada en septiembre de 1910, la que autorizó al Poder Ejecutivo a reservar cinco mil hectáreas en la zona de Comodoro Rivadavia, donde no debían concederse permisos ni cateos por el plazo de cinco años –plazo que se prorrogó en 1915 por igual término mediante la ley 9.664. Fenecido dicho plazo, la superficie debía ser subdivida en parcelas para ser licitadas,

12 MANSILLA, Diego, *Hidrocarburos y política energética. De la importancia estratégica al valor económico: Desregulación y Privatización de los hidrocarburos en Argentina*, Buenos Aires, Ediciones del Centro Cultural de la Cooperación “Floreal Gorini”, 2007, pág. 20.

pudiendo el Estado explotar directamente alguna de ellas para sus propias necesidades (armada, ferrocarriles, etc.).

El 9 de mayo de 1913 el presidente Sáenz Peña dictó una disposición, conocida como “la Gran Reserva”, a través de una resolución del Ministerio de Agricultura, por la cual se ampliaba considerablemente el territorio afectado a la reserva estatal y caducaban todos los permisos allí ubicados que no estuvieran en cumplimiento de sus obligaciones. A esta normativa solo sobrevivieron tres pedidos de cateo.

Bajo el mandato del presidente Victorino de la Plaza, en agosto de 1914, se modificó la interpretación de la ley 7.059 y se estableció –nuevamente por decreto del 8 de octubre de 1914– que la reserva solo podía aplicarse sobre las tierras fiscales, es decir, la zona de reserva se volvía a reducir.

### 1.4.3. Decreto s/n de 1910 sobre el nacimiento de YPF

Según Mansilla, “[e]l hecho de que el descubrimiento del petróleo haya sido en un Territorio Nacional, por operarios estatales y en la costa (por lo que no se dependía de los ferrocarriles ingleses), facilitó la intervención y el dominio del Estado nacional. Esto fue lo que permitió llevar a la práctica la teoría del domino estatal heredada de la tradición jurídica colonial (a diferencia de la tradición anglosajona que otorga la plena propiedad privada de las minas y yacimientos)”.<sup>13</sup>

Pero aún faltaba un paso más: darle cuerpo, sentido y estructura al sujeto público que llevaría adelante dicha explotación en nombre del Estado Nacional.

Fue en este marco, que el gobierno del presidente Roque Sáenz Peña, a instancias de su ministro de Marina Sáenz Valiente, dictó un decreto, el 24 de diciembre de 1910, para la creación de la *Dirección General de Explotación de Petróleo de Comodoro Rivadavia (DGEPCR)*. Ello, con el objetivo de explotar las zonas de reserva fiscal. Al frente de esta repartición, el ingeniero Luis Huergo denunció en 1913 maniobras de la Standard Oil tendientes a impedir la explotación estatal, mediante la obtención de concesiones sindicalizadas e inoperantes temporariamente. Luego debió atravesar una gran crisis

13 MANSILLA, Diego, *Hidrocarburos y política energética. De la importancia estratégica al valor económico: Desregulación y Privatización de los hidrocarburos en Argentina*, Buenos Aires, Ediciones del Centro Cultural de la Cooperación “Floreal Gorini”, 2007, pág. 20.

energética durante la Primera Guerra Mundial cuando prácticamente se cancelaron las importaciones. Para 1922, a pesar de que se había duplicado la extracción de 1919, el petróleo nacional apenas representaba el 30% del consumo.

**Para revertir esta situación, y ante la negativa del Congreso de tratar los proyectos de ley referidos a las explotaciones petrolíferas, el presidente Hipólito Yrigoyen dictó, casi sobre el final de su primer mandato, un decreto S/N, de fecha 3 de junio de 1922, por medio del cual creó la Dirección General de Yacimientos Petrolíferos Fiscales (YPF), dependiente del Ministerio de Agricultura. La finalidad principal de esta Dirección era administrar los yacimientos petrolíferos de la Nación, que incluían a los ubicados en Plaza Huinul, “en el territorio del Neuquén”; pero también adoptar un papel activo en todas las fases del mercado petrolero, desde la extracción al refinamiento y la comercialización de derivados.**

El 19 de octubre de 1922, el flamante presidente Alvear designó al frente de la DGYPF al ingeniero y coronel Enrique Mosconi, quien la condujo durante diez años. En los primeros tiempos actuó en tándem con el ministro de Agricultura, Tomás Le Bretón.

Los esfuerzos de YPF por imponerse en los territorios que sí eran originariamente provinciales, son valiosos para ilustrar de qué manera los gobiernos subnacionales otorgaban concesiones a principios del Siglo XX en beneficio de compañías privadas y extranjeras (como la Standard Oil o Shell). En muchos casos, la resistencia de YPF surtió efecto. En efecto, Mendoza había firmado un convenio con YPF en 1932, por el cual le confió la investigación y exploración de vastas zonas en la provincia. A resultas de ello, en 1934 se retomó la explotación y en 1940 se firmó un nuevo convenio que incluía todos los tramos del proceso productivo y comercial. En Salta, en cambio, la situación fue más zigzagueante, en función de que se alternaron gobiernos radicales y conservadores. En 1911 se había decretado una gran reserva de territorio sin dar concesiones, pero la *elite* local, aliada a la Standard Oil, logró en 1918 su derogación, por lo que Yrigoyen intervino la provincia. Con esta modificación, la empresa estadounidense adquirió más de un millón de hectáreas pero no produjo petróleo hasta 1926. Mientras tanto, YPF carecía de permiso legal para extraer petróleo en la provincia, lo que logró –finalmente– en 1927, al obtener las concesiones de un particular que las había conseguido con anterioridad. También Jujuy resistió

los avances de YPF. Ambas provincias tenían fuertes vínculos con la Standard Oil. Fue habitual en esos años la quita de derechos de exploración y explotación o la firma de convenios entre empresas y algunas provincias, que eran inmediatamente revocados una vez que llegaban a conocimiento de YPF.

Hubo incluso un intento fallido de nacionalizar el petróleo en 1927. Efectivamente, los diputados Carlos F. Melo (radical) y Rodolfo Moreno (conservador) habían proyectado que se declarara “patrimonio nacional” a las minas de hierro, hulla y el petróleo, otorgando su explotación al Estado. Tiempo después, Melo propiciaría una vasta reforma constitucional en el mismo sentido que resultó infructuosa. Aquella idea fue madurando durante una década hasta que, en la sesión de la Cámara de Diputados del 28 de julio de 1927, el radical Diego Luis Molinari, conocido jurista e historiador, propuso la nacionalización del petróleo y su explotación por parte del Estado. Así tuvo lugar un histórico debate sobre el petróleo, en el que la nacionalización del recurso logró *media sanción*, aunque por estrecho margen (65 votos contra 55). Sin embargo, a pesar del triunfo del presidente Yrigoyen en las elecciones de 1928, la oposición prevaleció en el Senado y la iniciativa jamás logró convertirse en ley. Según reconstruye Palazzo:

“La nacionalización del petróleo fue una propuesta política sostenida por el radicalismo en las presidencias de Yrigoyen y Alvear. En 1927 logró media sanción en la Cámara de Diputados, pero el Senado seguía dominado por los partidos conservadores, que se oponían a que las provincias perdieran el manejo del tema –lo cual, según se argumentaba, beneficiaría a las compañías extranjeras, pues les era más fácil negociar con ellas–. En 1929 el radicalismo obtuvo mayoría en el Senado. En un mensaje que le dirige Yrigoyen instándolo a completar esa aprobación, expone: ‘A fin de evitar que se repita lo ocurrido con el suelo fiscal y conservar los beneficios del petróleo para el pueblo de la República, es menester organizar un régimen legal que consulte las exigencias del interés de la Nación, poniendo en manos del Estado el dominio efectivo de los yacimientos petrolíferos y confiriéndole el monopolio de su explotación y comercialización’. La ley no llegó a sancionarse y el 6 de septiembre del año siguiente el Presidente fue derrocado por un alzamiento militar”.<sup>14</sup>

14 PALAZZO, Eugenio L., “Los hidrocarburos en los equilibrios y en las tensiones entre la Nación y las provincias”, en *Revista Argentina de Derecho de*



La dificultosa génesis de YPF se fue complementando con un reglamento orgánico del año 1923, que estableció su descentralización, para luego obtener, en 1930, la encomienda del PEN para actuar en su nombre en la exploración y explotación del petróleo en todo el país; esto fue complementado en 1932 con la primera ley orgánica (11.668), que ratificaba las atribuciones mencionadas. Todo ello, ya bajo el comando del gobierno de facto, que luego del luctuoso primer golpe militar de 1930, había encabezado el general Juan P. Justo, cuya administración tuvo una política de respaldo al accionar de YPF. Mediante un decreto, ratificado luego por el Congreso, se permitió a la empresa nacional operar en las provincias aunque sin la nacionalización de las reservas, a pesar de que Salta había firmado un contrato de exclusividad con la Standard Oil. Así, se impusieron ciertos límites a las hectáreas que serían concesionadas al capital privado y se ampliaron los márgenes de territorio nacional dispuesto para la compañía de bandera nacional. La idea detrás de esta decisión –motorizada por el Ejército– no era otra que la de industrializar el país, pues sin industria ni energía nacional no podía existir, en la práctica, una soberanía plena. El ingeniero Hermitte, el coronel Mosconi y el coronel Baldrich en cuanto al petróleo, así como el general Savio en lo relativo al acero, fueron los defensores más importantes de esta corriente de pensamiento y acción.

**Como corolario de este proceso genético, Yacimientos Petrolíferos Fiscales se transformó en la primera empresa petrolera estatal del mundo, y sirvió como modelo de empresa integrada y eficiente en toda América.**

Eso sí, este nacimiento accidentado fue causa y efecto de la disputa inicial entre la Nación y las provincias por el dominio del subsuelo y el ejercicio de la facultad concedente. En palabras de Mansilla:

“Si bien las concesiones privadas en las provincias nunca llegaron a representar parte importante de la extracción nacional (en 1930 de Salta se extraía apenas el 2% del petróleo nacional), la discusión sobre la soberanía entre nación y provincias fue muy importante en los primeros años. Salvo en algunos momentos en los que existían gobernadores afines al gobierno nacional, las provincias petroleras mantuvieron una posición enfrentada a la nacionalización o centralización de los yacimientos y lograron frenar todos los intentos de

*la Energía, Hidrocarburos y Minería (RADEHM)*, N° 5, Buenos Aires, Ábaco, 2015, pág. 71.

reformas del Ejecutivo. Históricamente, la posición de los gobiernos provinciales se encontró del lado de las petroleras internacionales y en contra de YPF”.<sup>15</sup>

#### 1.4.4. Ley 11.688 de 1932 de consolidación de YPF

En las sesiones extraordinarias del 13 de diciembre de 1932, justo el día en que se cumplían 25 años del descubrimiento en Comodoro, el Congreso de la Nación aprobó la ley 11.668, primera norma orgánica sobre la compañía, titulada “*Sobre organización de la Dirección General de Y. P. F.*”. Allí se garantizó el monopolio de todas las actividades del mercado, esto es, el estudio, la exploración y explotación, su industrialización, transporte y comercialización, para yacimientos de hidrocarburos y productos derivados (directos o indirectos) que el Estado Nacional ya poseyera o adquiriera en un futuro. Era responsabilidad de YPF llevar adelante todas esas actividades de la Nación, y su directorio debía ser nombrado por el PEN con acuerdo del Senado.

En torno a la dicotomía entre explotación pública y explotación privada, el conflicto el Estado Nacional (directamente o a través de YPF) con las compañías petroleras privadas fue una constante a lo largo de las primeras décadas de explotación hidrocarburífera de nuestra historia. La lucha contra el acaparamiento de superficie de yacimientos por parte de las empresas privadas fue una preocupación incesante del sector público. Quizás el ejemplo prototípico –como hemos visto– fue la lucha llevada adelante por el coronel Enrique Mosconi contra la Standard Oil en la provincia de Salta, dado que dicha provincia (recordemos que durante esta etapa, tanto Comodoro Rivadavia como Plaza Huincul estaban dentro de sendos territorios nacionales, y por lo tanto, bajo el control del Gobierno Federal) no tuvo tapujos en otorgar derechos tanto al Estado Nacional como a la compañía internacional, lo que generó un sinfín de otorgamientos, firmas de acuerdos y revocaciones que imposibilitaron el desarrollo de la actividad en la zona por años.

<sup>15</sup> MANSILLA, Diego, *Hidrocarburos y política energética. De la importancia estratégica al valor económico: Desregulación y Privatización de los hidrocarburos en Argentina*, Buenos Aires, Ediciones del Centro Cultural de la Cooperación “Floreal Gorini”, 2007, pág. 26.



## BIBLIOGRAFÍA

- CASAL, Daniel, “Evolución de la legislación hidrocarburífera en materia de concesiones”, en *Revista Argentina de Derecho de la Energía, Hidrocarburos y Minería (RADEHM)*, N° 5, Buenos Aires, Ábaco, 2015.
- CASSAGNE, Juan C. y DE LA RIVA, Ignacio M., “Formación, trayectoria y significado actual del dominio público en Argentina”, en *Revista Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, N° 93, mayo/junio 2014.
- CATALANO, Edmundo F., “*Teoría General de los Recursos Naturales*”, Buenos Aires, Zavalía, 1977.
- DE LA RIVA, Ignacio, “Dominio y jurisdicción sobre hidrocarburos en nuestro sistema federal”, en *El Derecho Constitucional*, Buenos Aires, 2008.
- DE SIMONE, Orlando, “El dominio originario de los recursos naturales”, *La Ley*, N° 119, 24/6/1997.
- DEVIA, Leila, KROM, Beatriz y NONNA, Silvia, *Manual de recursos naturales y derecho ambiental*, 2° edición, Buenos Aires, Estudio, 2020.
- DIANA, Nicolás, “El dominio de los recursos naturales en la Constitución de 1994 (en particular, los hidrocarburos)”, en *Las deudas y promesas incumplidas de la reforma constitucional de 1994. A 25 años*, BENENTE, Mauro (compilador), José C. Paz, EDUNPAZ, 2019.
- DROMI, José R., “Nación y provincias ante el régimen de hidrocarburos”, *Jurisprudencia Argentina*, 1979-IV-19.
- FERREYRA, Raúl G., *Bosquejo sobre la Constitución*, Buenos Aires, Ediar, 2022.
- FRÍAS, Pedro J., “*Dominio y jurisdicción de la Nación y las provincias*”, documento de trabajo presentado al Seminario sobre problemas del federalismo en Argentina, CFI, Buenos Aires, 1973.
- GADANO, Nicolás, *Historia del Petróleo en Argentina: 1907-1955: desde los inicios hasta la caída de Perón*, 3ª edición, Edhasa, 2006.
- GARCÍA PULLÉS, Fernando R., “Potestades Federales y Provinciales en materia de recursos naturales”, *La Ley*, Suplemento Administrativo, 2015-F.
- GEANDET, Ariel, “*Herencia histórica-legal del derecho hidrocarburífero en Argentina. ‘Desde las minas del Rey al marco actual’*”, monografía de la Diplomatura en Economía de la Energía y Planificación Energética, COPIME & IAE, Buenos Aires 2013.
- MANSILLA, Diego, *Hidrocarburos y política energética. De la importancia estratégica al valor económico: Desregulación y Privatización de los hidrocarburos en Argentina*, Buenos Aires, Ediciones del CCC, 2007.
- MÁRQUEZ, Gonzalo, “El régimen hidrocarburífero a la luz del federalismo argentino”, en *RADEHM*, N° 10, Ábaco, Buenos Aires, 2016.
- MARTIRÉ, Eduardo, *Historia del Derecho minero argentino*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, segunda edición, 1987.

- PADILLA, Francisco E., *Curso de Derecho Minero*, Tucumán, Instituto de Derecho Minero, 1950.
- PIGRETTI, Eduardo, *Derecho de los recursos naturales*, Buenos Aires, *La Ley*, 1971.
- RICCARDI, Alberto C., “El desarrollo histórico de las exploraciones petroleras en la Argentina”, La Plata, Academia Nacional de Ciencias de Bs. As., 2018.
- RISULEO, Fernando, *Historia del petróleo en la Argentina*, Buenos Aires, FODECO, primera edición, 2012.
- SALAS, Horacio, *Centenario del petróleo argentino (1907-2007)*, Buenos Aires, Instituto Argentino del Petróleo y del Gas, tomo I, 2007.
- SILENZI DE STAGNI, Adolfo F., *El petróleo argentino*, 2ª edición, Colección Problemas nacionales, Buenos Aires, 1955.
- VALLS, Mario F., *Recursos Naturales. Lineamientos de su régimen jurídico*, primera parte, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1989.
- VERGARA BLANCO, Alejandro, *Principios y sistemas del derecho minero. Estudio histórico dogmático*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1992.



## **INVESTIGACIONES**

RODRIGO HERNÁN LAGUIAN

NATALIA PACHECO

MANUELA RESÚA

JOAQUÍN IGNACIO SABATÉ CASTILLO

MARÍA FERNANDA SAMPAY

---

## CONTROL POLICIAL

### La experiencia de un órgano civil que investiga, acusa y sanciona a los/as policías

RODRIGO HERNÁN LAGUIAN

Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados y Abogadas del Estado |  
Octubre 2023 | Año 7 N° 9 | Buenos Aires, Argentina (ISSN 2796-8642) |  
pp. 165-174

**Resumen:** En el presente trabajo se analizará el sistema de control disciplinario aplicado por civiles a personal policial de una fuerza de seguridad, el cual fuera implementado en la Policía de Seguridad Aeroportuaria (PSA) desde el año 2010, lo que puede denominarse como “sistema disciplinario externo”, “sistema de control disciplinario policial” o de “sistema de control externo”. Palabras clave. Policía – Aeroportuaria – Control - Disciplinario.

**Abstract:** This paper will analyze the disciplinary control system applied by civilians to police personnel of a security force, which was implemented in the Airport Security Police (PSA) since 2010, what can be called the “external disciplinary system”, “police disciplinary control system” or “external control system”.

**Keywords:** Police - Airport - Control - Disciplinary.

**Introducción:** En el presente trabajo abordaremos el sistema de control disciplinario aplicado por civiles en la Policía de Seguridad Aeroportuaria, desarrollando como se llegó a la implementación de un órgano compuesto por civiles que investiga, acusa y sanciona a policías. En una primera parte veremos los antecedentes históricos que permitieron la conformación de este tipo de órganos, luego los antecedentes normativos y por último el funcionamiento y características principales de este sistema disciplinario externo.



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

## I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

A fin de llegar a la implementación de este tipo de sistemas tuvieron que sucederse hechos previos que permitieron su aplicación en una fuerza policial. Como antecedente necesario debe mencionarse que en el año 2005 luego de los hechos de público y notorio conocimiento de contrabando de estupefacientes a España en aeronaves de “Southern Winds”, a través de la Resolución N° 141 del 16 de febrero de 2005, el Ministerio de Defensa ordenó por el “término inicial de CUARENTA Y CINCO (45) días” la intervención de la ex Policía Aeronáutica Nacional (PAN) que dependía del Comando de Regiones Aéreas de la Fuerza Aérea Argentina, designando como Interventor al entonces Secretario de Asuntos Militares del Ministerio de Defensa<sup>1</sup>.

A los pocos días de ello, el 22 de febrero de 2005, mediante Decreto de Necesidad y Urgencia N° 145/05 el Poder Ejecutivo Nacional (PEN) tomó una decisión drástica modificando radicalmente el esquema de seguridad nacional al transferir orgánica y funcionalmente la PAN de la órbita del Ministerio de Defensa al Ministerio del Interior (donde funcionaba las fuerzas de seguridad federales, PFA, PNA, GNA), pasando a constituirse la Policía de Seguridad Aeroportuaria (PSA), “debiendo considerarse sustituida tal denominación cada vez que se haga referencia” a la extinta PAN.

Ello no fue simplemente un cambio de denominación de una fuerza policial, sino implicó numerosos cambios, siendo uno de ellos la designación de un funcionario civil al frente de la institución policial, el hecho de dar por extinta a la PAN dejando de estar en manos de la Fuerza Aérea y pasar a consolidarse como la CUARTA fuerza de seguridad federal (conforme art. 5 del Decreto N° 145/05) dependiendo del Ministerio del Interior como sus pares (Policía Federal Argentina -PFA-, Prefectura Naval Argentina -PNA-, Gendarmería Nacional Argentina -GNA-).

A fin de llevar a cabo este proceso de reformas, a través del Decreto N° 147 del 22 de febrero de 2005<sup>2</sup> se designó a su Interventor, quien se encontraba facultado para “efectuar y/o proponer las reestructuraciones que considere pertinentes a los fines de proceder a la

normalización del funcionamiento de la citada fuerza”. Dicha Intervención civil, luego de numerosas prórrogas, culminó en el año 2010 con el dictado del Decreto N° 582 del 27 de abril de 2010 designado al 1° Director Nacional de la PSA<sup>3</sup>.

Desde la Intervención se realizaron numerosos cambios en esta nueva fuerza de seguridad federal creada en democracia, uno de ellos fue la división de una estructura de conducción civil-administrativa y otra estructura operativo-policial, lo cual fue instrumentado a través de la Resolución N° 1 de fecha 28 de marzo de 2005 en donde el Interventor aprobó la Estructura de la Dirección Superior de la PSA conformada por CINCO (5) Subintervenciones, las cuales tendrían a su cargo las funciones jurídicas, administrativas, contables, presupuestarias, de recursos humanos, de relaciones institucionales de la PSA, entre otras. Esto conllevó a ser una policía con mando civil, teniendo una diferenciación entre las funciones técnico-administrativas de las operativo-policiales, en donde la conducción y administración de la PSA quedaba a cargo de funcionarios civiles (y no por policías) y sus áreas administrativas compuestas a su vez por personal civil (los cuales no tenían “escuela policial”), quedando las tareas policiales a cargo de personal con estado policial. En lo referido a lo operativo-policial, dicha Intervención civil confeccionó un esquema distribuido en tres niveles de mando y funciones policiales, dirigidas por policías y compuestas en su extensa mayoría por personal policial; el primero de ellos ejercido por el Centro de Análisis, Comando y Control (CEAC), el intermedio por las Unidades Regionales de Seguridad Aeroportuaria, y en la base las Unidades Operacionales de Seguridad Preventiva (UOSP), las Unidades Operacionales de Control del Narcotráfico y el Delito Complejo (UOCNyDC) y las Unidades de Operaciones Especiales de Seguridad Aeroportuaria (UOESA).

## II. ANTECEDENTES NORMATIVOS

### EL 1ER PASO.

#### LA NORMA DE CREACIÓN, LA LEY 26.102

La norma basal o cimental para la conformación de esta nueva fuerza de seguridad (como así también del órgano disciplinario bajo análisis) fue la Ley de Seguridad Aeroportuaria N° 26.102, sanciona-

1 Mediante dicha norma se designó al Lic. Jaime GARRETA

2 Mediante dicha norma se designó al Dr. Marcelo Fabian SAIN

3 Mediante dicha norma se designó al Dr. Salvador Julio POSTIGLIONI

da el 31 de mayo de 2006. Esta norma dispone las misiones y funciones de la PSA, determina que la conducción y administración de la PSA debe estar a cargo de un funcionario civil con rango de Director Nacional, establece que la PSA estará conformada por personal civil y personal policial, prevé el régimen previsional de los mismos, crea al Instituto Superior de Seguridad Aeroportuaria a cargo de la formación y capacitación del personal tanto civil como policial de la PSA, y además crea a la Dirección de Control Policial (art. 75).

Este nuevo órgano con competencia en materia disciplinaria (Dirección de Control Policial) tendrá a su cargo la instrucción y aplicación de sanciones por los hechos cometidos por personal policial de la PSA que configuren faltas disciplinarias graves o muy graves (detalladas en su Decreto Reglamentario).

## EL 2DO PASO. REGLAMENTACIÓN DE LA LEY. LA TIPIFICACIÓN Y LAS SANCIONES

El 19 de mayo de 2008 a través del Decreto N° 836 fue aprobado el Régimen Profesional del Personal Policial de la PSA. Con la firma de este Decreto el PEN reglamentaba la ley 26.102, estableciendo los derechos, deberes, obligaciones y prohibiciones del personal policial de la PSA, como así también lo referido a licencias, jerarquías, ascensos, retribuciones (salarios, suplementos, bonificaciones), ingreso, cese y retiro de la fuerza.

Además de ello, a través de esta norma se asentaban las bases de este novedoso sistema disciplinario del personal policial de la PSA, y se “tipificaban” las conductas/hechos cometidos por el personal policial, denominándolas “faltas disciplinarias”. Este plexo normativo clasifica estas faltas disciplinarias en:

- Leves
- Graves
- Muy graves

Esta norma además describe que sanción corresponde a cada tipo de falta, enunciando asimismo que autoridad posee “facultades disciplinarias”, es decir que autoridad es la facultada para aplicar cada tipo de sanción. Dispone que para el caso de observarse hechos que configuren faltas disciplinarias leves, el Jefe Policial de la dependen-

cia aplicará sanción directa, sin sumario previo. A diferencia de ello, para el caso de hechos que puedan configurar faltas disciplinarias graves o muy graves se requerirá la instrucción de sumario administrativo en donde intervendrá la Dirección de Control Policial.

Esta clasificación de las faltas y que autoridades poseen facultades disciplinarias, puede observarse en el gráfico 1.

TIPO DE FALTA	SANCION	AUTORIDAD INVESTIGADORA y ACUSADORA	AUTORIDAD SANCIONADORA
Falta Leve <sup>1</sup>	Apercibimiento, Apercibimiento Grave o Suspensión de empleo de UNO (1) a DIEZ (10) días	Jefe Policial de dependencia	Jefe Policial de dependencia
Falta Grave	Suspensión de empleo de DIEZ (10) a TREINTA (30) días	Auditoría de Asuntos Internos	Tribunal de Disciplina Policial
Falta Muy Grave	Suspensión de empleo de TREINTA (30) a SESENTA (60) días	Auditoría de Asuntos Internos	Tribunal de Disciplina Policial
Falta Muy Grave	Baja por Cesantía	Auditoría de Asuntos Internos	Secretario/a de Seguridad por consejo de Tribunal de Disciplina Policial
Falta Muy Grave	Baja por Exoneración	Auditoría de Asuntos Internos	Ministro/a de Seguridad por consejo de Tribunal de Disciplina Policial

<sup>1</sup> No hay sumario administrativo previo, es decir hay sanción directa

Este cuerpo normativo prevé TRES (3) supuestos en donde no será necesaria la instrucción de un Sumario Administrativo, debiendo dictarse la Baja por Cesantía del personal involucrado en situaciones de:

1. Condena judicial firme a prisión o reclusión de cumplimiento efectivo



2. Condena judicial firme que lo inhabilite para el desempeño de la función pública
3. Abandono de servicio<sup>4</sup>

Por último, se señala que este Régimen también estipula los efectos que producen las sanciones en la carrera policial, los atenuantes y agravantes de la falta cometida, en qué casos y plazos existe reiteración de faltas, cuando se extingue la acción disciplinaria.

### EL 3ER PASO. REGLAMENTACIÓN DE LA LEY. EL PROCEDIMIENTO

Continuando con el proceso reglamentario de la Ley 26.102, el PEN dicta en fecha 4 de septiembre de 2009 el Decreto N° 1190 y el 28 de septiembre del mismo año, el Decreto N° 1329.

A través del Decreto N° 1190/09 se aprueba el Régimen Profesional y el Reglamento de Investigaciones Administrativas del personal civil de la PSA; dicho documento no es analizado en el presente trabajo, por no formar parte del sistema disciplinario aquí analizado, en tanto el personal civil de la PSA no realiza acciones policiales, sino administrativas, jurídicas, contables, presupuestarias y de relaciones institucionales (art. 42 Ley 26.102) el cual es investigado y sancionado por la Dirección de Sumarios que depende de la PSA.

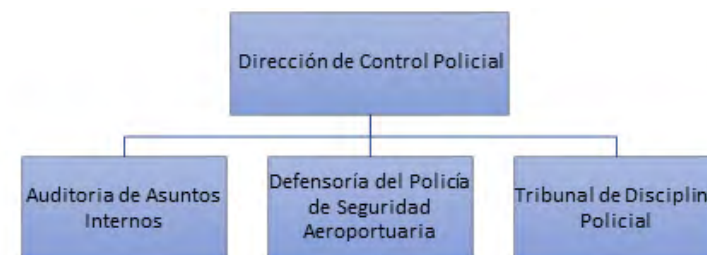
Mediante el Decreto N° 1329 del 28 de septiembre de 2009 se culmina con la reglamentación de la Ley 26.102 y a través del mismo se detalla el procedimiento a aplicar en caso de comisión de faltas, dividiendo el procedimiento en 2 grupos: a) faltas leves; b) faltas graves y muy graves. Para el caso de las leves define que no requerirán de la instrucción de un Sumario Administrativo y serán de sanción directa de apercibimiento a suspensión de empleo de DIEZ (10) días, a aplicar por el Jefe Policial de la dependencia.

Asimismo, y ante la comisión de una falta grave o muy grave, la misma será analizada por el órgano de control disciplinario civil o externo (Control Policial).

<sup>4</sup> El mismo quedará configurado luego de DIEZ (10) ausencias injustificadas continuas, y de haber sido intimado fehacientemente a presentar al servicio en el plazo de CINCO (5) días hábiles y no se reintegrare

## COMPOSICIÓN Y CARACTERÍSTICAS

Efectuando un análisis de la normativa reseñada, se señala que la Dirección de Control Policial para realizar sus funciones está conformado por: 1) la Auditoría de Asuntos Internos; 2) la Defensoría del Policía de Seguridad Aeroportuaria; 3) el Tribunal de Disciplina Policial, lo cual puede observarse claramente en el gráfico 2.



Es dable mencionar que tanto los directores como el personal que conforman las áreas antes mencionadas no poseen estado policial, con lo cual no pueden verse afectados por haber conocido o ser “camada” de alguna persona denunciada o investigada. Este rasgo característico y distintivo, otorga imparcialidad, autonomía e independencia a este flamante “órgano disciplinario civil”. La única excepción a ello, se encuentra en el Tribunal de Disciplina Policial, el cual se conforma por DOS (2) funcionarios civiles con título de abogado y un tercer miembro que debe poseer estado policial y grado de Oficial Superior de conducción (es decir ser Comisionado Mayor o General).

Además de estas notas características, se señala:

- Dependencia orgánica y ubicación edilicia de sus oficinas. Tanto la Dirección de Control Policial como sus TRES (3) áreas no dependen orgánica ni funcionalmente de la PSA, ni tampoco tienen sus oficinas en la sede de la PSA;
- La composición de su personal. Tal como se señaló las áreas están conformadas por personal civil administrativo o profesional, el cual no es ni tampoco fue personal policial;
- Las denuncias. En tanto el personal policial no investiga los hechos, el Jefe policial de la Unidad donde sucedió el mismo, debe informar a la Dirección de Control Policial o a la Auditoría de Asuntos Internos dentro de las VEINTICUATRO

(24) horas los hechos protagonizados por personal policial de esa dependencia;

- No informar hechos. El personal policial que no informare los hechos que suceden en su dependencia o en su turno policial dentro de las VEINTICUATRO (24) horas de sucedido el hecho, puede ser pasible de sanción;

Asimismo, y en el aspecto práctico-funcional se señalan las siguientes características:

- Denuncias. Inicio de actuaciones. Cualquier área de la PSA o del Ministerio de Seguridad que tuviere conocimiento de un hecho protagonizado por personal policial de la PSA, informa del mismo a la Dirección de Control Policial o a la Auditoría de Asuntos Internos para su competente intervención; asimismo pueden recibirse denuncias por parte de la ciudadanía o iniciarse investigaciones de oficio por noticias periodísticas;
- Tipificación de los hechos. La Dirección de Control Policial, a través de la Auditoría de Asuntos Internos es la que determina si el hecho informado o denunciado podría configurar o no una falta disciplinaria grave o muy grave, y en caso de serlo iniciará la investigación administrativa pertinente;
- Investigación administrativa. Es llevada en su totalidad por la Auditoría de Asuntos Internos (no interviene personal policial) la cual recolecta las pruebas, recibe declaraciones testimoniales, realiza pedidos de informes, etc.;
- Acusación y declaración de defensa. La Auditoría de Asuntos Internos es la que efectúa la acusación pertinente al personal policial involucrado, en base a las pruebas recolectadas por dicha área, recibiendo declaración al sumariado para que ejerza su derecho de defensa;
- Defensa particular o Defensoría del Policía. Todo sumariado tiene derecho a la asistencia letrada particular de su letrado/a de confianza, o a la defensa oficial (a través de la Defensoría del Policía), previo a la audiencia de defensa y durante todo el proceso sumarial;
- Debate oral. En los casos que la Auditoría de Asuntos Internos mantiene la acusación (con posterioridad al acto defensivo del sumariado) dicha área efectúa acusación pertinente ante el

Tribunal de Disciplina Policial, el cual le recibe declaración al sumariado, como así también el alegato oral a la Auditoría y a la defensa letrada;

- Sanción y recursos. Luego del debate oral el Tribunal sanciona o sobresee al sumariado y en caso de sanción, el mismo puede interponer recursos administrativos (reconsideración y apelación).

## CONSIDERACIONES FINALES

En lo referido a la implementación de este tipo de organismos novedosos, en donde funcionarios civiles investigan, acusan y sancionan a personal policial, es dable señalar que las características antes reseñadas no resultan ser un dato menor al momento de pretender conformar un área de control disciplinario policial aplicado por civiles, en tanto que el hecho de depender de la misma fuerza que se investiga, o tener su sede en el mismo edificio que la institución policial que se investiga, priva al órgano de poder realizar sus funciones en forma independiente, imparcial y autónoma. Asimismo, se señala que este órgano en la actualidad depende del Ministerio de Seguridad de la Nación y en una de sus sedes tiene su oficina, lo que otorga cierta autoridad y legitimidad hacia el interior de la fuerza, generando respeto hacia el órgano de control.

A su vez, considero que a fin de que este órgano disciplinario pudiere comenzar a funcionar en el año 2010, resultaron necesarios los antecedentes históricos anteriormente detallados, cuando la ex Policía Aeronáutica Nacional fue intervenida y pasó a ser conducida por varios funcionarios civiles (Interventor y Subinterventores). Esto implicó hacia el interior de la policía, un cambio de paradigma en la diaria de la nueva institución policial (Policía de Seguridad Aeroportuaria), por cuanto el personal policial comenzaba a ser conducido y dirigido por funcionarios civiles y no por funcionarios militares o policiales como venían acostumbrados. A modo de opinión personal considero que dicho cambio sentó las bases, a fin de poder implementar un órgano y un sistema disciplinario policial aplicado por civiles.

## BIBLIOGRAFÍA

CENTRO DE ESTUDIOS LEGALES Y SOCIALES (CELS), “LA INSEGURIDAD POLICIAL”, (1998), Violencia de las fuerzas de seguridad en la Argentina”, Buenos Aires – EUDEBA. (1999) Las reformas policiales en la Argentina.

FERNANDEZ, Santiago Andrés, (2018), Los sistemas de control disciplinario en las policías argentinas, Serie Documentos de trabajo / 8, Colección Gobierno y Seguridad, Universidad Metropolitana para la Educación y el Trabajo (UMET), Buenos Aires <https://umetonline.com/wp-content/uploads/2020/09/8.Sistemas-de-control-disciplinario-final-libro-completo-8.pdf>

NEILD, Rachel, (1999), Controles internos y los órganos disciplinarios policiales, Serie Temas y Debates en la Reforma de la Seguridad Pública. Una guía para la sociedad civil. Washington Office on Latin América (WOLA). <https://www.wola.org/sites/default/files/downloadable/Citizen%20Security/past/internal%20%20controls%20formatted--sp.pdf> (1999), Controles externos policiales, Serie Temas y Debates en la Reforma de la Seguridad Pública. Una guía para la sociedad civil. Washington Office on Latin América (WOLA). <https://www.wola.org/sites/default/files/downloadable/Citizen%20Security/past/external%20controls%20formatted--sp.pdf>

SAIN, MARCELO, (2002), Seguridad, democracia y reforma del sistema policial en la Argentina, Fondo de cultura económica, Buenos Aires.

## EL SISTEMA DE RECONOCIMIENTO FACIAL DE PRÓFUGOS DEL GCABA y su lesión a los derechos a la privacidad y autodeterminación informativa

NATALIA PACHECO

Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados y Abogadas del Estado |  
Octubre 2023 | Año 7 N° 9 | Buenos Aires, Argentina (ISSN 2796-8642) |  
pp. 175-190

*A propósito de la sentencia de 1° Instancia del Caso “Observatorio de Derecho Informático Argentino (ODIA) y otros c/ GCABA s/ amparo” de fecha 7 de septiembre de 2022<sup>1</sup>.*

**Resumen:** En la investigación se tomó conocimiento del caso judicial y se procedió al cotejo de la normativa implicada, por un lado se analizó el Sistema de Reconocimiento Facial de Prófugos puesto en funcionamiento en virtud de la Resolución 398/MJYSGC/19, según lo establecido por un Convenio anterior cruzaba datos personales biométricos entre bases de datos de la CONARC (Registro Nacional de Reincidencia) y del Registro Nacional de las Personas permitía “matchear” imágenes faciales de personas que transitaban las calles de CABA en puntos determinados e ingresaban en Estaciones de Tren o subtes y podían dar alertas de personas buscadas por la Justicia, pero en muchos casos dieron falsos positivos ordenando la detención/demora de personas que no correspondían a ningún requerido judicial. Se valoraron las pericias técnicas e informes produci-

1 SENTENCIA, 7 de Septiembre de 2022, JUZGADO EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO NRO 4. CIUDAD DE BUENOS AIRES, CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES, Magistrados: Elena Amanda Liberatori disponible online [http://www.sajj.gob.ar/FA22370014?utm\\_source=newsletter-semanal&utm\\_medium=email&utm\\_term=semanal&utm\\_campaign=jurisprudencia-provincial](http://www.sajj.gob.ar/FA22370014?utm_source=newsletter-semanal&utm_medium=email&utm_term=semanal&utm_campaign=jurisprudencia-provincial) al 1/11/2022



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

dos y quedo probado que al momento de implementarse el Sistema no se había realizado un estudio de evaluación de impacto en datos personales, las bases no se encontraban inscriptas en el Registro correspondiente, lo que las convertía en bases ilícitas y tampoco había intervenido el órgano de control de datos personales de CABA, la Defensoría del Pueblo mediante el Centro de Protección de Datos ni se había auditado el funcionamiento del sistema, lesionando así derechos constitucionales como el de la privacidad autodeterminación informativa, protección de datos personales y principios y garantías constitucionales básicas del Estado Constitucional de Derecho.

**Palabras clave:** reconocimiento facial- datos personales- inteligencia artificial- privacidad

**Antecedentes:** La Ciudad Autónoma de Buenos Aires fue el escenario propicio en los últimos años para el uso y abuso de las IA disponibles y aptas para ejercer facultades coactivas del Estado y mejorar la seguridad, a la vez, pueden llegar a lesionar arbitrariamente los derechos a la autodeterminación informativa, a la privacidad, intimidad y de protección de datos personales así como violar principios y garantías como la presunción de inocencia y el debido proceso sustantivo que son la base fundamental del Estado Constitucional de Derecho.

Ante el crecimiento del delito en el ámbito de la CABA, el aumento de la pobreza y el desempleo sumado a la necesidad de demostrar eficiencia en la gestión pública las autoridades implementan sistemas de IA bajo condiciones a cumplir que se encuentran previstas en la normativa vigente pero que no se cumplen, verifican ni auditan debidamente.

En este marco surgió el caso del Sistema de Reconocimiento Facial de Prófugos implementado en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por la Resolución 398/MJYSGC/19<sup>2</sup> que en líneas generales claramente prevé:

*“...la utilización del sistema integral de video vigilancia está regida por el principio de proporcionalidad y razonabilidad... sólo podrá emplearse cuando resulte adecuado, en una situación concreta, para asegurar la convivencia ciudadana,*

2 Resolución 398/MJYSGC/19 disponible online [https://documentosboletinoficial.buenosaires.gob.ar/publico/ck\\_PE-RES-MJYSGC-MJYSGC-398-19-5604.pdf](https://documentosboletinoficial.buenosaires.gob.ar/publico/ck_PE-RES-MJYSGC-MJYSGC-398-19-5604.pdf) al 1/11/2022

*la utilización pacífica de las vías y espacios públicos, la elaboración de políticas públicas de planificación urbana, así como para la prevención de faltas, contravenciones y delitos y otras infracciones relacionadas con la seguridad pública... la intervención mínima exige la ponderación en cada caso de la finalidad pretendida y la posible afectación al derecho a la propia imagen, a la intimidad y a la privacidad de las personas, de conformidad con los principios consagrados en la Constitución Nacional y la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires... la Ley Nacional N° 25.326 de Protección de los Datos Personales establece que no será necesario el consentimiento del titular de los datos para el tratamiento de los mismos cuando: a) los datos se obtengan de fuentes de acceso público irrestricto; y b) Se recaben para el ejercicio de funciones propias de los poderes del Estado o en virtud de una obligación legal;...”*

Dicho sistema se alimenta de otras bases de datos, en las condiciones que la misma resolución explica:

*“... por el Decreto PEN N° 346/09<sup>3</sup> se creó la Base de Datos de Consulta Nacional de Rebeldías y Capturas (CONARC), del Registro Nacional de Reincidencia del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, el cual se conforma con las comunicaciones que las autoridades judiciales realizan de toda medida restrictiva a la libertad ambulatoria que se dicta en el marco de una causa penal, en cualquier jurisdicción del país (ámbito federal, nacional, provincial y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires)... el Decreto PEN N° 1766/11<sup>4</sup> (modificado por Decreto PEN N° 243/17) creó el “Sistema Federal de Identificación Biométrica para la Seguridad” (SIBIOS), a fin de contribuir a la identificación de personas mediante información brindada a sistemas automatizados de identificación de huellas digitales y rostros, en procura de optimizar la investigación científica de delitos y el apoyo a la función preventiva de seguridad... se celebró un Convenio de Cooperación Técnica entre el Registro Nacional de las Personas (RENAPER) y este Ministerio de Justicia y Seguridad, mediante el cual dicho Organismo facilitará,*

3 Decreto PEN N° 346/09 disponible online en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/150000-154999/152565/norma.htm> al 1/11/2022

4 Decreto PEN N° 1766/11 disponible online en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/185000-189999/189382/norma.htm> al 1/11/2022



*por la vía de excepción prevista en el artículo 23, inciso 2) de la Ley Nacional N° 25.326<sup>5</sup>, el acceso a la información disponible en sus sistemas informáticos tendiente a identificar y/o verificar la identidad de las personas prófugas, conforme a requerimientos efectuados por el Ministerio Público Fiscal, y los Poderes Judiciales Nacional, Provincial y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires... ...RENAPER facilitará los registros biométricos que el Ministerio de Justicia y Seguridad de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires solicite de acuerdo a los requerimientos fiscales y judiciales correspondientes, dejando expresamente aclarado que no se trata de la totalidad de las fotografías de la población sino solamente las de aquellas personas requeridas por la magistratura... ...Invitar a la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a auditar el funcionamiento del Sistema de Reconocimiento Facial de Prófundos”.*

También se determinaron en la norma las condiciones para su operatoria:

*“...será empleado únicamente para tareas requeridas por el Ministerio Público Fiscal, el Poder Judicial de la Nación, Provincial y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, como así también para detección de personas buscadas exclusivamente por orden judicial, registradas en la Base de Datos de Consulta Nacional de Rebeldías y Capturas (CONARC). Salvo orden judicial, se encuentra prohibido incorporar imágenes y registros de otras personas que no se encuentren registradas en el CONARC... ... se integra con la totalidad de los registros incorporados en la Base de Datos de Consulta Nacional de Rebeldías y Capturas (CONARC) y con los datos biométricos consultados del Registro Nacional de las Personas (RENAPER), debiendo corresponder estos últimos única y exclusivamente a personas que registren orden judicial de restricción de la libertad registradas en la base del CONARC... ... La Policía de la Ciudad no está autorizada a ceder tales archivos a ninguna otra autoridad administrativa de la Ciudad... ... La operación del Sistema de Reconocimiento Facial de Prófundos estará a cargo del Centro de Mo-*

<sup>5</sup> Ley 25.326 de Protección de Datos Personales disponible online en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/60000-64999/64790/texact.htm> al 1/11/2022

*nitoreo Urbano (CMU) de la Policía de la Ciudad. ...Toda vez que el sistema detecte una coincidencia, el Centro de Monitoreo Urbano procederá a generar una carta de servicio y dará aviso al personal policial correspondiente, actuando siempre de conformidad con los protocolos que rigen la Línea de Atención de Emergencias 911... ... cumplida la orden judicial de restricción de la libertad, o que la misma haya cesado, los datos personales tratados deberán ser destruidos”.*

Sin embargo, la realidad demostró que las consecuencias de su implementación no fueron del todo beneficiosas. Numerosas organizaciones no gubernamentales recibieron denuncias por situaciones irregulares de detenciones en puestos claves de la Ciudad, así el Observatorio de Derecho Informático Argentino (OIA), el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) y varios *amicus curiae* como la ACIJ, la CORREPI y la Fundación Vía Libre entre otros decidieron presentar el amparo de la sentencia que comentaré.

Entre los fundamentos para iniciar la acción los de mayor relevancia son:

1.- El SRFP funciona mediante la comparación de las características biométricas de dos rostros; las IA deben aprender cuando se trata de la misma persona y cuando no. Lo que se logra a partir de una base de datos de distintas caras y mediante una “carga” de información constante, sin tener en cuenta la base de datos biométricos a la cual constar; esa base es la memoria para mejorar el funcionamiento de la Inteligencia artificial y no hace diferencias entre la base de datos de la CONARC sino que toma la totalidad de los rostros que pasen por la cámara.

2.- Se producen ciertas inconsistencias: falencias e irregularidades como la creación de “falsos positivos”: elige a personas con similares características dando datos erróneos de alertas, el SRFP tiene una efectividad que se encuentra por debajo del 50%.

3.- Su utilización implica un prejuizamiento de los habitantes de CABA, una falta de respeto a los Derechos Humanos, al derecho a la privacidad, a la protección de los datos personales, generando una práctica discriminatoria contra las mujeres y minorías incumpliendo los Tratados internacionales de derechos humanos.

En este marco resultan lesionados derechos y principios constitu-



cionales que a continuación se detallan:

- Principio de presunción de inocencia: cualquier alerta que derive del uso de este sistema habilita la intervención policial para detener de manera intempestiva y pesa sobre esa persona una presunción de culpabilidad, se invierte el principio de inocencia y son los afectados quienes deben brindar explicaciones al Estado de porque no tienen nada que ver con la detención que se está llevando a cabo.
- Derecho a la privacidad: en el procedimiento para determinar si los rostros que una cámara de videovigilancia está captando están efectivamente en la base de datos del CONARC, la misma debe comparar todas las caras que surgen de las imágenes tomadas por la policía y realizarles un “tratamiento” para determinar si son o no de personas que se encuentran en esa base de datos. Es decir, se toman datos personales de carácter sensible como es la imagen, sin haber requerido y adquirido el consentimiento previo de cada uno de ellos.
- Principio de debido proceso sustantivo: se aprehende y detiene a una persona, sin las debidas garantías de procedimiento, defensa y juicio previo
- Principio de Razonabilidad: Manifiesta desproporcionalidad entre la medida implementada y los fines perseguidos. El Estado local busca garantizar “seguridad” a su comunidad pero introduciendo un elemento riesgoso que vulnera los derechos a la privacidad, intimidad, autodeterminación informativa y protección de datos personales de manera desproporcionada, con la utilización de un sistema que carece de los mínimos elementos de cuidado y precaución.
- Entre las normas que se encuentran vulneradas se pueden mencionar:
- La normativa prevista por la CADH<sup>6</sup>, su art. 7 el derecho a la libertad personal y a la presunción de inocencia del art. 8, el art. 11 nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas sobre su vida privada. También contenidos en la DUDH y el derecho a la igualdad, el en el Pacto Internacional de Dere-

6 Convención Americana sobre Derechos Humanos CADH disponible online en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/28152/norma.htm> al 1/11/2022

chos Económicos Sociales y culturales, y en el Pacto de los Derechos Civiles y Políticos, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación Racial, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, todos estos instrumentos jerarquizados por el art. 75 inc. 22 de la CN. A su vez, el art. 16, el art. 18 y el art. 19 de la Constitución Nacional.

- La Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires<sup>7</sup> garantiza en el art. 10 que los derechos y garantías no pueden ser negados ni limitados por la omisión o insuficiencia de su reglamentación, se reconoce y garantiza el derecho a ser diferente no admitiéndose discriminaciones por raza, etnia, género, edad, orientación sexual, religión, ideología, opinión, caracteres físicos, condición psicofísica, social, económica o circunstancias de distinción, exclusión, restricción o menoscabo, también garantiza el derecho a la privacidad, intimidad, y confidencialidad como parte inviolable de la dignidad humana conforme art. 12 y la libertad como parte inviolable de la dignidad según el art. 13, también establece que el Gobierno de la Ciudad coadyuva a la seguridad ciudadana desarrollando estrategias y políticas multidisciplinarias de prevención del delito y la violencia diseñando y facilitando canales de participación comunitaria mediante el art. 34.
- La ley 27483<sup>8</sup> que aprobó el Convenio 108 y su protocolo adicional del Consejo de Europa cuyo objeto es el tratamiento automatizado de datos personales, es decir, sobre la información personal de toda persona física identificada o identificable y los Estados deben comprometerse a aplicar todas las medidas necesarias para que se protejan los datos contenidos en registros públicos o privados. Se hace alusión a una especial protección a aquellos datos que revelen origen racial, las opiniones públicas, convicciones religiosas, preferencias sexuales, datos de salud, que no podrán ser tratados automá-

7 Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires disponible en [http://www.infoleg.gob.ar/?page\\_id=166](http://www.infoleg.gob.ar/?page_id=166) al 1/11/2022

8 Ley 27483 aprobatoria del Convenio 108 para la Protección de las Personas con respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personales disponible online en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/315000-319999/318245/norma.htm> al 1/11/2022

ticamente a menos que el derecho interno de las garantías apropiadas y deberán tomarse las medidas de seguridad correspondientes para la protección de los mismos para evitar la destrucción no autorizada, o la pérdida de los mismos, así como el acceso, la actualización o difusión no autorizada.

- En cuanto a la prueba presentada por la demandada, el MJS CABA informó al respecto que:
- En virtud del CONVENIO DE COOPERACIÓN TÉCNICA ENTRE RENAPER Y MJYS de CABA

**“...el RENAPER facilita por la vía de excepción art. 23 inc. 2) Ley 25326, el acceso a la información disponible en sus sistemas informáticos tendiente a identificar o verificar la identidad de personas humanas sobre las cuales el Ministerio desarrolle las tareas requeridas por el Ministerio Público Fiscal, el Poder Judicial Nacional, Provincial y de la CABA...”**

**“RENAPER no remite a esta jurisdicción “datos biométricos” de ninguna persona: en todo caso, la fotografía asociada al DNI que transfiere al ente nacional será objeto de ese particular tratamiento técnico con la finalidad de identificar y aprehender personas requeridas por el Poder Judicial”.**

Sin embargo, dicha información deviene errónea ya que la fotografía como archivo de imagen asociada a una persona física deviene un dato biométrico, más aún referida a un DNI que a su vez tiene cargada la huella digital.

Existe a su vez otro informe probatorio en la causa, el de la Defensoría del Pueblo de CABA que hizo saber que:

- El GCABA no realizó la Evaluación de Impacto en la Privacidad (EIP)<sup>9</sup> que sí se realizó en otros países al ser implementado para determinar la justificación, proporcionalidad, legiti-

<sup>9</sup> Evaluación de Impacto en Protección de Datos Personales disponible online en [https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/guia\\_final.pdf\\_al\\_1/11/2022](https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/guia_final.pdf_al_1/11/2022) es un proceso que las organizaciones deben efectuar para identificar y tratar los riesgos que puedan producir sus actividades habituales, sus nuevos proyectos o sus políticas corporativas cuando involucren el tratamiento de datos personales. Dicho tratamiento puede provocar impactos en los derechos de las personas que deben ser de algún modo identificados, gestionados, minimizados o eliminados para cumplir con la normativa vigente.

dad y necesidad de su uso a fin de determinar el impacto y la posible afectación a DP y otros DDHH (Guía de Evaluación en PDP de la AAIP)

- No se cumplió con la constitución e intervención de la Comisión Especial de Seguimiento de los Sistemas de Video Vigilancia integrada por Presidentes de Comisiones de Justicia y Seguridad y 3 diputados designados por las por la vicepresidencia primera sin perjuicio de que dicha Comisión convoque a especialistas de la Soc. Civil
- No se enviaron informes a la Defensoría del Pueblo CABA (órgano de control de PDP de CABA) sobre especificaciones técnicas del software, modificaciones técnicas de los dispositivos, criterio de instalación continuidad de los sistemas de videovigilancia.
- En esta misma línea observó además que todos los registros que se hicieran por el SRFDP deberían, al contener datos personales, estar inscriptos en el Registro de Datos que funciona en el Centro de PDP para que dicha base sea lícita, requisito que sólo se cumple al estar inscripta (art. 4 inc. 2 Ley 1845<sup>10</sup>).

Por su parte, el MJDH en su informe indicó explicando las funciones de la CONARC que es el Sistema de Consultas Nacional de Rebeldías y Capturas que funciona dentro del Registro Nacional de Reincidencia y sirve para brindar información de un sistema punto a punto y de manera actualizada de la totalidad de los autos de rebeldía, capturas, averiguación de paradero y comparendos de su base de datos.

Explicó que en 2016 se dispuso que dicha base se publicara en el Portal de Datos Abiertos de la Justicia Argentina, pero a partir de 2021 se excluyó del citado portal ya que la publicidad de su contenido entraría en conflicto con la normativa específica de Protección de Datos Personales.

Por lo que concluye que es de consulta entre otros actores del sistema de seguridad pública, Fuerzas de Seguridad, policías provinciales y de la Policía de CABA y su utilización puede ocasionar inconvenientes y generar un “falso positivo” y aclaró que no se firmó

<sup>10</sup> Ley 1845 de Protección de Datos Personales en CABA disponible online en <https://www.argentina.gob.ar/normativa/provincial/ley-1845-123456789-0abc-defg-548-1000xvorpvel/actualizacion> al 1/11/2022

ningún convenio con MJYS CABA ni con la Defensoría local, ni se lo convocó por la Comisión de la Legislatura. En cuanto a los falsos positivos detalló que son fallas en los datos patronímicos de las personas humanas incluidas por información falsa brindada por la propia persona humana, o por errores involuntarios de parte de los operadores de sistema judicial.

En otro orden de ideas, para enriquecer la etapa probatoria de la causa se realizó una inspección de constatación al Centro de Monitoreo Urbano (donde están localizados los servers), el lugar físico de la base operativa de la IA del SRFP y permitieron contrastar empíricamente ciertos detalles:

### ARQUITECTURA TÉCNICA DE LA IA - LA AUTOMATIZACIÓN:

La operatoria se realiza todas las mañanas cuando machea contra el CONARC y pregunta altas y bajas y automáticamente cuando llega un DNI nuevo, se le manda el DNI y te devuelve la foto. En ese momento se arma el registro para poder realizar el reconocimiento facial. Es un proceso automatizado. En la migración de datos de CONARC y del RENAPER no hay actividad humana, es un proceso de validación. Se da un DNI, hay un proceso armado, auditado, que valida el dato y esa validación es la que corresponde.

Las autoridades de la CABA indicaron que a la fecha de la inspección la parte física, estaba prendida, pero todo lo que es las máquinas virtuales, que son las que operativizan el software estaban apagadas.

El SRFP trabaja sobre 572 puntos del sistema facial, la mayoría del triángulo inferior del rostro, hay 300 cámaras con licencia para el uso de este sistema, depende de las eventualidades a cubrir se puede variar de lugar y se nutre del Sistema CONARC del Registro Nacional de Reiniciencia. Mediante las cámaras de videovigilancia capta imágenes que se visualizan y procesan en el Centro de Monitoreo Urbano de la Policía de CABA y las coteja con los datos biométricos de CONARC y en caso de advertir una coincidencia, se emite una alerta para que el personal policial actúe.

Finalmente, a la hora de evaluar el material probatorio y la normativa aplicable se hizo referencia entre otros a:

La Guía para la evaluación de impacto en la protección de datos personales, que según mencionó la Defensoría del Pueblo de la

CABA, sirve para disminuir los riesgos que el uso de nuevas tecnologías, el tratamiento automatizado de datos y la IA que fueron elaborados por la AAIP Argentina y su órgano par de Uruguay cuya finalidad es minimizar los potenciales daños a la privacidad.

El tratamiento de datos personales puede causar impactos negativos en los derechos de las personas, que deben ser identificados, gestionados, minimizados y eliminados para cumplir con la normativa vigente, esta EIDP es un procedimiento que los responsables de bases de datos deben realizar para legitimar sus procedimientos para poner en funcionamiento nuevos proyectos o incorporar nuevos sistemas de IA que prevean tratamiento de información personal.

La ley 25326, de Protección de datos personales a nivel nacional resguarda y protege a nivel interno toda la información personal que se encuentre almacenada en archivos de responsables de datos públicos o privados, garantiza de esta manera el derecho al honor, a la intimidad, el acceso a la información y su control en cuanto a la pertinencia, finalidad, y razonabilidad para el tratamiento o el efectivo cumplimiento de la actualización, bloqueo o supresión cuando no corresponda su tratamiento. En su artículo 5 prevé que el tratamiento de datos personales será ilícito cuando el titular no hubiere prestado su consentimiento libre, expreso e informado, el que deberá constar por escrito u otro medio y sin embargo no será necesario cuando los datos se obtengan de fuentes de acceso irrestricto o se recaben para el ejercicio de funciones propias de los poderes del Estado o en virtud de una obligación legal.

En lo que atañe a este caso en particular, es aplicable el inc. 2 art. 23 que establece que el tratamiento de datos personales con fines de defensa nacional o seguridad pública puede realizarse por parte de las fuerzas armadas, fuerzas de seguridad, organismos policiales o de inteligencia sin consentimiento de los afectados y quedará limitado a los supuestos y categoría de datos necesarios para el *estricto cumplimiento de las misiones y funciones propias de los mismos*.

A nivel local, la Legislatura de la CABA sancionó la Ley 1845 de PDP, cuyo objeto es la regulación de los datos personales en su jurisdicción de los bancos de datos públicos para garantizar el derecho al honor, la intimidad y la autodeterminación informativa según el art. 16 de la Constitución CABA. A su vez se prevé que también están incluidos dentro del sector público de la Ciudad todos los archivos o bases de datos de titularidad de los órganos de la administración, entes autárquicos, empresas y sociedades del estado, y otras organi-

zaciones empresariales, el poder legislativo y del judicial en cuanto a su actividad administrativa. En este sentido, el art. 22 dispone que será la Defensoría del Pueblo de la CABA el órgano de control de dicha ley y crea en su órbita el Centro de Protección de Datos con el Registro de Datos Personales, donde los ciudadanos podrán presentar sus reclamos de conformidad con el art. 4 inc. 3 de dicha ley y se garantizará el acceso a la información contenida en su registro. La citada Defensoría podrá representar a los titulares de datos personales a fin de hacer efectivo su derecho de acceso, rectificación, bloqueo o supresión, y también elaborará informes sobre proyectos que de alguna manera tengan impacto en el derecho a la privacidad y protección de datos personales.

Por la Ley 5688<sup>11</sup> se implementa el Sistema Integral de Seguridad Pública de CABA, el art. 17 dispone que es un deber de la Ciudad promover la efectiva participación ciudadana en asuntos de seguridad pública y el art. 483 hace referencia a que la instalación de sistemas de video vigilancia por parte del Poder Ejecutivo procede en la medida que resulte para una *utilidad concreta para adoptar medidas de gobierno relacionadas con el espacio público, limitando por el art. 484 la utilización de estos sistemas para tomar imágenes del interior de propiedades privadas salvo autorización judicial expresa pudiendo instalarse dispositivos en espacios públicos salvo cuando se afecte la intimidad de las personas.*

Así las cosas, según las constancias de la causa se verificó que el SRFP cuyo objetivo es la identificación y el reconocimiento de personas prófugas de la Justicia, está basado en el análisis en tiempo real de imágenes de video y que *salvo orden judicial se encuentra prohibido incorporar imágenes-datos biométricos y/o registros de personas que no se encuentren registradas en el CONARC.* Entonces la actualización diaria de la CONARC recoge altas y bajas y esa base de datos macheada con el RENAPER y trae los registros de CONARC.

Sin embargo, de la inspección realizada y del informe de la Defensoría surgió que este SRFP no fue auditado internamente, ni en la implementación ni en la aplicación.

La Defensoría del Pueblo como órgano de control de protección de datos personales y como auditora del SRFP no ha podido actuar, la

11 Ley 5688 disponible online en <http://www.saij.gob.ar/LPX0006421> al 1/11/2022

Comisión Especial de Seguimiento de los Sistemas de Video Vigilancia no está constituida, la Legislatura no puede verificar como funciona dicho sistema, el Ministerio de Justicia y Seguridad no efectuó una auditoria interna, dichas auditorias no son reemplazables por una auditoria de la Universidad de La Plata. Tampoco se dio cuenta del relevamiento de la infraestructura de red y servicios, ni de los procedimientos asociados a la aplicación y de la evaluación de mejores prácticas y generación de resultados.

*Todo lo antes dicho demuestra que este SRFP se implementó sin garantizar que cuente con los organismos de control que la Ley establecía, contrariando el principio de legalidad del accionar administrativo.*

Se comprobó que los errores y falencias producidas por el SRFP afectan directamente los derechos de las personas y la ausencia de los controles para su debida implementación implican un grave riesgo para vulnerar los datos personales y los derechos a la autodeterminación informativa, privacidad e intimidad.

Sumado a lo antes dicho y clave para la resolución del caso fue la pericia informática llevada a cabo por la PSA confirmando las irregularidades advertidas:

*“...existió una migración en cantidades exorbitantes de datos biométricos desde el RENAPER al MJYS CABA y a la Policía CABA a efectos de carga y alimentación del SRFP. Casi 10 millones de registros existentes en los archivos emitidos por el RENAPER responden a consultas efectuadas por dicho Ministerio”.*

*“...15459 personas fueron cargadas en el SRFP para ser buscadas sin encontrarse dentro de la base de CONARC, sin existir pedido de la justicia que habilite el accionar, sin sustento legal”*

*“...los datos biométricos de personas no requeridas judicialmente, fueron utilizados para alimentar y posteriormente ser ejecutados por el SRFP, existiendo búsquedas respecto de personas sin que se haya identificado el juzgado que las habría solicitado”.*

Es decir, que se constató todo lo descripto en contra de lo previsto por el art. 485 bis cuando determina que: “el SRFP será empleado únicamente para tareas requeridas por el Poder Judicial de la Nación, Provincial o de CABA como así también para la detección de personas buscadas exclusivamente por orden judicial registradas en la base de datos de CONARC. Salvo orden judicial se encuentra prohi-

bido incorporar imágenes, datos biométricos o registros de personas que no se encuentre registrados en CONARC”.

Es irrazonable que en materia de datos personales existan 17 distintos usuarios con el rol de administrador que no pueden ser vinculados a personas humanas que pueden acceder, tratar y eliminar datos biométricos de millones de personas.

Se hace una diferenciación entre el borrado lógico como procedimiento automático para estos sistemas y por el otro el físico, manual, voluntario y definitivo, se verificó que 356 registros de personas cuyos datos biométricos fueron incorporados al motor de búsqueda del SRFP fueron eliminados voluntaria y manualmente (borrado físico). Dichas personas se buscaron por el SRFP y la verificación de su motivo o justificación es imposible de saber porque sus registros se suprimieron de forma manual. Para este tipo de sistemas y en miras a un correcto resguardo de los datos personales el borrado físico debe ser inexistente porque dichas operaciones no pueden ser rastreadas afectando la trazabilidad de lo hecho.

La sentencia de la magistrada actuante en la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1° Instancia determinó que existe una afectación negativa a los derechos constitucionales cuya protección está garantizada a nivel local, por lo que declaró su inconstitucionalidad y el SRFP sólo podrá volver a implementarse una vez cumplidos todos los recaudos previos necesarios enumerados con anterioridad. En esa misma línea, como antecedente en el año 2009, la CSJN en el fallo Halabi indicó que cuando la dificultad para separar los “datos de tráfico” del contenido mismo de la comunicación y el riesgo cierto de que los datos registrados sean indebidamente utilizados con fundamento en la discrecionalidad de la Administración, deviene necesario un pronunciamiento como el comentado.

Cabe concluir que en un Estado democrático y constitucional de derecho, que se precie como tal, ninguna autoridad pública puede en uso de sus facultades avasallar y lesionar los derechos de los ciudadanos de esta manera, e implementar un sistema de IA sin parámetros de respaldo, que eviten riesgos innecesarios y que viole derechos humanos como la autodeterminación informativa, la privacidad y la protección de datos personales estando en juego garantías fundamentales no sería lo más aconsejable. Nadie puede negar que la utilización de IA en las actividades del Estado y en las actividades privadas de la vida diaria de las personas traen innumerables beneficios, pero corresponde hacer el planteo de a que costo,

o a riesgo de que derechos perder. Las evaluaciones de impacto sobre protección de datos personales brindan una herramienta teórico-práctica idónea que sirve para realizar este proceso o protocolo de razonabilidad, para determinar la proporcionalidad de medio a fin, el tema es hacer de su uso una obligación y no una mera facultad o recomendación. Los órganos de control de protección de datos personales a nivel regional y europeo así lo indican<sup>12</sup>, no sólo hay que replicar legislación en la materia sino aplicarla y hacer que se cumpla, este fallo es un claro ejemplo de ello.

Hago propias las reflexiones de CALVO P.<sup>13</sup>, debe reconocerse el potencial de las IA en el desarrollo y mejora de los sistemas democráticos, pero propuestas o políticas públicas como el SRFP adolecen de una reflexión previa sobre los problemas y las consecuencias negativas a la aplicación acrítica de estos sistemas. Es decir, que el camino debe hacerse al andar, y debe llevarse a cabo con un trabajo multidisciplinario de investigación y evaluación de impacto que minimice los efectos negativos y potencie los positivos en un escenario de transparencia y participación.

12 Ver casos Mercadona, Vodafone, BBVA aplicación de sanción y multas disponibles online en <https://civio.es/el-boe-nuestro-de-cada-dia/2022/02/22/vodafone-bbva-edp-y-mercadona-las-empresas-con-mayores-multas-por-incumplir-las-normas-de-proteccion-de-datos/> y <https://www.xataka.com/privacidad/reconocimiento-facial-mercadona-acaba-multa-2-5-millones-euros-que-dice-agencia-proteccion-datos-que-lecciones-se-pueden-extraer> al 1/11/2022

13 CALVO, P (2019) Democracia algorítmica: consideraciones éticas sobre la dataficación de la esfera pública, disponible online en <https://www.redalyc.org/journal/3575/357560862001/html/> al 1/11/2022.



## BIBLIOGRAFÍA

Fallo de 1° Instancia Jueza Liberatori, SENTENCIA, 7 de Septiembre de 2022, JUZGADO EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO NRO 4. CIUDAD DE BUENOS AIRES, CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES, Magistrados: Elena Amanda Liberatori disponible online [http://www.sajj.gob.ar/FA22370014?utm\\_source=newsletter-semanal&utm\\_medium=email&utm\\_term=semanal&utm\\_campaign=jurisprudencia-provincial](http://www.sajj.gob.ar/FA22370014?utm_source=newsletter-semanal&utm_medium=email&utm_term=semanal&utm_campaign=jurisprudencia-provincial) al 1/11/2022

Fallo Halabi Halabi, Ernesto c/ P.E.N. - ley 25.783 - dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986 disponible online en <http://www.sajj.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-halabi-ernesto-pen-ley-25783-dto-1563-04-amparo-ley-16986-fa09000006-2009-02-24/123456789-600-0009-0ots-eupmocsollaf> al 1/11/2022

Ley 25326,

Reglamento Europeo PDP,

Guía para la Evaluación de Impacto en DP (Arg)

Directrices Éticas para una IA fiable- Grupo independiente de expertos de alto nivel sobre IA Comisión Europea.

Requisitos mínimos de seguridad de la información para los organismos del sector público nacional (Arg.)

Política Modelo de PDP para organismos públicos (Arg)

Derecho comparado:

Caso Mercadona Barcelona:

<https://www.xataka.com/privacidad/reconocimiento-facial-mercadona-aca-ba-multa-2-5-millones-euros-que-dice-agencia-proteccion-datos-que-lecciones-se-pueden-extraer>

[https://www.eldiario.es/politica/justicia-impide-mercadona-use-reconocimiento-facial-detectar-clientes-orden-alejamiento-tiendas\\_1\\_8025896.html](https://www.eldiario.es/politica/justicia-impide-mercadona-use-reconocimiento-facial-detectar-clientes-orden-alejamiento-tiendas_1_8025896.html)

## ABORDAJE DE LA PROBLEMÁTICA REFERIDA A LA VIOLENCIA Y DISCRIMINACIÓN EJERCIDA EN CONTRA DEL COLECTIVO TRAVESTI, TRANSEXUAL Y TRANSGÉNERO. La implementación de la Ley N° 27.636 en la Unidad de Información Financiera

MANUELA RESÚA

Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados y Abogadas del Estado |  
Octubre 2023 | Año 7 N° 9 | Buenos Aires, Argentina (ISSN 2796-8642) |  
pp. 191-217

**Resumen:** El artículo aborda el tema de la violencia y la discriminación contra la comunidad transgénero en Argentina, centrándose en la implementación de la ley de cupo para personas transgénero en el mercado laboral. Destaca la falta de implementación práctica de esta ley y propone apelar a los Organismos de la Administración Pública Nacional para garantizar su cumplimiento. Se reflexiona sobre la importancia de despatologizar las identidades transgénero, así como la violencia institucional que enfrentan. El documento menciona los logros en materia de derechos pero enfatiza que aún son insuficientes. Se analiza la Ley de Identidad de Género N° 26.743, enfatizando la importancia de la autopercepción como elemento clave para el reconocimiento de la identidad de género. El documento también menciona precedentes legales anteriores y destaca la importancia del progreso de Argentina en comparación con otros países. La autora propone implementar políticas públicas para garantizar un verdadero cupo laboral para personas travestis/trans en los organismos públicos, y sugiere la creación de una “Unidad de Políticas de Género” como primer paso. También destaca la importancia de la igualdad y no discriminación en la Constitución Nacional y en diver-



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

los instrumentos internacionales de Derechos Humanos.

**Palabras clave:** Colectivo travesti, transexual y transgénero- Implementación práctica- Despatologización de las identidades trans- Políticas públicas

**Abstract:** The paper addresses the issue of violence and discrimination against the transgender community in Argentina, focusing on the implementation of the quota law for transgender individuals in the workforce. It highlights the lack of practical implementation of this law and proposes appealing to national public administration bodies to ensure compliance. The importance of depathologizing transgender identities is reflected upon, as well as the institutional violence they face. The paper mentions the achievements in terms of rights but emphasizes that they are still insufficient. The Gender Identity Law No. 26.743 is analyzed, emphasizing the importance of self-perception as a key element for recognizing gender identity. The paper also mentions previous legal precedents and highlights the significance of Argentina's progress compared to other countries.

The author proposes to implement public policies to guarantee a true labor market for transvestites/trans people in public bodies, and suggests the creation of a "Gender Policies Unit" as a first step. It also highlights the importance of equality and non-discrimination in the National Constitution and in various international human rights instruments.

**Key words:** Transvestite, transsexual and transgender collective- Practical implementation- Depathologization of trans identities- Public politics

## LA LUCHA TRAVESTI/TRANS EN LA ARGENTINA Y SUS CONQUISTAS

El presente trabajo se propone, como objetivo general, plantear un abordaje de la problemática referida a la violencia y discriminación ejercidas en contra de colectivo travesti transexual y transgénero, que justificó el dictado de la Ley N° 27.636 de cupo laboral del mencionado grupo, destacándose los compromisos asumidos por el Estado en materia de derechos humanos, y las eventuales responsabilidades a las que se expone en caso de incumplimiento.

Asimismo, se emprende como objetivo específico poner de manifiesto la discordancia habida entre la consagración legislativa del

cupo laboral para el colectivo travesti transexual y transgénero y la falta de implementación práctica del mismo.

En ese marco, a fin de lograr el efectivo cumplimiento de la obligación legal y convencional asumida por el Estado, el trabajo propone apelar a quienes integran los distintos Organismos de la Administración Pública Nacional (APN), para que sean los agentes que la componen y sus autoridades quienes tomen la iniciativa para dotar de eficacia el derecho reconocido para dicho colectivo, apelando a la transversalización para la prevención de las desigualdades habidas, en abierta contradicción con la legislación vigente.

Es en este contexto, es que se reflexiona sobre la importancia de la despatologización como clave para el avance de los derechos, mencionando en qué consiste dicha deconstrucción social, cultural, ideológica e histórica que aun hoy es sostenida por diversas instituciones.

La patologización de las identidades trans en las instituciones de salud y su actitud expulsiva, así como los maltratos, las discriminaciones y exclusiones provenientes de instituciones escolares, judiciales, penales, y las violencias ejercidas desde el aparato represivo del estado contra la población trans, son catalogadas según la Ley N° 26.485 de Protección Integral a las Mujeres, extensiva a la población LGBTTTIQNB+, como violencias por motivos de género en su modalidad de violencia institucional.

El paradigma descripto y las violencias que origina, llevaron naturalmente a los sectores violentados a la lucha, en demanda de un cumplimiento real del formal derecho a la igualdad. A la fecha, y afortunadamente, existen grandes conquistas, manifestadas en el reconocimiento normativo (sea a través de la legislación interna, o bien en convenciones internacionales), que promueven distintas políticas públicas, a través de acciones positivas concretas para garantizar el efectivo goce de los derechos. Medidas todas necesarias, pero evidentemente aún insuficientes. Algunas, como veremos más adelante, proclaman derechos, pero pierden fuerza a la hora de implementarse.

En ese marco, se analizará el avance y logros obtenidos, señalándose en forma previa la importancia del triunfo que significó la despatologización, como quiebre de sentido de uno de los pilares del sistema que, por años, legitimaron gran parte de la opresión y discriminación sufrida. Sobre el final, traeré el concepto de derecho a la salud, para señalar extensión, y convertirlo en herramienta hermenéutica para la interpretación del nuevo bloque legislativo, que abre la puerta a un nuevo paradigma de igualdad.

## 1. La despatologización como clave para el avance en el reconocimiento de derechos

Bajo el prisma heterocispatriarcal, la ciencia médica desarrolla un papel fundamental. Así, el paradigma médico hegemónico patriarcal, binario, heteronormado está enervado por una mirada biologicista que engloba a un conjunto de conceptos, enfoques, teorías y también conocimientos de sentido común que sitúan a la biología y/o la naturaleza como el determinante causal último de fenómenos y hechos que, en la realidad, resultan más bien de la interacción entre lo cultural y lo social, lo simbólico, lo económico, lo político y las mismas definiciones sobre lo material o físico. Así es que se ha patologizado a las personas trans histórica y sistemáticamente.

Por eso es necesario un enfoque de despatologización de las personas trans que se basa en el reconocimiento del derecho a la Identidad de Género como un derecho humano que propone erradicar todo tipo de discriminación y patologización hacia las identidades, reconociéndolas, respetándolas sin necesidad alguna de documentación respaldatoria o requisito, comprobante médico, protocolo, diagnóstico o evaluación, para otorgar existencia a la identidad de la persona y reconocerla. Ésta no debe comprobar nada, ni desde un certificado ni desde intervenciones o modificaciones hormonales o quirúrgicas en su cuerpo, ya que, a la identidad, a la persona, al cuerpo nadie debe darle una existencia, no es necesario, simplemente porque ya existe.

En una franca alineación con esta tendencia, y tal como se verá más adelante, en la Ley de Identidad de Género (Ley N° 26.743) se establece como único elemento necesario para reconocer y respetar la identidad de género de una persona, a la autopercepción (arts. 3 y 4 de la norma aludida). En este sentido, queda en el centro de la escena la identidad autopercebida: cómo la persona decide ser nombrada, cómo desea expresarse, sentir, vivir su género, su sexualidad, su identidad debe ser respetada siempre.

El proceso de despatologización implica comprender que las identidades son diversas, fluctuantes, cambiantes, dinámicas y principalmente que las personas no poseen ningún trastorno mental, ni ninguna enfermedad o patología debido a su identidad de género autopercebida, debido a su orientación sexual o expresión de género, por ese motivo no se puede solicitar un diagnóstico médico en lo que respecta las identidades, simplemente porque no

existe ninguna enfermedad que diagnosticar.

## 2. Antecedentes normativos

La historia de lucha de las personas trans por la despatologización de sus identidades, por transformar estructuralmente sus condiciones de vida erradicando las violencias y por acceder efectivamente a los derechos -que aun hoy permanecen vulnerados- y que vengo describiendo en el presente trabajo, ha dado como resultado el dictado de una serie de normas (Leyes y Decretos) que a continuación, y para ir ya adentrándome en el objetivo específico del presente trabajo, creo necesario referirme en esta instancia.

Así, continuaré por mencionar puntualmente algunas de las medidas del marco normativo vigente, para pasar luego a abordar el aporte específico en la jurisdicción en la que presto servicios.

### 2. a) Ley de Identidad de Género N° 26.743

Tal como se anticipó párrafos arriba, el dictado de esta ley, significó un cambio profundo de la concepción y la posición de las personas trans y sus identidades, ya que pasan de ser objetos de patologización a ser sujetos de derecho, reconociéndolas como parte de la diversidad humana.

En este sentido, es interesante distinguir que los riesgos o peligros sobre la salud que padecen las personas trans, no provienen de ninguna enfermedad, sino de las estructuras sociales, culturales, políticas y económicas que perpetúan y reproducen violencias, exclusiones y discriminaciones hacia esta población, vulnerando histórica y sistemáticamente sus derechos y precarizando sus vidas.

Posicionarse desde un enfoque de la despatologización de las identidades trans y de todas las identidades diversas y disidentes, implica ampliar miradas que no se limiten al tradicional binomio varón-mujer y abandonar la presunción de la heterosexualidad obligatoria. Ninguna identidad de género, expresión de género u orientación sexual puede ser considerada una patología.

Para hacer efectiva a Ley de Identidad de Género, el Estado deberá garantizar las condiciones adecuadas para que la comunidad trans recupere los medios de enunciación, para hacer escuchar su voz. Este colectivo viene luchando desde hace décadas por su reconocimiento, la Ley fue un gran logro y avance, y hoy, es momento de implementarla efec-

tivamente y generar nuevos paradigmas desde el Estado en su conjunto, desde la salud, desde la educación, desde el empleo, desde la seguridad social y desde la conciencia de la sociedad civil toda.

Todo esto se logrará a través de políticas públicas interseccionales con perspectiva de derechos, de géneros y diversidades.

Por su parte, la Ley de Identidad de Género, impulsa la autodeterminación de la persona y desestima todo peritaje psico-médico: “*El enfoque de despatologización de las identidades trans supone reconocer a las identidades trans como parte de la diversidad humana, dejando de lado las categorías que las definen como una enfermedad o un problema. Significa abandonar la tradicional oposición binaria varón-mujer, y la presunción de heterosexualidad obligatoria, en función de una concepción que tenga en cuenta las trayectorias singulares de las personas en relación con modos fluidos de transitar y expresar la experiencia de los cuerpos, los géneros y las sexualidades*”<sup>1</sup>. Este quiebre del sentido común al que obliga el paradigma patriarcal, que generan estigma, discriminación, desigualdad y violencia, nos convoca ahora al reconocimiento de sujetos de derecho, con capacidad para decidir por sí y sobre sí mismas.

De esta manera, fruto de años de lucha en nuestro país del colectivo travesti/trans, la Ley de Identidad de Género sancionada en 2012, representa una enorme conquista del colectivo, por esta concepción despatologizante que encuentra en la autopercepción la suficiencia del sistema. Así, la ley no establece ningún tipo de procedimiento judicial, médico o tratamiento psicológico para las personas trans, así como tampoco exige ningún diagnóstico como requisito para el reconocimiento de la identidad en documentos públicos o en instituciones, y tampoco requiere modificaciones corporales para acceder al derecho de la Identidad de Género en documentos. La ley establece que en caso de que se solicite por decisión de la persona, se debe garantizar sin ningún tipo de impedimentos el acceso a modificaciones corporales, quirúrgicas u hormonales, siempre que surja del deseo de la persona, para solicitar estos cambios, tampoco es necesario presentar ningún requisito médico ni judicial.

La idea de la autopercepción, como mecanismo suficiente, no se corrobora en la legislación comparada, lo cual exalta aún más la importancia de la conquista argentina en análisis. En el derecho compa-

1 *Atención de la Salud Integral de personas trans. Guía para equipos de salud*, p. 47

rado, se observa que: “*Desde la década de 1970, en diferentes países, se sancionaron leyes para dar un reconocimiento estatal a las identidades trans. Así, sucedió en Suecia (1972), Alemania (1980), Italia (1982), Holanda (1985), Australia (1988 y 1993), Turquía (1988), Nueva Zelanda (1995), Finlandia (2002), Sudáfrica (2003), Reino Unido (2005), España (2007), Bélgica (2007), México DF (2008), Uruguay (2009) y Portugal (2011). Sin embargo, estas normativas autorizan el cambio registral de nombre y “sexo” en los documentos solo a aquellas personas que se someten a protocolos psico-médicos de evaluación y diagnóstico del género autopercebido. Esas leyes sostienen como requisito obligatorio la adecuación a las características físicas que se reconocen como socialmente típicas para cada género. Así, ponen requisitos como la esterilización, la modificación genital y la hormonización.*”<sup>2</sup>

Pionera en la materia, Argentina, y tal como se lee en la Guía precitada, “*La Ley de Identidad de Género vigente en Argentina pone en el centro la autopercepción y la vivencia de las personas sobre su propio cuerpo. No establece, a diferencia de lo que ocurre con las leyes de otros países, ningún tipo de tratamiento psicológico, protocolo o procedimiento médico (psiquiátrico, hormonal, quirúrgico u otro) como requisito para el reconocimiento de la identidad. A su vez, garantiza el acceso a las modificaciones corporales a través de la hormonización y/o intervenciones quirúrgicas, siempre y cuando sean expresamente decididas y solicitadas por la persona, sin necesidad de someterse a diagnósticos psiquiátricos, autorización judicial o cambio registral.*”<sup>3</sup>

## 2. b) DNU N° 721/2020. La antesala de la Ley de cupo

En 2020 el Poder Ejecutivo Nacional, en ejercicio de las facultades conferidas en el art. 99, inc. 1° de la Constitución Nacional, dictó el DNU N° 721 estableciendo que, en el sector público nacional, y en los términos del art. 8° de la Ley N° 24.156, los cargos de personal deberán ser ocupados en una proporción no inferior al 1% (uno por ciento) de la totalidad de estos, por personas travestis, transexuales

2 *Atención de la Salud Integral de personas trans. Guía para equipos de salud*, p. 19

3 *Atención de la Salud Integral de personas trans. Guía para equipos de salud*, p. 37



y transgénero, siempre que reúnan las condiciones de idoneidad para el cargo, debiendo ser asignado tal porcentual a las personas de los mencionados colectivos en cualquiera de las modalidades de contratación vigente (artículo 1°).

Así, la Argentina se comprometió en este primer momento al menos en la Administración Pública Nacional, a garantizar la inclusión laboral y el pleno goce de derechos de las personas trans, lo que implicó cumplir con los diversos instrumentos nacionales e internacionales de protección de los derechos humanos.

En ese sentido, la norma indica en sus considerandos que Argentina asumió el compromiso de respetar y garantizar que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos; que tienen todos los derechos y libertades sin distinción alguna de etnia, raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

En igual línea continúa diciendo: *“Que en el Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos y en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos los órganos de control y los organismos jurisdiccionales se han pronunciado en el mismo sentido al considerar que la identidad de género y su expresión, así como también la orientación sexual, constituyen categorías prohibidas de discriminación.”*<sup>4</sup>

Acertadamente, en el texto del DNU se recuerda la Opinión Consultiva N° 24 del 24 de noviembre de 2017 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que aseguró que *“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 vital 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”*<sup>5</sup>.

Como antecedente se destaca que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ya en año 2018, recomendó a los Estados el

4 Considerandos del DNU N 721/2020.

5 Considerandos del DNU N 721/2020.

desarrollo de *“estrategias coordinadas de forma intersectorial, articulando temas con base en múltiples factores, tales como educación, trabajo y seguridad social, alimentación, vivienda y salud, orientadas a garantizar la participación democrática y el empoderamiento de las personas LGBTI”*.<sup>6</sup>

Como se ve, el DNU vino a convertirse en una herramienta en pos de transformar el patrón estructural de desigualdad que perpetúa la exclusión de esta población que tiene una expectativa de vida de entre TREINTA Y CINCO (35) y CUARENTA (40) años aproximadamente.

En cuanto a las personas alcanzadas, en el art. 2° se ratifica que se encuentran comprendidas en las previsiones del decreto las personas travestis, transexuales y transgénero, hayan o no efectuado la rectificación registral del sexo y el cambio de nombre de pila e imagen a que refiere el art. 3° de la Ley N° 26.743.

Sin perjuicio de la aclaración realizada al principio del presente trabajo sobre las terminologías y las delimitaciones conceptuales de los sujetos involucrados (Ver punto 2.1), puede apreciarse que la distinción hecha en el artículo no es ociosa, máxime en el contexto de una sociedad patriarcal y heteronormativa.

El principio de no discriminación se plasma en la norma en su art. 3° estableciendo que toda persona incluida en el programa tiene derecho al trabajo digno y productivo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo, sin discriminación por motivos de identidad de género o su expresión, por lo que *“no podrán establecerse requisitos de empleabilidad que obstruyan el ejercicio de estos derechos”*.

El art. 4° lidia con la problemática de la terminalidad educativa y la capacitación, siendo un obstáculo tan frecuente para las personas de estos colectivos, que -como se indicara- suelen ver minado su acceso pleno a la formación por distintos motivos, estableciendo mecanismos para que dicha circunstancia no configure un obstáculo para el ingreso y permanencia en el empleo público.

A tales fines, se establece que, si las personas aspirantes a los puestos de trabajo no hubiesen completado su educación, en los términos del art. 16 de la Ley N° 26.206 de Educación Nacional, se permitirá su ingreso con la condición de cursar el o los niveles educativos faltantes y finalizarlos.

6 Considerandos del DNU N 721/2020.



Este artículo se colige como una típica acción positiva para paliar las desigualdades educativas y de formación del colectivo a la par que fomenta la finalización de los estudios.

En lo que hace al resto del personal y a las personas que ejerzan jefaturas, y con el fin de garantizar que otorguen trato igualitario a aquellas personas incluidas que terminen revistiendo bajo sus órdenes, el art. 5º establece la capacitación en género, ordenando que el Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad, en articulación con el Instituto Nacional de la Administración Pública, capaciten a las autoridades y al personal del Poder Ejecutivo Nacional para asegurar que la inclusión en los puestos de trabajo del Sector Público Nacional se realice en condiciones de respeto a la identidad y expresión de género de las personas.

El registro de aspirantes está reglamentado en el art. 6º, que dispone la creación del Registro de Anotación Voluntaria de Personas Travestis, Transexuales y/o Transgénero Aspirantes a Ingresar a Trabajar en el Sector Público Nacional, en el ámbito del Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad (MMGyD).

En este, que deberá materializarse adoptando todas aquellas medidas técnicas y organizativas que resulten necesarias para garantizar la seguridad y confidencialidad de los datos personales, se harán constar los perfiles laborales de las personas inscriptas en este y se pondrá a disposición de las Jurisdicciones y Entidades, las que deberán informar al Ministerio los puestos de trabajo vacantes y las ofertas de contratación de personal disponibles. El citado Ministerio, asimismo, deberá efectuar el seguimiento de la cantidad de cargos cubiertos, sobre los totales de cargos de la planta permanente y transitoria y sobre el total de los contratos existentes del Sector Público Nacional. La Secretaría de Gestión y Empleo Público de la Jefatura de Gabinete de Ministros será el encargado de enviar la información necesaria al MMGyD para el cumplimiento de las funciones de dicho Registro.

La inscripción en el Registro no se considerará requisito, en ningún caso, para el ingreso de personas travestis, transexuales o transgénero a un empleo en el Sector Público Nacional. Se trata de una cláusula acertada, que busca evitar la posibilidad de utilizar la falta de inscripción en el Registro como argumento o justificación para excluir de un puesto o vedar ingreso a aquellas personas que pudiesen estar en condiciones de obtenerlo, aun sin figurar en este.

El art. 7º, al que antes se hiciera referencia, dispone la creación

y funciones de la Unidad de Coordinación Interministerial, en el ámbito del MMGyD, cuyas funciones son, amén de la posibilidad de dictar su propio reglamento de funcionamiento (art. 8º): a. Elaborar el Plan de Implementación de las disposiciones del decreto, en el que se identifiquen y establezcan un diagnóstico inicial, los procesos, etapas, procedimientos, mecanismos de seguimiento y control, y plazos para su cumplimiento efectivo. b. Garantizar los mecanismos y procedimientos de coordinación interinstitucional necesarios para el cumplimiento efectivo del decreto. c. Garantizar los espacios de educación necesarios para las personas travestis, transexuales y/o transgénero que requieran completar los estudios obligatorios. d. Garantizar espacios de capacitación para el empleo y formación laboral que requieran las personas travestis, transexuales y/o transgénero. e. Promover mecanismos de acompañamiento para la permanencia en el empleo de las personas travestis, transexuales y/o transgénero. f. Proponer al Ministerio de Mujeres, Géneros y Diversidad medidas de sensibilización, guías de actuación y capacitaciones específicas para las áreas de gestión de los recursos humanos de los organismos comprendidos en el art. 1º del decreto, para la prevención de comportamientos discriminatorios y con el fin de que se promueva el trato digno e igualitario. g. Promover espacios de coordinación y participación de las entidades gremiales con representación en el Sector Público Nacional. h. Promover instancias de participación de las organizaciones de la sociedad civil con competencia en la materia para la implementación del decreto.

La Unidad de Coordinación Interministerial estará conformada por representantes del MMGyD, la Secretaría de Gestión y Empleo Público de la Jefatura de Gabinete de Ministros, el INADI y el Ministerio de Educación. Cada organismo designará DOS (2) representantes con rango no inferior a director o directora nacional, pudiéndose, además, invitar a formar parte de este a otros organismos de la Administración Pública Nacional, en caso de considerarlo necesario (art. 9º). Para los demás aspectos referidos a la reglamentación de DNU (normas reglamentarias y complementarias), se faculta al MMGyD en forma conjunta con la Secretaría de Gestión y Empleo de la Jefatura de Gabinete de Ministros (art. 10).

## 2. c) Ley N° 27.636 de Promoción de Acceso al Empleo Formal para Personas Travestis, Transexuales y Transgénero “Diana Sacayán-Lohana Berkins”

En 2021 se sancionó la Ley de Promoción de Acceso al Empleo Formal para Personas Travestis, Transexuales y Transgénero, y propende ampliar los derechos ya proclamados en el Decreto N° 721/2020. ¿De qué forma? Haciendo extensivo el deber de ocupación del cupo: “*El Estado nacional, comprendiendo los tres poderes que lo integran, los Ministerios Públicos, los organismos descentralizados o autárquicos, los entes públicos no estatales, las empresas y sociedades del Estado...*” (art. 5°); y, asimismo, invitando a adherir a la misma a las Universidades nacionales (art.20) y a las Provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 21).

Conforme la letra del plexo normativo, además de tener la responsabilidad de monitorear el cumplimiento de la ley, el Ministerio debe planificar y desarrollar políticas públicas que garanticen el acceso y promuevan el empleo formal de personas travestis, transexuales y transgéneros en el sector público, en el privado, y en estructuras de la sociedad civil.

El MMGyD concreta la formación sobre la normativa a través del programa “Promoción del acceso y permanencia laboral TTT en el sector público”.

Además, el organismo señaló que realizó más de 135 jornadas de asistencias técnicas a sindicatos, empresas y organizaciones de la sociedad civil, para asesorar sobre la implementación del cupo laboral travesti trans y el Registro Único de Aspirantes “Diana Sacayán-Lohana Berkins”.

Como ya lo he mencionado a lo largo del presente trabajo, la ley establece que todos los Organismos del Estado nacional deben ocupar en una proporción no inferior al 1% de su planta de personal a personas travestis, transexuales y transgénero.

## 2. d) El derecho a la salud, como plataforma irrenunciable de exigencia.

Para concluir este bloque de conquistas, reconocimiento legal y convencional, entiendo oportuno hacer una referencia al concepto de derecho a la salud y qué consensos existen hoy respecto

de su extensión para el especial supuesto de los sujetos involucrados en este trabajo.

Ello así, debido a que encuentro en su entendimiento y reconocimiento, una herramienta hermenéutica para interpretar todo el sistema. El derecho a la salud se presenta, en mi visión, como un marco irrenunciable de derechos desde el cual corresponde analizar -aún- el derecho de acceder al trabajo, como se verá seguidamente.

Así entiendo que existe un nexo indisoluble entre la salud (o su ausencia) y la violencia sistemática ejercida por las instituciones -entre las que lógicamente transcurren las relaciones laborales-. Esta relación de términos (salud – acceso al trabajo) sobrevuela entre las ideas rectoras con las que deben leerse tanto el desarrollo como las conclusiones del presente trabajo, de donde cada vez que se mencione la necesidad de dar cumplimiento a la Ley de Cupo, y la consiguiente oportunidad de acceder a un empleo digno, deberá tenerse presente que su incumplimiento atenta también contra la salud del colectivo, derecho humano indiscutidamente irrenunciable (Constitución Nacional -arts. 14 bis, 16, 33, art. 75 inc. 22-, art. II de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, Preámbulo, art.2, art.7 y 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, arts. 1 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), arts. 2, 7 y 8 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, arts. 2, 3, 22 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, arts. 1 y 5 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación racial, arts. 1, 11 y 13 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención de los derechos del Niño) .

La Guía para equipos de salud de Atención de Personas trans del Ministerio de Salud de la Nación, nos brinda un concepto de Salud, desde su dimensión integral, a consciencia de la situación de las personas trans, sus condiciones materiales de existencia, la precarización de sus vidas y la vulneración de sus derechos en nuestro país.

En el mencionado documento se expresa que el acceso a los derechos es un aspecto básico de una vida saludable, y que las violencias, exclusiones y discriminaciones ejercidas histórica y sistemáticamente desde las instituciones hacia las personas trans, son factores que atentan contra su salud: “*Se entiende la salud integral como un completo estado de bienestar físico, mental y social, y no meramente la ausencia de afecciones o enfermedades. La salud individual y co-*

*lectiva se define, entonces, a través de complejas interacciones entre procesos biológicos, ecológicos, culturales, económicos, políticos y sociales, por lo que el acceso a la educación, al trabajo y a la inclusión social y ciudadana aparece como aspecto básico de una vida saludable*<sup>7</sup>. Concluye la Guía en la idea de que resulta inexorable tener en cuenta la precarización histórica que ha recaído sobre las vidas de las personas trans, debido a que las instituciones, de manera recurrente, las excluyeron o expusieron a condiciones discriminatorias y/o violentas.

De esta manera, el acceso a la salud se presenta como la plataforma básica y primera, legal y convencional, desde la cual hacer pie para exigir también la oportunidad de acceder a un trabajo digno, y para cuestionar la falta de implementación de la Ley de Cupo, objeto del presente.

## LA IMPLEMENTACIÓN DE LA LEY N° 27636 EN LA UNIDAD DE INFORMACIÓN FINANCIERA: LA HORA DEL ACTIVISMO ADMINISTRATIVO EN LA ADECUACIÓN DEL DERECHO INTERNO

### 1. Análisis del estado de situación. Identificación del problema

De acuerdo con la normativa vigente, que ha sido analizada en los puntos anteriores, en este apartado se analizará su implementación en el Organismo en el cual me desempeño.

En efecto, pese a tratarse de una de las oficinas destinatarias del mandato, primero del Decreto N° 721/2020, y ahora reforzado por la Ley N° 27.636- la UIF aún no pone en marcha las medidas de acción necesarias, para que la política de igualdad en el acceso al empleo a la que apuntan las normas, se garantice en la realidad de los hechos. Es por ello que en este apartado, me propongo formular una propuesta de mejora.

### 2. Pronóstico: consecuencias de la inacción. Responsabilidades del Estado.

Han pasado más de dos años ya desde la entrada en vigencia

<sup>7</sup> Atención de la Salud Integral de personas trans. Guía para equipos de salud, p. 43.

del Decreto aludido, cuyo contenido -insisto- no sólo se vio ratificado en su totalidad por una ley posterior, sino que ésta redobló su vocación de implementar esta política pública, al extenderla a todos los poderes del Estado.

Cabe aquí analizar qué efectos tiene (o podría eventualmente traer), este estado de impavidez, porque lejos de resultar inocuo, el mismo expone al Estado a afrontar responsabilidades ante el incumplimiento de sus compromisos asumidos en materia de derechos humanos, en el terreno internacional. El Sistema Interamericano de Derechos Humanos, al que pertenecemos a partir de la suscripción del Pacto de San José de Costa Rica -elevado a jerarquía constitucional desde 1994- implica la singularidad de someter a los Estados Parte a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derecho Humanos, quien se encuentra legitimada para eventualmente condenarlos, frente a los incumplimientos. Esta idea rectora (o sea, la amenaza de afrontar responsabilidades) debe siempre sobrevolar el análisis, a la hora de preguntarnos respecto de los tiempos de implementación, y respecto de a quiénes corresponde romper la inercia del “no cumplimiento”, y accionar en pos de la remoción de barreras que impidan el goce y ejercicio de los derechos reconocidos. El Estado argentino asumió la obligación de adaptar su derecho interno (art. 2 del ya citado Pacto de San José de Costa Rica), y ello conlleva lógicamente, no sólo el dictado de normas que reconozcan formalmente lo exigido en el Pacto, sino también -y fundamentalmente- velar por el efectivo goce de los derechos consagrados.

Vale a esta altura volcar alguna de las interpretaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en esta materia. Así, en agosto de 2020 la CIDH y la REDESCA -Relatoría especial sobre los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales- publicaron el “Informe sobre personas trans y de género diverso y sus derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA)”, en el que luego de analizar el cuadro de situación de la región y sus avances, culminan brindando recomendaciones para los Estados Parte: en lo que aquí interesa, se reitera la importancia de que algunos de los Estados Miembros de la OEA hayan adoptado diversas medidas legislativas, judiciales, ejecutivas y políticas públicas que reconocen a la identidad de género y a la expresión de género como categorías prohibidas de discriminación, así como otras acciones específicas que habilitan el reconocimiento legal de la identidad de género mediante la rectificación de documentos de identidad; en

línea con los avances que vimos en nuestro país. Pero luego insiste en la importancia de implementar marcos normativos y políticas públicas que explícitamente atiendan los efectos de la exclusión. Y es eso lo que busca este trabajo.

Específicamente en lo que respecta al derecho al trabajo, luego de la recomendación general de respetar y garantizar el empleo, encomienda el diseño de políticas enfocadas en la empleabilidad de las personas trans, que incluya el acceso a la promoción y ascenso, y el derecho al acceso a la formación profesional y al readiestramiento, incluido el aprendizaje, la formación profesional superior y el adiestramiento periódico.<sup>8</sup>

### 3. Herramientas disponibles para el cambio. Sujetos legitimados. Activismo como *leitmotiv*

Frente a este escenario, sugiere Florencia Guimaraes García “*Es una gran deuda de la democracia garantizar un verdadero cupo laboral travesti/trans, y quizás deberían ser los organismos públicos amigables con nuestra comunidad los primeros en trabajar por nuestro acceso al trabajo en sus espacios como una forma de promover estas acciones en otras dependencias a las que no hemos tenido acceso históricamente*”<sup>9</sup>.

Encuentro acertada esta manera de abordar el desafío, y entiendo oportuno dotar aquella recomendación, con una herramienta práctica: la interpelación a los agentes de la Administración a un activismo, en pos de la eficacia del sistema del que son parte. En este sentido, veo necesario incentivar, desde el interior de cada dependencia de la Administración, la implementación de esta política pública, haciendo uso de las herramientas existentes, con el fin de volverla una realidad. Preguntarnos: qué puedo hacer yo, como agente y parte integrante del Estado, para participar en el cumplimiento del mandato constitucional y convencional que nos

8 CIDH, “Informe sobre Personas Trans y de Género Diverso y sus derechos económicos, sociales, culturales y ambientales”, (OEA/Ser.L/V/II.Doc.239, 7 agosto 2020), párr. 413. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/PersonasTransDESCA-es.pdf>.

9 Guimaraes, Florencia. “Basta de travesticidios” en Blas Radi y Mario Pecheny *Travestis, mujeres transexuales y tribunales: hacer justicia en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, (Buenos Aires: Jusbaire, 2018) p. 139.

indica adoptar las medidas necesarias para adaptar el derecho interno (derecho que incluye, lógicamente, las normas de estructura de los distintos organismos públicos).

Es el objetivo de este trabajo, el desafío de salirme del conformismo y aceptación del *statu quo*, como si se tratara de un orden natural dado por alguien más; y dejar de esperar respuestas y modificaciones externas, fatales y ajenas a mi voluntad, para asumir un rol comprometido y activo, en miras a construir un Estado más inclusivo, representativo y justo. Ello, desde mi lugar de trabajo, y en cumplimiento de las atribuciones que la pertenencia a un cargo o puesto en la Administración -cualquiera sea su jerarquía-, implica.

Encontramos en el propio derecho administrativo las herramientas para que los propios agentes arbitren cambios dentro de sus organismos, máxime cuando ello responde al cumplimiento de una voluntad legislativa, que -como en el caso de marras- aporta precisiones prácticamente reglamentarias, en punto a su implementación. Para ello, será necesario recurrir a los institutos y principios que nutren a esta rama del derecho, como el de oficiosidad y legalidad de los actos administrativos, para modificar las estructuras internas. Entendiendo que todo el actuar de la administración está subordinada al principio de legalidad, que ordenan al Estado a desenvolverse en un todo de acuerdo con la ley y la Constitución, el no cumplimiento de la claridad de la norma, atenta contra tal mandato. De allí, que “*como un especial desprendimiento del principio de la legalidad objetiva y directamente vinculado con la impulsión de oficio, existe también el principio de que la administración está obligada a considerar todo posible vicio de ilegitimidad que el acto atacado contenga*”<sup>10</sup>. De esta manera, advirtiéndose un vicio en los actos que regulan la estructura de un Organismo, la Administración cuenta no sólo con las herramientas, sino con la obligación de resolverlo.

Insisto aquí, en la noción de activismo administrativo, en pos de una Administración comprometida con la eficacia, y con la construcción de un sistema a la altura de los estándares convencionales asumidos (ya analizados párrafos arriba), que en la práctica se traducen hoy a dar cumplimiento con la ley de cupo laboral travesti/trans en las proporciones que, como mínimo, por ella son establecidas. Sos-

10 Gordillo, Agustín, *Tratado de derecho Administrativo y obras selectas. Tomo 5*. (Buenos Aires: Fundación de derecho administrativo, 2012. Primera Edición). PRA-II-4.



tengo así, que existe la oportunidad de tomar la iniciativa desde el interior del Organismo.

#### 4. Propuesta. Camino para llevarse a cabo:

##### 4. a) Modelo a seguir. Experiencias empíricas similares exitosas:

La implementación de la Ley N° 27.636 en la UIF necesitará, indudablemente del dictado de actos administrativos que la tornen legalmente válida. Pues bien, un posible primer paso, consistirá en la elaboración de un acto, emanado de la máxima autoridad, a través del cual se cree lo que propongo se denomine “Unidad de Políticas de Género”.

##### 4. b) Propuesta de estructura del acto a dictarse:

###### I) Primer considerando

Así, tomando tal experiencia como modelo, se propone a continuación que la formulación del acto administrativo requerido, entre sus considerandos, tome como punto de partida la enunciación de los plexos sobre los que se basan los derechos a la igualdad y a la no discriminación, comenzando por identificar que se encuentran reconocidos en la Constitución Nacional (CN, artículos 16° y 75° inciso 23), como así también en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos a los que se les reconoce igual jerarquía normativa (art. 75° inciso 22 CN), entre ellos, la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 2°); la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (artículo 2°); la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 1°, 2°, 13°.5, 17°.4 y 24°); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículos 2°.1, 3°, 20°.2, 23°.4, 24°.1 y 26°); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículos 2°.2 y 3°); la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (artículo 5°); la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 2°) y la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (artículos 2°, 3° y ss.).

Dentro de la normativa referida a la materia en lo particular, es menester traer a colación también aquellas normas sancionadas con el fin de garantizar el pleno ejercicio y goce de los derechos humanos

de las mujeres, a raíz de reconocer la existencia de múltiples factores estructurales que perpetúan la discriminación.

Así, comenzaría por mencionar la Ley N° 23.179<sup>11</sup> sobre aprobación de la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW<sup>12</sup>). Es importante destacar que el Comité CEDAW recomendó a nuestro país la elaboración de políticas públicas y la adopción de medidas especiales de carácter temporal para lograr la igualdad sustantiva entre mujeres y varones en todos los ámbitos en los que las mujeres sigan estando en desventaja o insuficientemente representadas<sup>13</sup>, particularmente respecto a la participación en la vida política y pública, y en los ámbitos de educación, empleo y salud -especialmente respecto a la salud sexual y reproductiva-. Entre otras recomendaciones, instó a crear más oportunidades para que las mujeres y colectivo LGTTTBIQNB+ puedan acceder a empleos formales, fortalecer y extender un sistema público de cuidados integral, garantizar su representación en cargos sindicales y del sector público y privado, y asegurar el acceso a servicios de interrupción legal del embarazo y sin riesgo, y atención post aborto.

Posteriormente corresponde citar la Ley N° 24.632 sobre aprobación de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, conocida como “Convención de Belém do Pará”. El instrumento sitúa a la violencia contra las mujeres en la agenda regional, siendo pionero en formalizar su definición como una violación específica y reconocer de manera explícita el derecho humano a una vida libre de violencias.

La Convención prescribe que el derecho de las mujeres a vivir una vida libre de violencias incluye el derecho a ser valoradas y educadas libres de patrones estereotipados de comportamiento, prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación (artículo 6). En este punto cabe agregar que la CIDH ha

11 Este articulado convencional impone la obligación general de condenar la discriminación contra las mujeres, por lo que se deben adoptar las medidas apropiadas en todas las esferas del Estado para asegurar el pleno desarrollo y adelanto de las mujeres en pos de garantizar la igualdad entre los géneros.

12 La CEDAW fue la primera convención internacional en reconocer específicamente los derechos humanos de las mujeres y estipular la obligación estatal de adoptar todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra las mujeres y modificar los patrones socioculturales que la explican

13 CEDAW, “Observaciones finales sobre el séptimo informe periódico de la Argentina, 2016”, (CEDAW/C/ARG/CO/7), párr. 17.



precisado que los estándares interamericanos en materia de género comprenden, a su vez la protección de LGBTI+, aunque la orientación sexual y la identidad de género no estén expresamente incluidas en la Convención de Belém do Pará.<sup>14</sup>

Sin perjuicio de tratarse de normas de “ley suave” (soft law<sup>15</sup>), no quiero dejar de mencionar el aporte realizado en la materia por parte del Consejo Económico y Social de la Organización de las Naciones Unidas (ECOSOC) que profundiza sobre el concepto de transversalización de la perspectiva de género, al que entiende como un proceso de valoración de las *“implicaciones que tiene para los hombres y para las mujeres cualquier acción que se planifique, ya se trate de legislación, políticas o programas, en todas las áreas y en todos los niveles, (...) para conseguir que las preocupaciones y experiencias de las mujeres, al igual que las de los hombres, sean parte integrante en la elaboración, puesta en marcha, control y evaluación de las políticas y de los programas en todas las esferas políticas, económicas y sociales, de manera que (...) puedan beneficiarse de ellas igualmente y no se perpetúe la desigualdad”*.<sup>16</sup>

## II) Segundo considerando

Ahora bien, luego de la normativa referida en el acápite que antecede relativa a la protección de los derechos humanos, en el acto administrativo que propicio deberá indicarse que la Argentina asumió el compromiso de respetar y garantizar que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos; que tienen todos los derechos y libertades sin distinción alguna de etnia, raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

14 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *“Violencia Contra Personas Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex en América”*, OAS/Ser.L/V/II.rev.2 Doc. 36, 12 de noviembre 2015, párr. 52.

15 A pesar de que legalmente hablando, existen instrumentos que no son tratados internacionales como los “pactos”, “protocolos” o “convenciones”, y por ende se entiende que en sí no son vinculantes, la mayoría incluye principios y normas contenidas en instrumentos internacionales que sí son vinculantes.

16 ECOSOC *“Mainstreaming a gender perspective into all policies and programmes in the United Nations system”* (Agreed Conclusions 1997/2).

Para reforzar el criterio sobre la interpretación normativa, insisto en referir que los Instrumentos sobre derechos humanos son, extensivos y de una lectura amplia de hacia toda la población LGBTTTI-QNB+, entendiéndolos como instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales; llevando a los órganos de control y organismos jurisdiccionales a pronunciarse en relación con los derechos a la igualdad y no discriminación de ese colectivo. Por ello interpreto que ya el bloque consagrado por cuestiones de género en relación a las mujeres, también es de aplicación a la colectividad travesti, transexual y transgénero motivo por el cual tiene que ocupar un segundo *considerando* en las normas y aprovechar su contenido.

En esa tesitura, cabe destacar especialmente la Opinión Consultiva N° 24 emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 24 de noviembre de 2017, donde aseguró que *“la orientación sexual y la identidad de género, así como la expresión de género son categorías protegidas por la Convención”*. En consecuencia, determinó que el reconocimiento de la identidad de género por parte del Estado *“resulta de vital 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”*; y que *“es necesario que los Estados garanticen el acceso a todas las figuras ya existentes en los ordenamientos jurídicos internos, incluyendo el derecho al matrimonio, para asegurar la protección de todos los derechos de las familias conformadas por parejas del mismo sexo, sin discriminación con respecto a las que están constituidas por parejas heterosexuales”*.

En la precitada opinión consultiva, ocupan un espacio de suma relevancia los *“Principios de Yogyakarta sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos con relación a la orientación sexual y la identidad de género”*, presentados en 2007 ante el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas; actualizados y ampliados diez años más tarde por los *“Principios de Yogyakarta plus 10”*; instrumentos claves para alcanzar una comprensión sólida del sistema internacional de derechos humanos en toda su extensión y cómo se aplica a las cuestiones de orientación sexual e identidad de género.

Sobre la situación de la nuestro país, el Experto Independiente

sobre Orientación Sexual e Identidad de Género de las Naciones Unidas, en el año 2017, recomendó que *“En lo que respecta a los mecanismos, el personal y los recursos, las autoridades, en colaboración con otros agentes, deberían: (...) b) Establecer, identificar y/o fortalecer las unidades especiales y/o el personal especializado para combatir la violencia y la discriminación, también en lo que respecta a la orientación sexual y la identidad de género, proporcionando formación y apoyo específicos”*.<sup>17</sup>

### III) Tercer considerando. Antecedentes normativos internos de la República Argentina

Continuando con el Cuerpo normativo sustento de la creación de la Unidad que propongo, es dable pasar a enunciar que, en armonía con la obligación internacional sobre adecuación del derecho interno, la Argentina sancionó la Ley N° 26.485 de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en todos los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, que en lo que respecta a los derechos protegidos, remite de manera expresa a los reconocidos por la CEDAW y la Convención de Belém do Pará, ya referenciados. Asimismo, brinda una definición amplia de violencia contra la mujer, enuncia y conceptualiza los tipos y modalidades comprendidas, y enumera los principios rectores de las políticas públicas para garantizar el respeto irrestricto del derecho a igualdad entre mujeres y varones.

Siguiendo con la enunciación legislativa deberá indicarse que, posteriormente, la sanción de la Ley N° 26.743 de identidad de género reconoció el derecho humano al libre desarrollo de toda persona conforme a su identidad de género, a ser tratada de acuerdo con su identidad de género y, en particular, a ser identificada de ese modo en los instrumentos que acreditan su identidad respecto de el/los nombre/s, imagen y sexo con los que allí es registrada.

En este sendero, es menester plasmar que considerando a la obli-

<sup>17</sup> Consejo de Derechos Humanos, *“Informe del Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género acerca de su misión a la Argentina”* (38° período de sesiones 18 de junio a 6 de julio de 2018 Tema 3 de la agenda Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo), p.20.

gación de alcanzar la igualdad entre los géneros como un objetivo prioritario de gobierno, cuya concreción requiere de la conformación de una instancia de trabajo interministerial que permita su tratamiento en forma transversal e integral, el Poder Ejecutivo Nacional dictó el Decreto N° 680 en fecha 17 de agosto de 2020 por el que creó el GABINETE NACIONAL PARA LA TRANSVERSALIZACIÓN DE LAS POLÍTICAS DE GÉNERO, en la JEFATURA DE GABINETE DE MINISTROS, con la finalidad garantizar la incorporación de la perspectiva de género en el diseño e implementación de las políticas públicas nacionales.

### IV) Parte Resolutiva

Culminando con este racconto de fuentes de derecho, cabe indicar que, por todo lo expuesto, resulta menester la creación de lo que propongo se denomine “Unidad de Políticas de Género” a efectos de cumplir con las obligaciones asumidas internacionalmente y de fortalecer un nuevo paradigma en la forma de concebir, planificar y ejecutar las políticas públicas, en las que la UNIDAD DE INFORMACIÓN FINANCIERA es competente, con perspectiva de género, de diversidad sexual e identidad de género.

Finalizada la exposición de motivos, el Presidente del Organismo resolverá crear la Unidad de Políticas de Género, fijará sus objetivos y funciones y establecerá su conformación.

A continuación, sugiero un posible articulado de la parte resolutive del acto administrativo en cuestión, a saber:

*“ARTÍCULO 1°.- Créase la UNIDAD DE POLÍTICAS DE GÉNERO de la UNIDAD DE INFORMACIÓN FINANCIERA, la que funcionará como instancia de gestión estratégica para alcanzar la igualdad sustantiva entre los géneros y el respeto por la diversidad sexual e identidad de género en todas las dependencias de este Organismo.”*

*“ARTÍCULO 2°.- La UNIDAD DE POLÍTICAS DE GÉNERO tendrá como objetivo general contribuir a transversalizar la perspectiva de género, diversidad sexual e identidad de género en la actuación de la UNIDAD DE INFORMACIÓN FINANCIERA; para lo cual se fijan los siguientes objetivos específicos: a. visibilizar las formas múltiples e interseccionales de discriminación, contra las personas con discapacidad, basadas en el género, la orientación sexual y/o la identidad de género; b. optimizar las herramientas y recursos*

técnicos, humanos y financieros de la UNIDAD DE INFORMACIÓN FINANCIERA para mejorar la capacidad de respuesta y aumentar los niveles de eficacia en el abordaje de las situaciones de discriminación por razones de género, orientación sexual y/o identidad de género; c. coadyuvar a que el funcionamiento de la UNIDAD DE INFORMACIÓN FINANCIERA se ajuste a los compromisos internacionales asumidos por el Estado argentino en materia de igualdad entre los géneros y respeto por la orientación sexual e identidad de género, teniendo en consideración los pronunciamientos provenientes de los respectivos órganos de aplicación y monitoreo.”

“ARTÍCULO 3º.- Para el cumplimiento de los objetivos fijados, la UNIDAD DE POLÍTICAS DE GÉNERO tendrá las siguientes funciones: a. impulsar la aplicación de la perspectiva de género, diversidad sexual e identidad de género en la planificación, implementación, monitoreo y evaluación de todas las políticas, planes, programas y proyectos de competencia de la UNIDAD DE INFORMACIÓN FINANCIERA; b. promover la coordinación y coherencia entre las diferentes Direcciones de la UNIDAD DE INFORMACIÓN FINANCIERA en materia de igualdad entre los géneros y respeto por la diversidad e identidad de género; c. promover los procesos de revisión y actualización de las normas, prácticas y/o criterios de actuación de la UNIDAD DE INFORMACIÓN FINANCIERA, para fortalecer la institucionalidad y abordar de manera eficaz las cuestiones de género y diversidad sexual e identidad de género; d. elaborar los informes exigidos por los organismos de control, nacionales e internacionales, en torno a las obligaciones relativas a la igualdad entre los géneros y el respeto por la diversidad sexual e identidad de género en la UNIDAD DE INFORMACIÓN FINANCIERA; e. instar el desarrollo de espacios de capacitación y especialización de los recursos humanos necesarios para prevenir comportamientos discriminatorios, promocionar la igualdad de oportunidades entre los géneros y promover el respeto por la orientación sexual e identidad de género en la UNIDAD DE INFORMACIÓN FINANCIERA; f. evaluar el desempeño de la UNIDAD DE INFORMACIÓN FINANCIERA en relación con los estándares internacionales y nacionales sobre igualdad entre los géneros y respeto por la diversidad sexual e identidad de género; g. elevar a la presidencia de la UNIDAD DE INFORMACIÓN FINANCIERA informes de gestión acerca de su actividad y funcionamiento; h. proponer cualquier otra medida que considere adecuada para alcanzar los objetivos encomendados en el

artículo anterior.”

“ARTÍCULO 4º. – La UNIDAD DE POLÍTICAS DE GÉNERO será presidida por la máxima autoridad de la UNIDAD DE INFORMACIÓN FINANCIERA que sea mujer o persona LGBTI+ y reúna los requisitos de idoneidad, a razón de la trayectoria profesional, académica y/o de gestión en la promoción de los derechos de las mujeres y/o personas LGBTI+; y estará conformada por al menos UNA (1) persona representante de cada Dirección de este organismo con versación y/o interés en la temática. Cada Dirección deberá, a su vez, designar UNA (1) persona suplente.”

“ARTÍCULO 5º. – A los fines del cumplimiento de las funciones que tiene asignadas, la UNIDAD DE POLÍTICAS DE GÉNERO podrá invitar a otros organismos de la Administración Pública Nacional, asociaciones sindicales, organizaciones de la sociedad civil con competencia en la materia y personas expertas en la temática. Asimismo, podrá prever instancias de participación y consulta directa con mujeres y personas LGBTI+ y otras personas que tengan interés en aportar a los objetivos de la UNIDAD.”

“ARTÍCULO 6º. – La UNIDAD DE POLÍTICAS DE GÉNERO establecerá su modo de funcionamiento interno.”

## CONCLUSIONES

Ha quedado evidenciado que existe desde mucho tiempo una desigualdad sistemática que compromete a las personas trans, llevándolas a la exclusión y a la discriminación. Esta es la realidad cotidiana, impuesta desde el heterocispatriarcado.

El Estado es consciente de ello, y en la línea de promover una igualdad sustancial de todos sus habitantes, asumió compromisos internacionales -citados párrafos arriba- a fin de tomar acciones positivas en tal sentido. Las conquistas del colectivo hoy en día son muchas, y bienvenidas.

El hecho de que existan, en la Argentina actual, políticas concretas dirigidas a la promoción del ingreso de determinados grupos vulnerables a programas de empleo, como también resulta esperanzador, no sólo porque se trata de políticas públicas sociales impregnadas del principio de progresividad y de justicia social, sino porque apuntan a la integración de un sector de la ciudadanía históricamente marginado, invisibilizado y violentado.

La Ley de cupo laboral trans es un gran paso, ya que histórica-

mente la colectividad, ha sufrido la más cruda discriminación. Vidas signadas por hogares excluyentes y expulsivos, de niñas desamparadas; continuando por el ámbito educativo, donde son castigadas y desvalorizadas. Personas con su futuro condenado, y con gigantes obstáculos para lograr el acceso a un trabajo formal y estable. Son personas criminalizadas por sus maneras de trabajar, que hacen que salir a la vía pública sea un acto de supervivencia.

A todas estas terribles circunstancias, deben sumarse las expectativas de una sociedad que pretende que personas travestis y trans cumplan con determinados estereotipos corporales impuestos por el binarismo, replicando la hegemonía de hombres y mujeres cis. Esta demanda invisible, obliga indefectiblemente a llevar tratamientos hormonales y de salud por fuera del sistema médico (que también les excluye), para readecuar la corporalidad. Todos estos maltratos cotidianos se amalgaman, entre consumo problemático de sustancias psicoactivas, abusos sexuales reiterados, noches en comisarías. Así transcurre la constante y sistemática discriminación, en violación absoluta de todos los derechos humanos de este grupo de personas.

Vale aclarar que con este trabajo no pretendo caer en el debate con relación a la aptitud del cuerpo normativo empleado (DNU y Ley) o del contexto económico, social e histórico en el que surgen las últimas normas (pandemia mundial COVID-19), en vistas a lo hasta aquí expuesto, se revela no solo como irrelevante, sino también carente de empatía y buena fe, al ser argumentos usados -sin sorpresa ni excepciones- por los usuales detractores de los derechos de los vulnerados, para plantear una contraofensiva a la ampliación de prerrogativas.

Puntualmente enfatizo que, frente a todo este escenario de indignidad, la posibilidad de acceso a un trabajo formal representa un logro importantísimo. Y garantizar este piso mínimo será uno de los caminos infranqueables que nos conducirá a la transformación de un patrón que la misma sociedad ha construido, y que ha llevado a la colectividad a la criminalización y a la estigmatización permanente.

Ahora bien, la lucha ha alcanzado muchas conquistas, y se cuenta con herramientas legales consagradas. Sin embargo, no vemos su implementación: aquí se observa un problema. Se “consagran” derechos, que luego no se cumplen.

El objetivo de este trabajo final, con el que culmino un recorrido por todos los rincones del derecho administrativo, tiene por objetivo interpelar a quienes formamos parte del Estado. Recon-

ocernos como el sujeto a quien el propio Pacto de San José de Costa Rica se dirige. Nos habla a nosotres, las personas que conformamos esta organización enorme y potente. Somos nosotres les encargades de tomar esas medidas para adaptar nuestro derecho, desde nuestro lugar, bien sea peticionado a las autoridades, bien sea proponiendo, bien sea exigiendo.

Como profesionales del derecho, es nuestra responsabilidad involucrarnos para que se realicen los cambios necesarios a fin de investigar, juzgar y legislar con perspectiva de género, que incluya las particularidades y especificidades en la diversidad de géneros, saliendo del preconcepto binario que invisibiliza y obstaculiza los casos que involucran a la comunidad trans.



## NORMATIVA DISCIPLINARIA Y VIOLENCIA DE GÉNERO

### Análisis comparativo de la normativa disciplinaria entre el personal civil no docente y el militar del Ejército Argentino respecto de la violencia de género en el ámbito laboral

JOAQUÍN IGNACIO SABATÉ CASTILLO<sup>1</sup>

Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados y Abogadas del Estado |  
Octubre 2023 | Año 7 N° 9 | Buenos Aires, Argentina (ISSN 2796-8642) |  
pp. 218-244

**Resumen:** La violencia de género es un problema que se manifiesta en todas las organizaciones y por lo cual se dictan regulaciones para combatirla. El presente trabajo aborda la normativa internacional y nacional existente, así como la específica del Ejército Argentino de aplicación en los casos de violencia de género en el ámbito laboral. Se divide según la naturaleza del vínculo que une al personal con el Estado Nacional; para, luego de señalar avances en la materia, poner en comparación ambos órdenes evidenciando posibles mejoras en base a una hipótesis de conflicto. Así, la exposición y comparación resulta beneficiosa como base para un futuro trabajo de campo sobre el impacto de cada modificación normativa.

**Resume:** Gender-based violence is a pervasive issue across all organizations, thus regulations have been enacted to combat it. This paper addresses the current international and national regulations, as well as the specific provisions of the Argentine Army that apply to cases

<sup>1</sup> Abogado egresado de la Universidad Nacional de Córdoba (UNC), Especialista en Abogacía del Estado por la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado (ECAE), Diplomado en Género y Gestión Institucional por la Universidad Nacional de la Defensa (UNDEF), actualmente se desempeña como oficial del Ejército Argentino con el Grado de Teniente Primero Auditor.



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

of gender-based violence in the workplace. It is divided according to the nature of the employment relationship between employees and the government. After outlining advancements in the field, the regulations are compared to identify potential enhancements based on a hypothetical conflict. The comparison serves as a valuable basis for future research on the effects of regulatory amendments.

**Palabras Clave:** Violencia de Género; Derecho Disciplinario; Derecho Militar; Análisis comparativo.

**Keywords:** gender violence; disciplinary law; Military law; comparative analysis

## 1. INTRODUCCIÓN

El derecho de las mujeres a tener una vida libre de violencias ha tenido un desarrollo normativo importante en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos lo que ha repercutido positivamente en el orden jurídico nacional. Al respecto, el primer instrumento internacional específico de protección de los derechos humanos de las mujeres es la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés) de 1979; el cual fue incorporado a nuestro bloque de constitucionalidad con la reforma del año 1994 junto con otros instrumentos. Estos gozan de jerarquía superior a las leyes en virtud del Art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional (CN) y contienen principios y estándares del derecho internacional de los derechos humanos que el Estado argentino está obligado a cumplir.

Por su parte, en el ámbito regional, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Belém do Pará) de 1994, aborda específicamente el tema de la violencia por motivos de género y constituye una guía para el diseño e implementación de políticas públicas de prevención, protección, sanción y erradicación de la violencia.

Ambos instrumentos, la CEDAW y Belém Do Pará, han tenido recepción positiva en nuestra legislación nacional en las leyes N°23.179 y N°24.632, sancionadas en 1985 y 1996 respectivamente.

Asimismo, resulta de particular interés mencionar el Convenio N°190 sobre la Eliminación de la Violencia y el Acoso en el Mundo del Trabajo que la Conferencia General de la Organización Interna-



cional del Trabajo (OIT) adoptó en el año 2019, el cual fue ratificado por nuestro país mediante Ley N°27.580 de ese mismo año. Dicho convenio afirma que la violencia y el acoso en el mundo laboral pueden constituir una violación o un abuso de los derechos humanos, y que éstos son una amenaza para la igualdad de oportunidades, al tiempo que reconoce que las mujeres son las más expuestas a la violencia y al acoso laboral, en particular, quienes se encuentran en situaciones más vulnerables. A su vez señala, entre otros puntos, la importancia de una cultura del trabajo basada en el respeto mutuo y la dignidad del ser humano para prevenir la violencia y el acoso.

### 1.1 Avances en la normativa nacional de los derechos humanos de las mujeres y la violencia de género

En el año 2009 se sancionó la Ley N°26.485 de Protección Integral de las Mujeres que marcó el inicio de un cambio de paradigma en el abordaje de la violencia hacia las mujeres en la Argentina; asimismo, encomendó la elaboración, implementación y monitoreo de un Plan Nacional de Acción para la prevención, asistencia y erradicación de las violencias contra las mujeres en el año 2012.

El Plan estuvo a cargo del Consejo Nacional de las Mujeres (CNM), denominado así por el Decreto N°326/10 que modificó el otrora innovador Consejo Nacional de la Mujer de 1992; se fue desarrollando sostenidamente con estadísticas y metas en los diferentes períodos, destacándose la publicación 2017-2019<sup>2</sup>.

En materia de violencia de género, a instancias de la Ley N°26.485, se creó el Observatorio de la Violencia contra las Mujeres destinado al monitoreo, recolección, producción, registro y sistematización de datos e información sobre la violencia contra las mujeres.

En la faz legislativa, luego de la sanción de la ley N°26.485 hubo una serie de avances normativos ininterrumpidos como la Ley N°27.501 que incorpora la violencia en los espacios públicos y la Ley N°27.533, cuyo objeto es visibilizar, prevenir y erradicar la violencia política contra las mujeres.

2 v. Argentina, Consejo Nacional de las Mujeres, *Plan Nacional de Acción para la prevención, asistencia y erradicación de la violencia contra las mujeres (2017-2019) Ley N° 26.485*, 2016, acceso el 28 de julio de 2022, disponible en: [https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/consejo\\_nacional\\_de\\_mujeres\\_plan\\_nacional\\_de\\_accion\\_contra\\_violencia\\_genero\\_2017\\_2019.pdf](https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/consejo_nacional_de_mujeres_plan_nacional_de_accion_contra_violencia_genero_2017_2019.pdf).

Otro avance trascendental en materia de violencia por motivos de género fue la sanción de la Ley N°26.791 en el año 2012, que reformó el Art. 80 del Código Penal para criminalizar de modo agravado ciertos homicidios especialmente relacionados con el fenómeno de las violencias de género, receptando la figura del *femicidio*. En consonancia con esta tipificación, la N°27.363 dispuso la reforma del Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCN) para establecer la privación de la responsabilidad parental al progenitor condenado como autor, coautor, instigador o cómplice del delito de homicidio agravado por el vínculo o mediando violencia de género. Para luego, con la sanción de la Ley N°27.452 instaurarse un régimen de reparación económica para los niños, niñas y adolescentes (NNA) víctimas.

Cabe destacar, entre la legislación sancionada en los últimos años en materia de prevención, sanción y erradicación de las violencias por motivos de género, a la Ley N°27.499 del año 2019, también denominada “Ley Micaela”<sup>3</sup>. Esta normativa establece la capacitación obligatoria en las temáticas de género y violencias por motivos de género 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. Por lo que, el personal militar de cuadros, es decir oficiales y suboficiales, son parte de los sujetos alcanzados en esta capacitación: Para el año 2021 los asistentes al *Curso Ley Micaela: Perspectiva de Género en Acción* del Ministerio

3 Micaela García fue una joven estudiante violada y asesinada en la ciudad de Gualeguay, provincia de Entre Ríos, por Sebastián Wagner, quien se encontraba en uso de la libertad condicional otorgada por el Juez de Ejecución de Entre Ríos Carlos Rossi atento a que previamente había sido condenado por violar otras mujeres. Wagner fue condenado a prisión perpetua por “abuso sexual con acceso carnal y homicidio agravado por ser con alevosía, *crimini causae* y violencia de género”. v. “*El asesinato de Micaela García: el caso que conmovió a Gualeguay*”, LA NACION (30 de julio de 2018). Acceso el 28 de julio de 2022, disponible en <https://www.lanacion.com.ar/sociedad/el-asesinato-de-micaela-garcia-el-caso-que-conmovio-a-gualeguay-nid2157687/>.

Posterior a ello, se extendió el uso del término “*femicidio*” entendido como “la muerte violenta de mujeres por razones de género”. v. Argentina, Ministerio Público Fiscal (MPF), Unidad Fiscal Especializada en Violencia contra las Mujeres (UFEM), *Protocolo para la investigación y litigio de casos de muertes violentas de mujeres (femicidios)*, 2018, pág. 13, acceso el 28 de julio de 2022, disponible en: <https://www.mpf.gob.ar/ufem/files/2018/03/UFEM-Protocolo-para-la-investigacion-y-litigio-de-casos-de-muertes-violentas-de-mujeres-femicidios.pdf>.

de Defensa ascendían a la suma de 2.450 cursantes<sup>4</sup>.

Mediante el Decreto N°7/19, que modifica la Ley de Ministerios N°22.520, se dispuso la creación del Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad (MMGyD) lo que implicó una significativa jerarquización de las políticas de género y diversidad. Este ministerio tiene entre sus funciones el diseño, ejecución y evaluación de las políticas públicas nacionales para prevenir, erradicar y reparar las violencias por motivos de género y asistir integralmente a las personas en situación de violencias en todos los ámbitos. Así como recoge las obligaciones de sus antecesores en la elaboración, implementación y monitoreo de un Plan Nacional de Acción contra las violencias por motivos de género<sup>5</sup>.

Por lo que hemos visto, nuestro país en consonancia con las directivas internacionales ha tenido un importante desarrollo normativo e institucional en la lucha contra la violencia de género.

## 1.2 Avances dentro del Ministerio de Defensa y en las Fuerzas Armadas

Con la publicación de *Militares Argentinas* del Ministerio de Defensa en el año 2020 y la presentación del *Plan Integral de Políticas de Género en el Ámbito de la Defensa (2021-2023)*<sup>6</sup> se dieron a conocer todos los avances que en materia de género se materializaron en el ministerio y en las Fuerzas Armadas, concluyendo esta experiencia como exitosa y transformadora<sup>7</sup>.

4 v. Argentina, Min Def, *Formación con perspectiva de Género*, acceso el 28 de julio de 2022, disponible en: <https://www.argentina.gob.ar/defensa/politicas-de-genero-en-el-ambito-de-la-defensa/formacion-con-perspectiva-de-genero>

5 v. Argentina, MMGyD, *Plan Nacional de Acción contra las violencias por motivos de género (2020-2022)*, 2021, acceso el 28 de julio de 2022, disponible en: [https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/plan\\_nacional\\_de\\_accion\\_2020\\_2022.pdf](https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/plan_nacional_de_accion_2020_2022.pdf).

6 v. Argentina, Ministerio de Defensa (Min Def), *Plan Integral de Políticas de Género en el Ámbito de la Defensa (2021-2023)*, 2021, acceso el 31 de julio de 2022, disponible en: [info.faa.mil.ar/PLAN\\_INTEGRAL\\_DE\\_POLITICAS\\_DE\\_GENERO.pdf](http://info.faa.mil.ar/PLAN_INTEGRAL_DE_POLITICAS_DE_GENERO.pdf)

7 v. Masson, Laura et al., *Militares argentinas: Evaluación de Políticas de Género en el ámbito de la Defensa*, ed. original, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Universidad de la Defensa Nacional (2020) pág. 42.

Como se ha expuesto a partir del año 2006 fueron implementadas políticas de género en el ámbito de la Defensa, lo que supuso avances normativos de diversa índole, tendientes a la transformación de las instituciones castrenses de un ámbito profesional altamente masculino hacia un ámbito profesional mixto y en su adecuación a las leyes que regían en el ámbito civil<sup>8</sup>. Uno de los más importantes fue la sanción de la Ley N°26.394 del año 2008, la cual derogó el Código de Justicia Militar (Ley N°14.029) y todas las normas, resoluciones y disposiciones de carácter interno que lo reglamentaban, así como se suprimió la jurisdicción militar quedando definitivamente la cuestión penal en manos de la justicia civil. En su lugar entró en vigencia el actual Código de Disciplina de las Fuerzas Armadas, el Anexo IV de esta Ley, de carácter administrativo disciplinario y circunscripto a un régimen de faltas que no llegan a constituir delito.

Continuando con los avances, se resaltan aquellos vinculados a la temática y que ordenados por fecha son: La Resolución del Ministerio de Defensa (Res MD) N°274/07 de Creación del Consejo de Políticas de Género; la Res MD N°1160/08 de Creación de Oficina de Género en ARA y EA; la Res MD N°1545/08 de Creación de la Dirección de Políticas de Género; la Res MD N°1238/09 Anexo I Régimen de Funcionamiento de las Oficinas de Género.

Durante el año 2010 se dictó, además: la Res MD N°30/10 de Modificación del Protocolo de atención a víctimas de violencia intrafamiliar; y la Res MD N°1502/10 de Reglamentación de vivienda militar para víctimas de violencia intrafamiliar.

Asimismo, consta a la fecha el dictado de la Res MD N°956/12 de Adecuación y elaboración de guía de detección temprana y derivación oportuna de las víctimas de violencia intrafamiliar; la Res MD N°73/12 de Reglamento de Funcionamiento del Consejo de Políticas de Género; la Res MD N°93/14 de Desarrollo de Indicadores de Género; y, la Res MD N°77/20 Anexo I de Licencia especial por violencia en razón de género<sup>9</sup>.

Por su parte, durante el año 2021 se dictó: La Res MD N°1081/21 de Plan Integral de Políticas de Género en el Ámbito de la Defensa

8 v. Masson, Laura (2010b) se citó en Masson, L. et al. (2020), pág. 46.

9 v. Argentina, Ministerio de Defensa (Min Def), *Marco Normativo en género y defensa*, acceso el 28 de julio de 2022, disponible en: <https://www.argentina.gob.ar/defensa/politicas-de-genero-en-el-ambito-de-la-defensa-0/marco-normativo-en-genero-y-defensa>

2021-2023; y la Res MD N°1750/21 de Creación del departamento de Género, dependencia funcional y orgánica, e integración de las Oficinas de Género de las FFAA.

Ahora bien, respecto de los avances dentro de la normativa interna que rige al personal civil no docente del Ejército se han dado algunos avances específicos como la Resolución del Jefe de Estado Mayor del Ejército (JEMGE) N°2914/17 de Creación de la Oficina de Sumarios dependiente de la Dirección General de Personal y Bienestar, a los fines de la sustanciación de las actuaciones sumarias y los sumarios conforme al Decreto N°467/99<sup>10</sup>. Asimismo, la Directiva del Dirección General Pers Bien N°02/17 de Misión y Funciones de la Oficina de Sumarios para las Investigaciones Administrativas relacionadas al Personal Civil del Ejército, la cual tiene por finalidad establecer un procedimiento único para la tramitación y aplicación de estos procedimientos disciplinarios dentro del ámbito del Ejército para el Personal Civil.

### 1.3 Alcance de la normativa disciplinaria en las FFAA

En la práctica laboral cotidiana dentro de una unidad militar conviven diversas realidades personales así como distintos vínculos laborales de sus trabajadores con la administración, que pueden generar cierta confusión en virtud del desconocimiento sobre el alcance de la normativa aplicable a las situaciones disciplinarias que se susciten.

Liminarmente, no parece distinta a la situación de cualquier gran organización, con un gran número de personas cumpliendo un elevado número de actos que se enlazan a los fines de cumplir con los objetivos propuestos. Sin embargo, las Fuerzas Armadas tienen una finalidad propia marcadamente distante de cualquier otra organización y esta es la defensa nacional. La vigente Ley de Defensa Nacional N° 23.554 en su art. 2 lo enuncia: "...Tiene por finalidad garantizar de modo permanente la soberanía e independencia de la Nación Argentina, su integridad territorial y capacidad de autodeterminación; proteger la vida y la libertad de sus habitantes."

Sin embargo, esta finalidad última de protección de la Patria no

<sup>10</sup> Derogado por el Decreto N° 456/22 (B.O. 03-08-2022) a la fecha de presentación del TFI aún se encontraba vigente el Decreto N° 467/99. Sin embargo, más allá de la incorporación del actual Art. 125 del Anexo del Decreto N° 456/22 el cual establece medidas procedimentales a observar durante la investigación de causas por violencia laboral o de género. Esta modificación normativa no presenta diferencias sustanciales para el presente trabajo.

obsta a la necesidad de ejecución de tareas administrativas enfocadas al sostenimiento de la organización, como por ejemplo la realización del cálculo de impuesto a las ganancias en los haberes del personal, o el abordaje e intervención en los juicios que se suscitan contra el Estado Nacional por diferencias salariales<sup>11</sup>. Estas obligaciones exigen una estructura capaz de dar respuesta en forma eficiente y eficaz para que la organización pueda cumplir sus metas específicas; y es para estas actividades cotidianas donde se vincula necesariamente el personal militar con el personal civil.

Por su parte, el personal civil no docente o agentes civiles, como también serán nombrados, está compuesto por administrativos, técnicos y profesionales que sirven de auxiliares y analistas, entre otras actividades, de los distintos departamentos de la Fuerza. Su capacitación y desempeño cumple un rol fundamental en el logro de los objetivos de la organización ya sea por su especificidad de sus tareas, así como por la estabilidad que gozan en el puesto. Cabe destacar, que a diferencia del personal militar no están sujetos a los cambios de destino, razón por la cual se encuentran expuestos un mayor tiempo a las necesidades propias de un Organismo o a una actividad específica.

En este sentido, en cumplimiento de la finalidad propia de las Fuerzas Armadas y las obligaciones que emergen de la jefatura, es que la acción disciplinaria está destinada a ajustar la conducta de todo el personal militar y civil a la Constitución Nacional, a las leyes de la República que en su consecuencia se dicten y a los Tratados de Derechos Humanos incorporados.

### 1.4 Hipótesis

Como hipótesis se plantea que en comparación con la normativa militar, la que rige al personal civil no docente del Ejército respecto

<sup>11</sup> v. CSJN, "Sosa, Carla Elizabeth y otros c/ EN -M. Defensa- Ejército s/ Personal Militar y Civil de las FFAA y de Seg.", 21-5-2019. La Corte resolvió por unanimidad que las sumas pagadas al personal en actividad del Ejército Argentino por los suplementos "por responsabilidad jerárquica" y "por administración de material", creados por el decreto 1305/2012 -y sus modificatorios-, deben considerarse remunerativas y bonificables y, en consecuencia, ser incorporados al "sueldo" de ese personal. Este precedente generó una gran cantidad de litigios contra el Estado Nacional tanto del personal militar en actividad como en situación de retiro en todos los Juzgados Federales del país.

a la violencia de género, puntualmente en la faz disciplinaria, no observa adecuadamente la normativa internacional, las recomendaciones del MMGyD y de la OIT.

En consecuencia, entiendo que los avances en el derecho militar pueden servir como anclaje para abordar la normativa que rige a los agentes civiles así como para nutrirse de sus experiencias.

## 2. DESARROLLO

A los fines de abordar la hipótesis planteada es necesario establecer con carácter previo algunas precisiones conceptuales acerca de violencia de género y la violencia laboral así como sus relaciones con el derecho administrativo disciplinario.

### 2.1 La Violencia de Género

El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW) afirmó en la Recomendación General N° 19 que “la violencia contra la mujer es una forma de discriminación que inhibe gravemente la capacidad de la mujer de gozar de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre”. Asimismo, la Recomendación General N° 35 del año 2017 actualizó el alcance de la Convención resaltando que la violencia contra la mujer es una violencia basada en el género. En consecuencia, la expresión *violencia por razón de género contra la mujer* se utiliza como un término más preciso que pone de manifiesto las causas y los efectos relacionados con el género de la violencia<sup>12</sup>.

Por otro lado, la Convención de Belém do Pará en su Art. 1 entiende por violencia contra la mujer: “cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”.

Recordando que nuestra normativa interna incorpora esta Convención por Ley N° 24.632, en consonancia con sus preceptos, la Ley de Protección Integral de las Mujeres N° 26.485 marcó un cambio de paradigma en el abordaje de la violencia por motivos de géne-

12 v. ONU, CEDAW, Recomendación general num. 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la recomendación general num. 19, CEDAW/C/GC/35, 2017, párr. 8 y 9, acceso el 28 de julio de 2022, disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N17/231/57/PDF/N1723157.pdf?OpenElement>.

ro atento a que no sólo toma lo establecido por la Convención sino que lo amplía.

## 2.2 La Violencia Laboral

Históricamente, los trabajos que realizan varones y mujeres han estado determinados en función de su género, mientras los varones son partícipes activos de la vida pública, capaces de pactar y de efectuar contratos, las mujeres son explícita o implícitamente seres gobernados por la pasión, incapaces de controlar sus emociones y de lograr la imparcialidad propia que el ámbito público requiere<sup>13</sup>.

Las desigualdades estructurales en el ámbito del trabajo han sido abordados por la bibliografía feminista como “división sexual del trabajo”<sup>14</sup>. Al separarse los espacios y tiempos de la producción y de la reproducción, las mujeres quedaron asociadas al ámbito privado y los varones al público<sup>15</sup>. Estos estereotipos del pensamiento binario de género influyeron para que ellas tuvieran el camino más liberado para las actividades que se asociaban a la extensión de los roles domésticos y de cuidado<sup>16</sup>.

Por su parte, si bien las mujeres en el siglo XX se han insertado masivamente en el mercado laboral, este espacio tradicionalmente masculino las ha recibido con las lógicas de discriminación y violencia propias de las relaciones de género que imperan en la sociedad en general. Para Osborne, “la violencia de género responde a un fenómeno estructural para el mantenimiento de la desigualdad entre los sexos. Es una forma de ejercicio del poder para perpetuar la dominación sexista”. Asimismo, agrega que “Precisamente por este carácter estructural, está mucho más tolerada y, por ende, extendida de lo que a menudo pensamos”<sup>17</sup>. En este sentido, el arribo al mundo laboral

13 v. Colanzi, Irma et al. *Violencia contra las mujeres. La subversión de los discursos*, Volumen V, Rosario, Prohistoria ediciones, 2016, pág. 39.

14 v. Anzorena, Claudia (2008), pp. 47–68.

15 v. Combes, D. y Haicault, M. *Producción y reproducción, relaciones sociales de sexo y de clase* (1984), se citó en Anzorena, Claudia (2008).

16 v. Martín, A. L. y Ramacciotti, K. *Profesiones sociosanitarias: Género e Historia*. En: Avances del Cesor, V. XIII, N° 15, 2016, pág. 82.

17 v. Osborne, Raquel. *Apuntes sobre violencia de género*, Bellaterra, 2016, pág. 48, acceso el 30 de julio de 2022, disponible en: [https://www.mpd.gov.ar/users/uploads/1366222365Osborne\\_Apuntes%20sobre%20violencia%20](https://www.mpd.gov.ar/users/uploads/1366222365Osborne_Apuntes%20sobre%20violencia%20)



por parte de las mujeres pudo ser visto como un intrusismo en el mundo masculino.

Por su parte, la OIT en el Convenio N°190<sup>18</sup> define en su Art. 1 como violencia y acoso en el mundo del trabajo "...a un conjunto de comportamientos y prácticas inaceptables, o de amenazas de tales comportamientos y prácticas, ya sea que se manifiesten una sola vez o de manera repetida; que tengan por objeto, que causen o sean susceptibles de causar, un daño físico, psicológico, sexual o económico, e incluye la violencia y el acoso por razón de género".

El Observatorio Nacional de Violencia Contra las Mujeres en su informe del año 2017<sup>19</sup> explica las diferentes manifestaciones de la violencia laboral: Primero, como agresión física a toda conducta o acción que termina produciendo algún tipo de daño físico. Segundo, como acoso u hostigamiento psicológico a la "situación en la que una persona o grupo de personas ejercen un maltrato modal o verbal, alterno o continuado, recurrente y sostenido en el tiempo, sobre un trabajador/a buscando desestabilizarlo/a, aislarlo/a, destruir su reputación, deteriorar su autoestima y disminuir su capacidad laboral para poder degradarlo y eliminarlo progresivamente del lugar que ocupa". Asimismo, puede presentarse de forma combinada con otras formas de violencia y en distintas modalidades. Específicamente, cuando se ejerce en el ámbito laboral y tiene como fin eliminar a un individuo de la organización laboral o grupo del que forma parte se denomina "mobbing"<sup>20</sup>.

Finalmente, se entiende por acoso sexual a toda conducta o comentario de contenido o connotación sexual considerado ofensivo y no deseado por la persona acosada que deriva en la creación de un ambiente laboral hostil, intimidatorio y humillante. Incluye, así, todo contacto innecesario, comentarios, chistes, sarcasmos y observacio-

de%20genero\_cap%20I.pdf

18 v. OIT, *Eliminar la violencia y el acoso en el mundo del trabajo. El Convenio núm. 190, la Recomendación núm. 206, y la Resolución que los acompaña*, Primera ed., Ginebra, 2019.

19 v. Argentina, OAVL, *Violencia contra las mujeres en el Ámbito Laboral*, 2017, acceso el 30 de julio de 2022, disponible en: <https://www.argentina.gov.ar/sites/default/files/informeviolencialaboralbianual2017-18.pdf>

20 v. Argentina, Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. *La violencia laboral*, 2014, acceso el 31 de julio de 2022, disponible en: <https://defensoria.org.ar/wp-content/uploads/2014/08/violenciaLaboral.pdf>

nes no bienvenidas por su contenido sexual, o por tratarse de miradas o gestos lascivos, despliegue de literatura pornográfica, comentarios sugestivos acerca de la apariencia, contacto físico y asalto sexual.

En este sentido, para que haya acoso sexual en el trabajo deben existir tres elementos: un comportamiento de carácter sexual; segundo, que este no sea deseado; y tercero, que se perciba como condicionante hostil para su trabajo, así el proceso de acoso se instaura, y produce una estigmatización de la víctima donde se la culpa por lo que le pasa y responsabiliza por su carácter difícil, malo o problemático.

### 2.3 La Potestad Sancionatoria y el Régimen Disciplinario

Estas violaciones a los derechos humanos destruyen la iniciativa y las capacidades intelectuales de la víctima repercutiendo negativamente en su persona como individuo y en su trabajo como equipo, lo que lleva a perjudicar la eficiencia laboral. Tanto como constituyen acciones violentas y excluyentes que son contrarias a lo ordenado por nuestra normativa nacional. En este sentido, el régimen disciplinario juega un papel central estableciendo la normativa aplicable y el camino necesario que deben cumplir los funcionarios a cargo de la investigación de los hechos, la prueba y el consecuente procedimiento sumarial en el caso civil o disciplinario para el personal militar.

Este régimen se encuadra en la potestad disciplinaria que el Art. 99, inc. 1 de la Constitución Nacional le asigna al Presidente de la Nación y a sus agentes de mando, embebiendo a las autoridades nacionales con un conjunto de atribuciones legales y reglamentarias que configuran el régimen disciplinario. Y su objeto es la verificación de faltas o infracciones cometidas por sus integrantes en el ejercicio de funciones administrativas y la aplicación de las expresas sanciones que establece la legislación vigente.

Al respecto, García Puellés observa que la finalidad de esa potestad disciplinaria, cuál es la preservación del orden, la unidad y la jerarquía en la organización, no pertenece a la administración, sino que se integra al interés público en nombre de quien se ejerce por ésta<sup>21</sup>.

21 v. García Pullés, F. *Derecho Administrativo sancionador y algunas notas del régimen disciplinario del empleo público*. Abeledo-Perrot, 2003.



## 2.4 Los sujetos su demarcación, definición y normativa aplicable

En forma previa, se aclara que el personal civil de las Fuerzas Armadas y del Ejército en particular está conformado por personal docente y no docente, diferenciándose entre sí, porque los primeros cumplen tareas de enseñanza en los institutos de formación, como los liceos, el Colegio Militar de la Nación, la Facultad de Ingeniería del Ejército, o la Escuela de Idiomas del Ejército, entre otros. Este trabajo excluye por razones prácticas y metodológicas al personal civil docente.

### 2.4.1 El Personal Civil no docente de Ejército

El marco normativo aplicable está compuesto principalmente por la Ley Marco de Regulación de Empleo Público Nacional Ley N° 25.164 (Ley Marco) y su Decreto Reglamentario N° 1421/02. Asimismo, están regulados por el Convenio Colectivo de Trabajo General para la Administración Pública Nacional (CCTG) aprobado por Decreto N° 214/06, así como por el Convenio Colectivo de Trabajo Sectorial para el Personal Civil y Docente Civil de las Fuerzas Armadas y de Seguridad y Personal del Instituto de Obra Social de las Fuerzas Armadas (CCTS) Decreto N° 2539/15 de carácter específico. Cabe destacar que la Ley Marco regula todos aquellos puntos no modificados por la normativa especial, como el régimen disciplinario de su Capítulo VII.

### 2.4.2 El Personal Militar de Ejército

Regidos por la Ley de Personal Militar N° 19.101 del año 1971, los integrantes de las tres fuerzas armadas, es decir el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, se diferencian jurídicamente de los demás integrantes de la administración central por poseer estado militar.

Según el art. 5 de la ley, el estado militar es la situación jurídica que resulta del conjunto de deberes y derechos establecidos por las leyes y reglamentos para el personal que ocupa un lugar en la jerarquía de las fuerzas armadas. Para luego, en sus Art. 7 y 8 establecer los deberes y derechos que el estado militar conlleva respectivamente, como por ejemplo el deber de sujeción a la jurisdicción disciplinaria, el deber de ejercicio de las facultades de mando y disciplinarias de acuerdo a las disposiciones legales, y el

derecho a la propiedad del grado.

Por su parte, además del personal de cuadros, poseen estado militar y conforman las filas de las Fuerzas el personal de soldados voluntarios regulados por Ley de Servicio Militar Voluntario N° 24.429 (SMV). El Art. 1 define a este servicio como la prestación que efectúa por propia decisión los argentinos varones y mujeres, nativos, por opción o ciudadanos naturalizados, con la finalidad de contribuir a la defensa nacional, brindando su esfuerzo y dedicación personal.<sup>22</sup>

Al respecto, el personal de soldados/as está conformado por jóvenes de distintos géneros, con un importante número de mujeres<sup>23</sup>, de entre dieciocho y veinticuatro años al momento de ingresar, que se encuentran cursando una formación académica y que, por lo general, transitan su primera experiencia laboral. Asimismo, su situación como voluntaria/o no puede exceder sus veintiocho años cumplidos, por lo que aquellos que desean continuar en la Fuerza, antes de dicha edad, rinden el ingreso para los institutos de formación militar como futuros suboficiales u oficiales. Caso contrario, aquellos que terminan sus estudios académicos o encuentran una mejor oportunidad laboral piden la baja antes de cumplir la edad dejando las obligaciones nacidas del estado militar.

Durante el paso de estos/as jóvenes por las Fuerzas pueden suceder desencuentros y situaciones desagradables, en el mejor de los casos, hasta sufrir hostigamientos, acoso sexual y violencia de género<sup>24</sup>.

<sup>22</sup> La sanción de esta ley permitió el acceso a las mujeres a las filas de las Fuerzas, que otrora estaba fácticamente vedada por el Art. 3 del derogado Servicio Militar Obligatorio Ley N° 17.531.

<sup>23</sup> “El Servicio Militar Voluntario (SMV) es la prestación que efectúan por propia decisión los argentinos varones y mujeres, nativos, por opción o ciudadanos naturalizados, con la finalidad de contribuir a la defensa nacional, brindando su esfuerzo y dedicación personales con las características previstas en la presente Ley”, Art. 1 Ley N° 24.429 (B.O. 05-01-95).

<sup>24</sup> v. “Sentate ahí, es una orden: un sargento admitió que violó a una soldado en un cuartel del Ejército”, Prieto Toledo, Miguel, infobae (30 de mayo de 2019). Acceso el 28 de julio de 2022, disponible en: <https://www.infobae.com/sociedad/policiales/2019/05/30/sentate-ahi-es-una-orden-un-sargento-admitio-que-violo-a-una-soldado-en-un-cuartel-del-ejercito/>.

## 2.5 Análisis de los marcos normativos específicos

La Resolución del Jefe de Estado Mayor General del Ejército N° 2914/17 de Creación de la Oficina de Sumarios y la Directiva del Director General de Personal y Bienestar N° 02/17 de Misión y Funciones de la Oficina de Sumarios para las Investigaciones Administrativas relacionadas al Personal Civil del Ejército, crearon la Oficina de Sumarios que depende de la Dirección General de Personal y Bienestar (Dirección de Personal Civil), cuyo objeto es la verificación de faltas o infracciones cometidas por el personal civil en ejercicio de funciones administrativas y la consecuente aplicación de sanciones en función del Art. 44 del Decreto N° 467/99<sup>25</sup>.

Al respecto, ante un hecho, acción u omisión que pueda significar responsabilidad disciplinaria, exista o no perjuicio fiscal, y para cuya sanción se exija una investigación previa, procede la sustanciación de una información sumaria o sumario. Instruida en la jurisdicción donde se produzca el hecho sin importar la situación de revista del investigado, y a cargo de funcionarios letrados civiles de planta permanente.

Cabe destacar que cuando el hecho que motiva el sumario constituya presuntamente un delito de acción pública, el instructor deberá previamente verificar si se ha realizado la denuncia correspondiente. En el caso negativo, notificará fehacientemente a la autoridad de quien dependa el responsable de efectuarla.

La finalidad de su labor es posibilitar que la autoridad administrativa competente esté en condiciones de resolver la existencia o no de una falta disciplinaria.

Por su parte, el régimen de Funcionamiento de las Oficinas de Género Res MD N° 1238/09 dependientes de los Comandos y las Direcciones de Personal de los Estados Mayores Generales de cada

25 v. Decreto N° 467/99 Art. 44: “La instrucción del sumario será dispuesta por autoridad de jerarquía no inferior a Subsecretario. En los organismos jurídicamente descentralizados, será dispuesta por la autoridad superior o por aquella en la que ésta delegue esa facultad. En todos los casos se requerirá dictamen previo del servicio jurídico permanente.” (B.O. 13-05-99). Actualmente, con similar redacción en el Anexo al Decreto N° 456/22 Art. 44: “La iniciación, ampliación del objeto y reapertura del sumario serán dispuestas por autoridad de jerarquía no inferior a Subsecretaria o Subsecretario. En los organismos jurídicamente descentralizados, será dispuesta por la autoridad superior o por aquella en la que se delegue esa facultad. En todos los casos se requerirá dictamen previo del servicio jurídico permanente...”

una de las Fuerzas<sup>26</sup>, establece que estarán a cargo de un/una Oficial Superior/Jefe<sup>27</sup> e integradas por equipos interdisciplinarios. En cuanto a sus integrantes, debe contar como mínimo con un/a abogado/a, un/a trabajador/a social y un/a psicólogo/a dentro del equipo, sea personal militar o civil, así como por algún/a integrante del Consejo de Políticas de Género.

Su finalidad es la atención de todos aquellos temas, reclamos, información, y consultas vinculadas a la materia de género en el ámbito laboral, que afecten el desarrollo profesional de las personas, abarcando en ello relaciones jerárquicas, salarios, discriminación, ascensos, distribución de tareas, abuso de autoridad, sistema de oportunidades, condiciones de trabajo, compatibilidad con la vida familiar, necesidades de capacitación específicas a las fuerzas sobre temas de género, y toda necesidad para eliminar brechas de género dentro de las Fuerzas Armadas.

Asimismo, funcionan como órgano de asesoramiento a oficiales jefes y superiores y a todo militar que por su función tenga personal a cargo y que requiera información especializada respecto de la aplicación de normativa vigente y las medidas a tomar a favor de una mejor integración de su personal.

Cabe destacar, la competencia subsidiaria de las Oficinas de Género en la recepción y derivación a las autoridades competentes de todos los casos que lleguen a su conocimiento. En este sentido, las presentaciones y consultas que se realicen de forma directa por parte del interesado/a, serán advertidas, comunicadas y encauzadas según corresponda sin dejar de tomar parte de la tramitación y adoptar las medidas necesarias y urgentes del caso<sup>28</sup>.

## 2.6 La normativa del Régimen Disciplinario Civil y el Militar

Ahora bien, el régimen disciplinario aplicable al personal civil se

26 v. Res Min Def N° 1160/08 Art. 1; y, Res del Jefe del Estado Mayor General de la Fuerza Aérea N° 215/08 Art. 1).

27 v. Ley N° 19.101 Anexo 1: Los grados de los Oficiales Jefes son el de Mayor, Teniente Coronel; y, los grados de los Oficiales Superiores del Ejército son el de Coronel, General de Brigada, General de División y Teniente General.

28 No se considera improcedente la presentación realizada por el personal militar sin seguir la cadena de comando en virtud de la importancia de la temática involucrada.

encuentra regulado en el Capítulo VII de la Ley Marco y su decreto reglamentario, así como por el Decreto N° 467/99<sup>29</sup> una vez determinado que el hecho sea pasible de sanción superior a cinco días de suspensión; atento a que, el CCTS no aborda la temática en su plexo normativo. Y establece que las medidas disciplinarias son: el apercibimiento, la suspensión<sup>30</sup> de hasta treinta días en un año, la cesantía y la exoneración.

Por su parte, las causales que originan las sanciones se enmarcan en los Art. 31, 32 y 33 de la Ley Marco y de su reglamentación, los cuales remiten a los deberes y prohibiciones del personal civil en el ejercicio de sus funciones o en el desempeño de sus actividades en los Art. 23 y 24 respectivamente.

Finalmente, por decisión fundada de la autoridad competente se puede suspender preventivamente al personal sumariado cuando sea necesario para el esclarecimiento de los hechos investigados o cuando su permanencia en funciones fuera evaluada como peligrosa o riesgosa. Dicha decisión debidamente fundada no podrá exceder de los tres meses, si cumplido el plazo no se hubiera concluido el sumario, debe ser reincorporado.

Ahora bien, como se ha visto durante el desarrollo del trabajo, la violencia y el acoso en el mundo del trabajo es el conjunto de comportamientos y prácticas inaceptables, o de amenazas de tales comportamientos y prácticas, ya sea que se manifiesten una sola vez o de manera repetida; que tengan por objeto, que causen o sean susceptibles de causar, un daño físico, psicológico, sexual o económico, e incluye la violencia y el acoso por razón de género. Asimismo, que estas prácticas inaceptables van dirigidos contra las personas por razón de su sexo o género, o que afectan de manera desproporcionada a personas de un sexo o género determinado, e incluye el acoso sexual<sup>31</sup>.

En este sentido, normativamente tales actitudes podrían encuadrarse dentro de los deberes de la Ley Marco Art. 23 Inc. b): “Observar las normas legales y reglamentarias y conducirse con colabo-

29 Actualmente derogado por el Decreto 456/22.

30 v. Ley 25.164 Art. 30: “La suspensión se hará efectiva sin prestación de servicios ni goce de haberes, en las normas y términos que se determinen y sin perjuicio de las responsabilidades penales y civiles que fije la legislación vigente.”

31 v. OIT, ibíd, 2019, Art. 1.

ración, respeto y cortesía en sus relaciones con el público y con el resto del personal”. El Decreto N°1421/02 al reglamentar este inciso no da mayores precisiones al respecto: “... Asimismo, se encuadra en el presente deber el cumplimiento de las normas sobre atención al público e información al ciudadano, que implica para el agente, la obligación de brindar un tratamiento correcto y respetuoso al público y al resto del personal.”

Además, podría considerarse dentro del Inc. d): “Respetar y hacer cumplir, dentro del marco de competencia de su función, el sistema jurídico vigente”; hasta dentro de la prohibición del Art. 24 Inc. h) Desarrollar toda acción u omisión que suponga discriminación por razón de raza, religión, nacionalidad, opinión, sexo o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. Sin embargo, el Decreto N° 1421/02 tampoco da precisiones reglamentarias al respecto.

Si se entiende configurada la falta ante el incumplimiento de estos deberes daría lugar a al apercibimiento o la suspensión de hasta 30 días del Art. 31 Inc. c): “Incumplimiento de los deberes determinados en el art. 23 de esta ley, salvo que la gravedad y magnitud de los hechos justifiquen la aplicación de la causal de cesantía”. En este sentido, sería pasible de la cesantía del Art. 32 inc. e): “Incumplimiento de los deberes establecidos en los artículos 23 y 24 cuando por la magnitud y gravedad de la falta así correspondiere”. Y hasta la exoneración del Art. 33 Inc. d): “Violación de las prohibiciones previstas en el artículo 24”. Sin embargo, todos estos artículos no cuentan con precisiones reglamentarias.

## 2.6.2 El Régimen Disciplinario Militar

Respecto del personal militar, la Ley N° 26.394 y su Decreto reglamentario N° 2666/12 regulan la potestad sancionatoria de la Administración para con su personal militar. El ejercicio de la misma tiene en miras el interés del Estado y de la organización militar en específico, asimismo es obligatoria y limitada por las garantías constitucionales.

El art. 1 trae la definición de disciplina militar: “es un instrumento al servicio exclusivo del cumplimiento eficiente de las funciones, tareas y objetivos que la Constitución Nacional, las leyes dictadas en su consecuencia, y las órdenes de su comandante en jefe, le encomiendan a todo el personal militar de las fuerzas armadas.”

Seguidamente, en su Art. 4 establece prohibiciones expresas que

resultan de interés, a saber: Inc. 3: “Afectar la dignidad personal, provocar burlas o humillaciones, socavar deliberadamente la autoestima o debilitar el espíritu de cuerpo y trabajo en equipo”; el Inc. 4: “Promover toda forma de discriminación, según lo establecido en las leyes respectivas”; el Inc. 5: “Realizar campañas de hostigamiento personal o grupal o promover el odio y el resentimiento entre grupos o unidades”; y el Inc. 6: “Debilitar las capacidades personales y grupales que permiten el cumplimiento eficiente de las tareas asignadas”.

Asimismo, el régimen disciplinario militar clasifica en faltas leves, graves y gravísimas, aquellos actos u omisiones según el grado de vulneración a los deberes militares y al menoscabo de la disciplina militar.

Relacionadas a la materia en análisis, se consideran como faltas leves las del Art. 9 Inc. 3: “El militar que efectuare actos de descortesía y falta de respeto en el trato con otro militar”; el Inc. 4: “El militar que tratare en forma irrespetuosa a civiles durante el desarrollo de actividades del servicio”. Por su parte, graves serían las del Art. 10 Inc. 9: “El militar que efectuare un requerimiento de carácter sexual, para sí o para un tercero, bajo la amenaza de causar a la víctima un daño relacionado con el servicio o su carrera.”. Finalmente, dentro de las consideradas gravísimas, que conlleva a la destitución del responsable y la pérdida del estado militar<sup>32</sup>, el Inc. 9: Abuso de autoridad. El superior que abusando de sus facultades de mando o de su cargo obligare a otro militar a realizar actos ajenos a la actividad militar o le impida arbitrariamente el ejercicio de un derecho o el cumplimiento de una obligación; el Inc. 23: Comisión de un delito. El militar que con motivo o en ocasión de sus funciones militares, o dentro de un establecimiento militar o en lugares asignados al cumplimiento de tareas militares, cometiere un hecho que pudiera constituir un delito previsto en el Código Penal o en leyes especiales cuya pena máxima sea superior a un (1) año; y el Inc. 26: “Acoso sexual del superior. El militar que, prevaliéndose de una situación de superioridad, efectuare un requerimiento de carácter sexual, para sí o para un tercero, bajo la amenaza de causar a la víctima un daño relacionado con el servicio o su carrera”.

32 Consecuencia asimilable a la exoneración de la Ley Marco Art. 33 in fine: “La exoneración conllevará necesariamente la baja en todos los cargos públicos que ejerciere el agente sancionado.”

## 2.7 Abordaje de la Hipótesis

Expuesta la parte pertinente de la normativa se analizará como encuadraría en el caso hipotético de un acoso sexual en el ámbito laboral por parte de un Agente Civil Profesional de Nivel I<sup>33</sup> hacia una Soldado Voluntaria y como lo haría para el caso de que el agresor sea Personal Militar Superior, ambas situaciones miembros de una Dirección que se encuentra dentro del edificio del Estado Mayor General del Ejército (EMGE) en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Llegado el caso, la víctima sin mediar noticia a su superior militar directo se acerca a la Oficina de Género del EMGE y realiza la denuncia de forma verbal. En ese momento el entrevistador, en observancia de las directivas pertinentes, da cuenta de que el hecho constituye un acoso sexual en el ámbito laboral perpetrado por el Agente Civil al que se le había encargado enseñarle una actividad específica a la Voluntaria, por ejemplo como calcular el impuesto a las ganancias de los haberes.

Los hechos comprenden a una serie de comentarios inapropiados de carácter sexual, insinuaciones corporales y hasta rozamientos que venía realizando el agente desde que a la soldado se le había asignado trabajar con él, pero que hasta el momento no habían sido avisados al superior a cargo ni quedado manifiestos a su control. Sin embargo, ese día bajo la excusa de necesitar de su atención le solicita que la acompañe una dependencia aparte bajo la excusa de decirle algo importante sobre el trabajo. Una vez solos avanza sobre la joven con tocamientos y besos hasta que una vez acorralada en una de las paredes le dice que de no acceder a sus intenciones iba a hacer que le den la baja. Instantes después irrumpe un suboficial que también presta funciones en esa dependencia y que al no verla por más de me-

33 v. CCTS, Art. 15: “El Nivel I - Profesional Especializado: corresponde al personal que acceda a funciones o puestos de trabajo de muy alta complejidad profesional que comportan gran autonomía profesional para la realización de tareas con plena responsabilidad por el cumplimiento de objetivos y resultados de gran impacto para la dependencia. Puede comportar el asesoramiento altamente especializado y profesional a las autoridades superiores o máximas autoridades administrativas en tema o áreas de políticas o servicios públicos de su especialidad, la detección de problemas, la formulación de alternativas de solución y/o la evaluación de políticas o servicios públicos para el nivel superior de responsabilidad en la organización en la que revista, la jefatura de unidades organizativas, programas, proyectos y equipos de trabajo de gran envergadura así como la prestación de servicios profesionales muy especializados”.



dia hora decide salir a buscarla. Ante este imprevisto el agresor comienza recriminarle a la joven por su trabajo y la deficiente atención que le presta, manifestándole al suboficial que iba a hablar con el jefe para que la cambien ya que era una pérdida de tiempo enseñarle, con esto se retira. Al final de la escena, la joven rompe en llanto pero no le confiesa al suboficial lo que había vivido. Asimismo, en los días siguientes al hecho la soldado empieza a tener inconvenientes para llegar temprano, se pasa largas horas en el baño y no pronuncia palabra ni comentario alguno; hasta que un día llega la novedad de la denuncia ante la Oficina de Género.

Ante esta situación el equipo de la Oficina toma las medidas urgentes y necesarias, notifica a la cadena de comando de la Voluntaria y a la Oficina de Sumarios del Personal Civil.

Una vez en esta Oficina, y con los antecedentes del caso se dispone la instrucción sumaria, en virtud del presunto incumplimiento del deber establecido en el Art. 23 Inc. b: “Observar las normas legales y reglamentarias y conducirse con colaboración, respeto y cortesía en sus relaciones con el público y con el resto del personal”, cuya sanción a aplicar va desde el apercibimiento hasta la cesantía del Art. 32 Inc. e; asimismo, durante la sustanciación del procedimiento se ordena la suspensión preventiva del agente.

Esta causa llega previo dictamen de la instancia jurídica permanente a decisión de la autoridad competente para sancionar, en el caso de que sea una cesantía el Jefe de Estado Mayor General del Ejército. Para el caso, de una suspensión mayor a diez días un General de División por ejemplo el director a cargo del organismo; y para el caso de que la Oficina de Sumarios entienda que no existió una gravedad suficiente para la instrucción sumaria devolverá las actuaciones al Jefe para que aplique una sanción directa de hasta cinco días.

Por su parte, en el caso de que el agresor sea personal militar de cuadro permanente, manteniendo los hechos y una antigüedad equivalente a la del agente civil, dada la novedad en la Oficina de Género se da noticia a la Unidad para que el jefe disponga el inicio a la instrucción disciplinaria designando a un Oficial Auditor y por la falta gravísima del Art. 13 Inc. 26: “Acoso sexual del superior. El militar que, prevaliéndose de una situación de superioridad, efectuare un requerimiento de carácter sexual, para sí o para un tercero, bajo la amenaza de causar a la víctima un daño relacionado con el servicio o su carrera.”

La sanción por esta falta es la destitución, ya que es un tipo ce-

rrado y si se demuestran las amenazas de causarle a la víctima un daño relacionado a su servicio o carrera por parte del superior, se da por configurado el tipo. Caso contrario, caería en una falta grave con la sanción que va desde seis a sesenta días de arresto, para ello se valorarán las circunstancias atenuantes y agravantes del Art. 24 si las hubiere. Cabe destacar, que al igual que el procedimiento civil se ordena durante la sustanciación la suspensión del sindicado culpable.

### 3. CONCLUSIONES

Primeramente, es oportuno reconocer que, a la luz de los preceptos internacionales de derechos humanos, la legislación nacional no se ha quedado atrás en su observancia y ha implementado dentro de su acervo normativo significativos avances en el combate a la violencia de género.

En segundo lugar, que el Ministerio de Defensa ha sido pionero en este cambio de paradigma y cuyas consecuencias han impactado positivamente en las Fuerzas Armadas. Se han llevado adelante progresos en la sensibilización y capacitación del personal en temáticas de acoso sexual, laboral y violencia de género; se ha dado difusión e institucionalizado los espacios para la mujer y para la protección de sus derechos.

Además, la normativa aplicable al personal militar se ha expandido contemplando situaciones de derecho antes invisibilizadas tomando medidas al respecto. Un buen ejemplo es la licencia a las víctimas de violencia de género y la suspensión del servicio del agresor. Como fruto de dicho avance se ha visto un crecimiento en la presencia femenina dentro de las filas de las fuerzas, que hoy ve una oportunidad laboral y profesional cumpliendo con una vocación de servicio a la Patria.

En cuanto a la normativa de convenio aplicable al personal civil podría mejorarse incorporando cuestiones específicas a nivel de deberes del personal y su comportamiento en general, atento a que dicha materia el CCTS no lo contempla y se utiliza la normativa de fondo que no necesariamente describe la realidad propia de los civiles dentro de las Fuerzas.

Respecto del abordaje ante la presencia de un caso de violencia de género, el protocolo de actuación de las Oficinas de Género observa avances en cuanto a la facilidad en el acceso de la mujer a los lugares de atención, su acompañamiento por parte de un equipo in-



terdisciplinario capacitado y las medidas prácticas a observar durante la entrevista a los fines de evitar la revictimización de la denunciante.

En cuanto al procedimiento sancionatorio llama la atención que la normativa civil utiliza cláusulas abiertas a los fines de ponderar conductas pasibles de una sanción por violencia de género. En este sentido, debe destacarse que esta solución es resistida por la CIDH excepto bajo la condición de que esa discreción no devenga en arbitrariedad sancionatoria<sup>34</sup>. Sin embargo, esta situación puede llevar a injusticias para el sumariado, así como a la confusión para quien debe aplicar la normativa sancionatoria; a diferencia de lo que ocurre con la disciplinaria militar donde el tipo es claro y específico: configurado el hecho y probados los extremos no debería haber lugar para sobresaltos.

### 3.1 La trascendencia dentro del Ejército Argentino

Atento al aumento de jóvenes que deciden tener su primera experiencia laboral como soldados y que dicha experiencia puede tener un impacto significativo en la manera que ven a la Fuerza en particular y al Estado Nacional en general, provocando un apego a la institución o, en caso contrario, posiblemente una sensación de desamparo y desinterés.

Como ámbito laboral, además de ser un facilitador de la autonomía de estos jóvenes, debe actuar como espacio educativo y de protección en su crecimiento personal y profesional.

Por su parte, la materia disciplinaria militar ha sido tratada en extenso desde el Ministerio de Defensa y desde el Cuerpo de Auditores militares, por ejemplo, a través de las Circulares, logrando avances en el plano académico jurídico, así como en el procedimental, lo que ha facilitado el abordaje de la violencia de género en conjunto con las recomendaciones de otros ministerios y organismos. Pero en el caso de la normativa civil, no se observa un suficiente análisis que conduzca a su crítica y consecuente mejora. Sin desmerecer que la normativa actual trate los aspectos necesarios para la instrucción de sumarios al personal civil por violencia de género y que se encuentra organizada y en funcionamiento su Oficina de Sumarios.

34 v. Corte IDH, *López Mendoza vs Venezuela*, Sentencia de 01 de septiembre de 2011, párr 202. Acceso el 31 de julio de 2022, disponible en: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_233\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_233_esp.pdf)



### 3.2 Palabras finales

Este autor, quien desde una mirada jurídica solo puede justificar sus expresiones, entiende que todos los avances de derecho solo pueden ser buenos cuando están dirigidos a mejorar la vida de las personas involucradas sin dejar de pensar en las bondades que significan para la Institución y para el Estado.

Que los avances jurídicos logrados y por alcanzar están destinados al aumento en el ingreso de quienes tienen la vocación de servir a la Patria.

Que, como se ha desarrollado en el trabajo y evidenciado durante la pandemia del COVID-19<sup>35</sup>, el cambio de paradigma ha acercado fuertemente a la sociedad con las Fuerzas, quienes ante una crisis en puerta y la urgencia que se requería supo responder al llamado del órgano político.

Finalmente, todo esto y mucho más solo puede lograrse enfrentando las problemáticas sociales con la seriedad y la premura que merecen, al fin y al cabo, el Ejército Argentino está llamado a defender a la Patria y en este objetivo yace el destino de los bienes más preciados de la nación: la soberanía e independencia nacional y la vida y la libertad de sus habitantes.

### BIBLIOGRAFÍA

#### Doctrina:

Masson, Laura et al. *Militares argentinas: Evaluación de Políticas de Género en el ámbito de la Defensa*, ed. original, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Universidad de la Defensa Nacional, 2020.

Anzorena, Claudia. *Estado y división sexual del trabajo: las relaciones de género en las nuevas condiciones del mercado laboral*, en *Utopía y Praxis Latinoamericana*, vol. 13, n° 41, Maracaibo, 2008. Acceso el 30 de julio de 2022, disponible en: [http://ve.scielo.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1315-52162008000200003](http://ve.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1315-52162008000200003).

Colanzi, Irma et al. *Violencia contra las mujeres. La subversión de los discursos*,

35 v. Operaciones de ayuda humanitaria llevadas adelante durante la pandemia del COVID-19, acceso el 31 de julio de 2022, disponible en: <https://www.argentina.gob.ar/armada/apoyo-la-comunidad-y-asistencia-humanitaria/operacion-general-manuel-belgrano>

Volumen V, Rosario, Prohistoria ediciones, 2016.

Combes, D. y Haicault, M. *Producción y reproducción, relaciones sociales de sexo y de clase* (1984), se citó en Anzorena, Claudia (2008).

Martín, A. L. y Ramacciotti, K. *Profesiones sociosanitarias: Género e Historia*, Avances del Cesor, V. XIII, N° 15, 2016.

Osborne, Raquel. *Apuntes sobre violencia de género*. Bellaterra, Barcelona 2009.

García Pullés, F. *Derecho Administrativo sancionador y algunas notas del régimen disciplinario del empleo público*. Abeledo-Perrot, 2003.

Masson, Laura. *La transformación del rol de las mujeres en las Fuerzas Armadas Argentinas: hacia la construcción de un espacio mixto*. Security and Defense Studies Review. Interdisciplinary Journal of Center Marilina Montiel 94 for Hemispheric Defense Studies. Volumen 11, Fan Winter. Washington: Board, 2010b.

#### Publicaciones Oficiales:

Argentina, Consejo Nacional de las Mujeres, *Plan Nacional de Acción para la prevención, asistencia y erradicación de la violencia contra las mujeres (2017-2019) Ley N° 26.485*, 2016, acceso el 28 de julio de 2022, disponible en: [https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/consejo\\_nacional\\_de\\_mujeres\\_plan\\_nacional\\_de\\_accion\\_contra\\_violencia\\_genero\\_2017\\_2019.pdf](https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/consejo_nacional_de_mujeres_plan_nacional_de_accion_contra_violencia_genero_2017_2019.pdf).

Argentina, Ministerio de Defensa (Min Def), *Plan Integral de Políticas de Género en el Ámbito de la Defensa (2021-2023)*, 2021, acceso el 31 de julio de 2022, disponible en: [info.faa.mil.ar/PLAN\\_INTEGRAL\\_DE\\_POLITICAS\\_DE\\_GENERO.pdf](http://info.faa.mil.ar/PLAN_INTEGRAL_DE_POLITICAS_DE_GENERO.pdf)

Argentina, MMGyD, *Plan Nacional de Acción contra las violencias por motivos de género (2020-2022)*, 2021, acceso el 28 de julio de 2022, disponible en: [https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/plan\\_nacional\\_de\\_accion\\_2020\\_2022.pdf](https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/plan_nacional_de_accion_2020_2022.pdf).

Argentina, Ministerio Público Fiscal, Unidad Fiscal Especializada en Violencia contra las Mujeres (UFEM), *Protocolo para la investigación y litigio de casos de muertes violentas de mujeres (femicidios)*, 2018, acceso el 28 de julio de 2022, disponible en: <https://www.mpf.gob.ar/ufem/files/2018/03/UFEM-Protocolo-para-la-investigaci%C3%B3n-y-litigio-de-casos-de-muertes-violentas-de-mujeres-femicidios.pdf>.

Argentina, Min Def, *Formación con perspectiva de Género*, acceso el 28 de julio de 2022, disponible en: <https://www.argentina.gob.ar/defensa/politicas-de-genero-en-el-ambito-de-la-defensa/formacion-con-perspectiva-de-genero>

Argentina, Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. *La violencia laboral*, 2014, acceso el 31 de julio de 2022, disponible en: <https://defensoria.org.ar/wp-content/uploads/2014/08/violenciaLaboral.pdf>.

#### Artículos Periodísticos:

“El asesinato de Micaela García: el caso que conmovió a Gualeguay”, LA NA-

CIÓN (30 de julio de 2018). Acceso el 28 de julio de 2022, disponible en <https://www.lanacion.com.ar/sociedad/el-asesinato-de-micaela-garcia-el-caso-que-conmovio-a-gualeguay-nid2157687/>.

Informes de organismos internacionales de derechos humanos:

ONU, CEDAW, *Recomendación general num. 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la recomendación general num. 19*, CEDAW/C/GC/35, 2017, acceso el 28 de julio de 2022, disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N17/231/57/PDF/N1723157.pdf?OpenElement>.

Organización Internacional del Trabajo (OIT), *Eliminar la violencia y el acoso en el mundo del trabajo*, El Convenio núm. 190, la Recomendación núm. 206, y la Resolución que los acompaña, Primera Ed, Ginebra, 2019.

Fallos de organismos internacionales:

Corte IDH, *López Mendoza vs Venezuela*, Sentencia de 01 de septiembre de 2011, párr 202. Acceso el 31 de julio de 2022, disponible en: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_233\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_233_esp.pdf)

#### Normativa Nacional

Constitución Nacional (B.O. 10-01-95).

Ley de Protección Integral a las Mujeres N° 26.485. (B.O. 14-04-2009).

Ley Marco de Regulación de Empleo Público Nacional Ley N° 25.164 (B.O. 08-10-99).

Ley de Personal Militar N° 19.101 (B.O. 19-07-71).

Ley de Servicio Militar Voluntario N° 24.429 (B.O. 05-01-95).

Ley de Justicia Militar N° 26.394 (B.O. 29-08-2008).

Ley de Capacitación Obligatoria en la Temática de Género y Violencia contra las Mujeres N° 27.499 (B.O. 10-01-2019).

Decreto N° 1421/02 reglamentario de la Ley Marco de Regulación de Empleo Público Nacional N° 25.164 (B.O. 09-08-2002).

Decreto N° 2666/12 reglamentario de los Anexos II, IV y V de la Ley de Justicia Militar N° 26.394 (B.O. 11-01-2013).

Decreto N° 2539/15 de Convenio Colectivo de Trabajo Sectorial para el Personal Civil y Docente Civil de las Fuerzas Armadas y de Seguridad y Personal del Instituto de Obra Social de las Fuerzas Armadas (B.O. 01-12-2015).

Res Min. Def. N° 1238/09 Anexo I Régimen de Funcionamiento de las Oficinas de Género.

Res Min Def N° 1081/21 de Plan Integral de Políticas de Género en el Ámbito de la Defensa 2021-2023.

Resolución del Jefe de Estado Mayor General del Ejército (Res JEMGE) N° 2914/17 de Creación de la Oficina de Sumarios.

Auditoría General de las Fuerzas Armadas (AGFFAA) Circulares N° 21, N° 24 y N° 72.

Procuración del Tesoro de la Nación (PTN), Dictámenes 121:166; 200:63; 228:152; y 275:462.

## LA INCIDENCIA DE LAS LIMITACIONES ECONÓMICAS EN LA PLENA EFECTIVIZACIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES

MARÍA FERNANDA SAMPAY

La Plata, Buenos Aires

Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados y Abogadas del Estado |  
Octubre 2023 | Año 7 N° 9 | Buenos Aires, Argentina (ISSN 2796-8642) |  
pp. 245-265

**Resumen:** El presente trabajo invita a reflexionar acerca de que el verdadero Estado de Derecho no es únicamente el que elabora normas jurídicas, sino el que se somete a las mismas y garantiza la efectividad de los derechos que tutelan.

En nuestro país se da la paradoja de que la legislación argentina garantiza muchísimos más derechos sociales de los que, a la sazón, disfrutan sus habitantes.

Para comprender las causas de esta paradoja, procuraré evidenciar cómo determinados sistemas económicos y la discrecionalidad de quien ejerce el Poder Ejecutivo, conspiran contra la plena realización de los “derechos humanos”, especialmente de los derechos económicos, sociales y culturales, dado que los seres humanos deben gozar de “autarquía” o suficiencia de bienes para tener igualdad de oportunidades. En la temática de la seguridad social, volcaré mi experiencia en el desempeño como asesora en la Dirección General de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, en particular respecto a la aplicación del conjunto de leyes reparatorias (Leyes 24.043, 25.914, 26.913, etc.), desarrollando propuestas para mejorar el servicio y dar mayor celeridad y eficiencia al procedimiento administrativo direccionado al otorgamiento de los beneficios contemplados en dichas leyes reparatorias.



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

**Palabras clave:** Derechos Humanos – Limitaciones – Restricciones – Económicas.

**Abstract:** The present study invites us to reflect on the fact that the true Rule of Law is not the one that merely devices legal norms, but the one that submits to them and guarantees the effectiveness of the rights they provide for.

In our country there is a paradox, as Argentine legislation guarantees far more social rights than its inhabitants currently enjoy. To understand the reasons for this paradox, I will try to demonstrate how certain economic systems, and the discretion of those exercising executive power, conspire against the full realization of “human rights”, especially economic, social and cultural rights, given that human beings must enjoy “autarchy”, i.e., sufficiency of goods, in order to have equal opportunities. Regarding social security, I will apply my experience performing as advisor to the General Directorate for Legal Affairs of the National Ministry of Justice and Human Rights, particularly with respect to the application of the set of reparation laws (Laws 24.043, 25.914, 26.913, etc.), developing proposals to improve service and to give speed and efficiency to the administrative procedure for the granting of benefits contemplated in the aforementioned reparation laws.

**Keywords:** Human Rights – Economic – Limitations – Restrictions.

## 1. INTRODUCCIÓN

En el intento de alcanzar los objetivos mencionados en la introducción, repasaré brevemente la evolución legislativa de los DESC, y en la puntual tarea de demostrar cómo han incidido negativamente en su efectivización las políticas económicas neoliberales, la deuda externa, la fuga de divisas y el rol del Fondo Monetario Internacional (FMI), me serviré de estudios específicos, trabajos de investigación, estadísticas del INDEC e informes técnicos de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL-ONU).

## 2. CRECIMIENTO ECONÓMICO Y DESARROLLO SOCIAL Y HUMANO

Hasta no hace mucho tiempo atrás, al hablar de desarrollo se

tendía a asimilarlo con término crecimiento, basándose los debates de época en indicadores económicos como el producto interno bruto (PIB), la inversión, la productividad o el consumo.

Si bien esto generó una renta per cápita en aumento, a nivel social, se sufría de una situación caracterizada por la pobreza y la exclusión. Era algo así como el “el credo de la célula cancerosa”, lo importante era crecer en los indicadores macroeconómicos –sin desagregarlos-, aunque hacia adentro las desigualdades aumentarían cruelmente.

En la postguerra estas desigualdades hicieron que los gobiernos empezasen a entender el desarrollo como un proceso más integrador, en el cual el ser humano tendría un lugar protagónico.

El Plan Marshall, en verdad, se orientó sólo a promover el crecimiento económico en los países europeos evitando que se volcaran hacia el comunismo, pero fue útil para que la Organización de las Naciones Unidas (ONU), a través de la Comisión Económica para América Latina (CEPAL), llevara a cabo estudios acerca de las características de las economías regionales y planteara sugerencias para que los gobiernos encaren políticas orientadas al cambio y el mejoramiento económico (el diálogo norte-sur, las ventajas de la adquisición tecnológica y de la planificación, el mejoramiento de los términos del intercambio, etc.). Este fue el inicio de la creación de las Comisiones Económicas Regionales que entraron a operar en otros lugares del mundo, tales la Comisión Económica para Europa (CEPE), la Comisión Económica y Social para Asia y el Pacífico (CESPAP), la Comisión Económica para África (CEPA) y la Comisión Económica y Social para Asia Occidental (CESPAO).

Su objetivo, fue el mejoramiento las condiciones económicas de los países de cada región a fin de que sus habitantes pudieran elevar su nivel de vida, y asimilarlo al de las naciones desarrolladas. De esta manera se hizo evidente que el término “crecimiento” era insuficiente, lo que contribuyó a su pronta sustitución por el vocablo “desarrollo”, de cobertura más amplia <sup>1</sup>; teniendo en cuenta que el desarrollo social y humano busca la satisfacción de las múltiples necesidades que poseen los integrantes de una comunidad derivadas de su naturaleza de seres sustanciales, sensitivos, gregarios y espirituales, en la inteligencia que la satisfacción

<sup>1</sup> ROJAS, S.E.: *Derecho y Realidad, artículo de reflexión*. Bogotá. 2.017.

de dichas necesidades mediante el acceso a los bienes y servicios que las cubren les permite actuar sus tendencias operativas y pleneificarse, evitando que se frustren y hasta que se degraden.

Esta obvia constatación, dio lugar al reconocimiento y consagración de los denominados “derechos humanos”, y especialmente de los derechos económicos, sociales y culturales.

### 3. LOS DERECHOS SOCIALES. SU PLENA EFECTIVIDAD, PROGRESIVIDAD Y JUDICIALIDAD

El primer cuerpo normativo de carácter internacional que indica qué son los derechos humanos –los de carácter nacional se remontan a varios siglos atrás– es la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que se aprobó por la ONU el 10/12/1948, y en la cual se reitera el principio de estándar de trato único para todos los seres humanos.

La Declaración Universal de Derechos Humanos recoge un catálogo paradigmático de derechos individuales y colectivos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales. En sus artículos 25 a 27, se ubica el reconocimiento y regulación de los tres últimos.

Posiblemente los impulsores de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1.948 sabían que este plexo de derechos era impracticable en la postguerra. Tal vez por esa circunstancia es que la DUDH incluyó el art. 28, que dispone que “Toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos”. Norma que revela la comprensión de que el disfrute de los derechos consagrados en la Declaración Universal solamente podría lograrse si en el mundo previamente se realizaban transformaciones de orden político, económico, social y cultural.

Todos los derechos humanos, ya sean civiles y políticos o económicos, sociales y culturales, están interrelacionados. La Declaración Universal de Derechos Humanos ratificada en 1.948, no hace ninguna distinción entre éstos.

La distinción apareció más tarde en el contexto de las tensiones de la guerra fría entre el Este y el Oeste. Esto llevó a la negociación y adopción de dos pactos separados: uno sobre derechos civiles y políti-

cos, y otro sobre derechos económicos, sociales y culturales<sup>2</sup>.

La pormenorizada regulación del segundo grupo se halla en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2.200 A (XXI), del 16 de diciembre de 1.966. Allí se reconocen los derechos humanos que hacen posible que las personas gocen de un nivel de vida digno, al cubrir sus necesidades básicas (la alimentación, la salud, la vivienda, la seguridad social, la educación, la cultura, el trabajo, el acceso al agua, etc.).

El PIDESC, en su art. 1º, punto 1, estatuye que “Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen así mismo a su desarrollo económico, social y cultural”.

A continuación, en su punto 2, se afirma que “Para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional basada en el principio del beneficio recíproco, así como del derecho internacional. En ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia”.

Este derecho a la libre determinación de los pueblos es básico, y condición ineludible para asegurar el goce de los demás derechos humanos, tanto individuales o colectivos, civiles y políticos, como económicos, sociales y culturales. Consiste en el derecho que poseen los pueblos de darse libremente su forma de organización política –o régimen político– y su sistema económico, con el objeto de lograr su desarrollo integral mediante la explotación autónoma de sus riquezas.

El art. 2º del PIDESC impone la obligación de los Estados de adoptar medidas inmediatas: “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”.

De esta norma se desprenden dos deberes: el de adoptar medi-

2 ROJAS, S.E., ob. cit.



das principalmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que se disponga para lograr la plena efectividad de los derechos, y que las mismas deben ser progresivas. Los derechos pertinentes se ejercerán sin discriminación (arts. 2,2 PIDESC).

Estas obligaciones indican claramente que los derechos no son meros principios declamativos, sino que le marcan a los Estados un rumbo claro, hacia donde deben dar los pasos necesarios para concretar el contenido de los mismos. Además, impone a los Estados abstenerse de limitar, menoscabar o destruir cualquiera de los derechos reconocidos en el Pacto –principio de no regresividad–, salvo limitaciones determinadas por ley y sólo en la medida que sean compatibles con la naturaleza de esos derechos y con el único objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática (arts. 4 y 5, PIDESC).

Pese al principio de progresividad, algunas obligaciones en materia de derechos sociales son de cumplimiento inmediato, tales como las llamadas obligaciones mínimas: el deber de adoptar ciertas medidas, como producir información, realizar monitoreo y evaluación sobre los progresos, y proveer recursos judiciales efectivos.

Sobre el último tópico, concordantemente, el art. 25 ap. 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) impone de manera explícita su protección judicial al sentar que “Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención...”.

Volviendo al PIDESC, su art. 9 sienta que los Estados Partes reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluido el seguro social.

#### **4. LAS POLÍTICAS ECONÓMICAS NEOLIBERALES COMO EL GRAN OBSTÁCULO AL GOCE GENERALIZADO DE LOS DESC. EL ROL DEL F.M.I**

La restricción externa históricamente ha sido un escollo para el desarrollo económico de parte de los países latinoamericanos, y en Argentina los “cuellos de botella” se hicieron manifiestos en

diferentes momentos del modelo de sustitución de importaciones.

El crecimiento de la industria dependía de la importación de bienes de capital e insumos intermedios, mientras las divisas para financiar esos requerimientos provenían casi exclusivamente de las exportaciones del sector agropecuario; situación afectada por el deterioro de los términos del intercambio (era necesario exportar cada vez más productos agropecuarios, para importar la misma cantidad de bienes manufacturados).

Por su lado, las crecientes actividades desarrolladas por las empresas multinacionales en nuestro medio, tampoco ayudaron a modernizar la estructura productiva, ya que tendieron a reproducir y consolidar las diferencias intra e intersectoriales de productividad impidiendo la diversificación, en particular de las exportaciones, y a acentuar la fuerte dependencia de las importaciones de manufacturas<sup>3</sup>.

El esquema sustitutivo de importaciones se quebró definitivamente durante la última dictadura militar (1.976-1.983), al tiempo que las amortizaciones de capital y el pago de los intereses de la deuda externa, junto a la formación de activos externos, contribuyeron a profundizar los problemas en la balanza de pagos en el mediano y largo plazo.

De esa manera, se fueron sentando las bases para la estrategia de internacionalización financiera –o “modelo de valorización financiera”– por parte de los grandes agentes económicos, principalmente extranjeros, modelo que se profundizó con la convertibilidad (1.991-2.001) y con el gobierno de la alianza Cambiemos (2.015-2.019).

En el comienzo del siglo XXI se percibió en América del Sur una posición externa un poco más holgada debido a la reversión del deterioro de los términos del intercambio generada por el auge de la demanda de materias primas proveniente del continente asiático y la incorporación de muchos “comodities” como activos financieros lo que ocasionó la suba de sus precios, y a un ingreso importante de capitales en concepto de inversiones directas ocurrido entre 2.002 y 2.008 (CEPAL, 2.012 y 2.013).

No obstante, la restricción externa siguió presente de la mano

3 AZPIAZU, D., MANZANELLI, P. y SCHORR, M.: *Concentración y extranjerización. La Argentina en la postconvertibilidad*. Buenos Aires. Capital Intelectual. 2.011.

de la dificultad de cambiar estructuralmente el perfil de especialización productiva, el carácter “divisa-dependiente” de la industria local y la tendencia a fugar capitales.

Aquí es necesario hacer un paréntesis para evaluar la incidencia del Fondo Monetario Internacional en las decisiones económicas de los países miembros. Una de sus funciones es proporcionar préstamos a los países miembros expuestos a problemas de balanza de pagos. Los préstamos tienen un eminente carácter político —y hasta geopolítico— en la medida que se acuerdan con la condición de que se adopte un programa de estabilización económica y reformas de estructurales conforme a las exigencias del organismo. El resultado de ese sometimiento fue que en muchas naciones deudoras se agravó la situación de estancamiento y desequilibrio macroeconómico, la regresividad del sistema distributivo, el desempleo y la pobreza.

La negativa injerencia del organismo, es facilitada por la conformación del derecho de voto de los países miembros del FMI<sup>4</sup>. Estados Unidos posee el 16,51 % de los votos, y los acuerdos financieros especiales del organismo necesitan el 85 % de ellos, lo que coloca a ese país en un lugar de predominio.

En sus calidades de principal acreedor y miembro del FMI, suele apoyar las políticas de liberalización cambiaria, desregulación financiera y de endeudamiento, porque favorecen de manera indirecta sus intereses económicos —EEUU constituye el principal destino de los depósitos bancarios y de inversión de cartera de residentes de Argentina, a la vez que es considerado una de las guaridas fiscales más importantes del mundo, ubicándose en el puesto número 2 del índice del secreto financiero que elaboró Tax Justice Network (TJN) en 2020—.

El FMI estuvo vinculado con la significativa fuga de capitales que experimentó la Argentina en el año 2.001, la que en gran medida fue financiada con dólares desembolsados por este organismo, quien celebró cinco acuerdos de financiamiento con la Argentina entre 1.991 y 2.001, tres stand-by y dos de facilidades extendidas.

Según el análisis de Eduardo Basualdo<sup>5</sup>, durante la década

4 RUA, M., ob. cit.

5 BASUALDO, E.: *Estudios de historia económica argentina. Desde mediados del siglo XX a la actualidad*. Buenos Aires. Siglo XXI Editores. 2.013.

de 1.990 (gobierno neoliberal de Carlos Menen), la deuda externa privada aumentaba en razón de las ventajas que brindaba el diferencial de tasas de interés —entre la interna y la del exterior—, y la deuda externa estatal cumplía la función de proveer en el marco de la Convertibilidad las divisas necesarias para que se pudiera culminar el ciclo especulativo con la salida de capitales al exterior (la bicicleta financiera o “carry trade”).

La Oficina de Evaluación Independiente del FMI en un informe de 2.004 expresó que a fines del 2.000 ya se advertía una gran inquietud por la sustentabilidad del tipo de cambio y de la deuda, a pesar de lo cual el FMI continuó apoyando al gobierno argentino en su “esfuerzo” por preservar el régimen de convertibilidad.

El monto total del financiamiento anunciado fue de 39.700 millones de dólares a ser desembolsados entre 2.001 y 2.002 (al que Domingo Cavallo llamó “blindaje”). El último desembolso del FMI ingresó en agosto de 2.001 por 6.300 millones de dólares y, finalmente, en diciembre de 2.001, el FMI interrumpió los desembolsos a la Argentina.

Las políticas implementadas durante la década de los noventa fueron medidas fiscales contractivas, privatización de empresas públicas, reducción del gasto público y de la inversión estatal, flexibilización del mercado laboral, la apertura indiscriminada del comercio exterior, la liberalización cambiaria y la eliminación de los controles a los capitales especulativos, entre otras<sup>6</sup>, y su secuela, que Argentina tuviera un marcado retroceso en relación con los DESC.

Entre 2.003 y 2.013 —la mejor etapa del gobierno de los Kirchner— el PIB (producto interno bruto a precios constantes) creció a un promedio anual del 6,9%. El desendeudamiento se sostuvo a lo largo de sus doce años de mandato, durante los cuales el cociente Deuda Pública Total/PIB pasó de ser del 125,3% en 2.002, al 35,3% en 2.015, el desempleo bajó en forma significativa del 21% al 7% y la inflación se mantuvo en un dígito hasta 2.006<sup>7</sup>.

El déficit comercial que había predominado bajo la convertibi-

6 CEPAL: *Pobreza y política sociales en Argentina de los años noventa*. Sgo. de Chile. 2-004.

7 BASUALDO, E.: *Endeudar y fugar. Un análisis de la historia argentina desde Martínez de Hoz a Macri*. Buenos Aires. Siglo XXI Editores. 2.017.

lidad se revirtió por la aludida suba del precio de la “comodities”, dando lugar a un superávit comercial holgado que hizo posible una importante acumulación de reservas internacionales hasta el año 2.010, y también las cuentas fiscales se volvieron superavitarias (los superávit gemelos).

El proceso de “desendeudamiento” se logró mediante una reducción inicial del monto adeudado tras el canje de deuda realizado en 2.005 (luego reabierto en 2.010), el pago “al contado” de los vencimientos de capital con reservas internacionales (entre ellos el pago por adelantado al FMI) y la importante expansión del nivel de actividad industrial. Esto no quita que el stock de deuda pública nacional se incrementara en términos absolutos (en 2.013 superó los 200.000 millones de dólares), pero asociado con un cambio relevante en la condición de los acreedores (más del 60% correspondió a deuda interestatal), y en la incidencia de la deuda emitida en moneda nacional (aproximadamente el 46%, frente al 9% de antes de la reestructuración).

El crecimiento del PIB entre 2.003 y 2.013, se tradujo en decisiones que permitieron a la población gozar de más derechos sociales: el sector asalariado pasó a participar en más del 50% en la distribución de la riqueza, los salarios elevaron su poder de compra, cayeron los niveles de pobreza e indigencia, se reconoció la Asignación Universal por hijo, se abrieron moratorias para quienes no reunían suficientes aportes jubilatorios, se estableció el plan procrear para la vivienda, etc.

Luego los recurrentes problemas estructurales del sector externo y la diferencia de valor entre el dólar oficial y el “blue,” incrementaron la inflación y desmejoraron los indicadores sociales.

Con el arribo al gobierno de la Alianza Cambiemos en 2.015, se retornó al esquema neoliberal de “revalorización financiera” y endeudamiento, que situó al sector financiero como eje del modelo de acumulación en desmedro de la producción nacional.

Entre la batería de medidas que inmediatamente tomó la nueva administración, se cuentan la eliminación de los requisitos de encajes bancarios no remunerados, la supresión de los límites para la compra de moneda extranjera y de las trabas a las remesas de divisas por parte de las empresas extranjeras, la ampliación -y luego la nefasta supresión- de los plazos de la obligación de liquidar divisas provenientes de las exportaciones en el mercado de cambios, y también la derogación de la autorización previa para la compra de divisas bajo control de la administración tributaria.

Estas medidas condujeron significativamente al agravamiento de los problemas del sector externo y a una devaluación del peso, pues se habían abierto los grifos de salida de dólares y cerrado los de su entrada. Además las tasas reales positivas, que supuestamente aplacarían las expectativas inflacionarias (la inflación anual del periodo 2.016-2.018 fue del 40%, 25%, y 47%, respectivamente), desalentaron la producción de bienes y servicios en favor de la especulación financiera y las actividades rentísticas, obteniéndose ganancias positivas en dólares en un escenario donde resultaba posible acceder al mercado cambiario sin restricciones y girar libremente las divisas y rentas obtenidas. El endeudamiento público con el FMI fue indispensable para obtener dólares, volcarlos al mercado y concluir el circuito de la bicicleta financiera, pese a que el Convenio Constitutivo del FMI prohíbe utilizar los fondos prestados para financiar la salida periódica de divisas, tanto en forma de fuga de capitales como de salidas de capitales especulativos de extranjeros (art. VI Transferencias de capital, Sección

#### 1. A).

Las consecuencias que tuvieron las políticas de endeudamiento externo fueron nefastas. En poco más de tres años de gestión, las emisiones de deuda del Tesoro Nacional en moneda local y extranjera, los desembolsos por el préstamo con el FMI suscripto en junio de 2.018 (y renegociado en septiembre) y las emisiones de las provincias y las grandes corporaciones en moneda extranjera, totalizaron unos 187.706 millones de dólares. El 82,4% de esa deuda fueron colocaciones en moneda extranjera, cuando en la gestión anterior predominó el endeudamiento en moneda nacional. Y, lejos de llegar una “lluvia de inversiones”, la fuga de capitales superó los 90.000 millones de dólares.

En suma, las medidas económicas neoliberales seguidas por el gobierno de la Alianza Cambiemos con la colaboración del FMI, arrojaron saldos muy negativos sobre los derechos económicos, sociales y culturales.

Esta afectación de derechos humanos básicos fue advertida por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ONU, Consejo Económico y Social), quien tras examinar el cuarto informe periódico de Argentina (E/C.12/ARG/4) en su 58° reunión celebrada el 12 de octubre 2.018, expresó entre sus principales motivos de preocupación la reducción de los niveles de protección

efectiva de los derechos consagrados en el Pacto, en particular para las personas y los grupos desfavorecidos como consecuencia de la inflación y de las medidas de austeridad. También le preocupó la degradación de ministerios claves para la implementación de los derechos del Pacto al rango de secretarías de estado en el ámbito de otros ministerios, afectando su autonomía y sus funciones en el diseño e implementación de políticas públicas; el alto grado de desigualdad social en el Estado parte; que ciertas decisiones tributarias, como la reducción de la carga impositiva para grupos sociales de mayor ingreso o el mantenimiento de exenciones tributarias injustificadas, mermaran la capacidad redistributiva del sistema fiscal y limitaran la obtención de los recursos necesarios para garantizar los DESC; el aumento del desempleo a lo largo de los últimos cinco años, el alarmante incremento de los índices de desocupación en el primer trimestre del año 2.018 -que afectó en particular a los jóvenes y a las mujeres- y el número significativo de trabajadores que laboran en el sector informal de la economía y que no están debidamente protegidos por la legislación laboral, incluida la falta de acceso al derecho a la seguridad social.

Sobre esta última cuestión, el Comité se mostró particularmente preocupado por el impacto negativo que la Ley N° 27.426 (2.017) de Reforma Previsional tuvo en la actualización de las jubilaciones y asignaciones familiares del Estado parte y, también, por la masiva suspensión de las pensiones no contributivas a personas con discapacidad sin adecuada garantía del debido proceso, recomendando restituir las pensiones canceladas con afectación del debido proceso, suspendiendo el Decreto 432/97, y garantizando un plazo razonable para que las personas afectadas puedan interponer un recurso con garantías al debido proceso.

Finalmente, el Comité instó al Estado parte a restablecer el cálculo de actualización contemplado en la Ley N° 27.160 y a condicionar todas las futuras medidas sobre pensiones al respeto del principio de no-regresión en el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales de los beneficiarios, en particular en cuanto a las pensiones no contributivas y pensiones por discapacidad.

## 5. SÍNTESIS SOBRE LO HASTA AQUÍ EXPRESADO

El marco internacional de los derechos humanos se ha buscado poner límites a aquellos acreedores externos que restrinjan la con-

secución de estos derechos en los países deudores, tal el caso de los “Principios Rectores relativos a las evaluaciones de los efectos de las reformas económicas en los derechos humanos” -aprobados por el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas en 2.019-, que sistematizan las obligaciones de los acreedores en materia de derechos humanos y, de manera correlativa, el modo en que sus créditos son regulados y limitados.

La razón es que el FMI no puede estar por encima de los derechos humanos consagrados en las convenciones internacionales y las Constituciones locales, ni tampoco pueden existir tensiones causadas por la injerencia del organismo sobre las políticas económicas de los Estados que se tornen en una amenaza real para aquellos derechos.

Empero, como estas preceptivas no poseen medidas coercitivas para su cumplimiento -tornándose en meras recomendaciones-, la Argentina, según intenté demostrarlo en los puntos anteriores, ha sufrido los efectos regresivos de los sucesivos programas de austeridad aceptados como condicionalidad de los préstamos. Así entonces, aun poseyendo en abundancia todo tipo de recursos naturales (agua, alimentos, fuentes de energía de todo tipo, riquezas mineras inconmensurables, etc.), sufre de severas restricciones en el sector externo, dependencia económica, limitaciones de medios financieros para ampliar su base productiva y diversificar sus exportaciones, desarrollar su industria, y promover la investigación científico-tecnológica, todo agravado por un sistema tributario francamente regresivo, por la gran extranjerización de su economía y la persistente fuga de capitales (evasión y elusión fiscal, contrabando, sobrefacturación de importaciones, subfacturación de exportaciones, ficticias transacciones intra-corporación, etc.).

Sus resultados son el estancamiento del PIB y de la actividad económica, que directamente repercuten sobre la distribución del ingreso, el empleo (desempleo, sub-empleo, empleo precario, empleo informal, y empleo en negro), la pobreza estructural y la exclusión social.

Por otro lado, y esto es obvio, la efectividad muchos DESC depende de la implementación de políticas públicas -o políticas de Estado si se prefiere- o al menos de grandes inversiones dinerarias, imposibles de concretar en lo inmediato por las perjudiciales transformaciones y limitaciones derivadas de las políticas neoliberales adoptadas en los periodos supra indicados.

Frente a la complejidad de las cuestiones analizadas, me per-

mitiré realizar una sugerencia. La realidad social es una sola, aunque por razones didácticas y metodológicas su abordaje se realiza a través de distintas disciplinas que la fragmentan según su objeto. Lo que es correcto, ya que sería abrumador -o imposible- aprender simultáneamente derecho, historia, economía, sociología, antropología, etc.

Sin embargo a veces desde una disciplina social es imprescindible incursionar en otras para poder esclarecer las problemáticas que se presentan, porque a partir de la codificación de la materia constitucional realizada en los siglos XVIII, XIX y XX, el estudio de las Constituciones se redujo a la interpretación lógica de las prescripciones escritas, creándose dentro de la dogmática jurídica lo que se llama el “derecho constitucional” –acotación válida para el derecho administrativo, estrechamente ligado al primero-, pero con este proceder las estructuras legales de los regímenes políticos quedaron totalmente aisladas de las fuerzas, las acciones y los intereses de los actores sociales que interactúan y sustentan a ese régimen, desapareciendo de dicho estudio cualquier referencia a los grupos humanos e instituciones dominantes<sup>8</sup>.

Por ello, a mi modo de ver, tal vez, sería conveniente que el estudio de los derechos humanos esté acompañado del repaso –aunque sea elemental- de los procesos políticos y económicos en que nacieron, se desarrollaron y en los que actualmente rigen; para así visualizar como la acción de factores de poder local e internacional (como el FMI y el Banco Mundial), desembocó en la paradoja planteada al inicio de este trabajo<sup>9</sup>.

## 6. LEYES REPARATORIAS. APOORTE PERSONAL

El terrorismo de Estado en nuestro país (1.976-1.983) fue un factor que, en el campo de la seguridad social, motivó la sanción de distintas normas destinadas a compensar pecuniariamente a quienes fueron perseguidos políticamente y/o sufrieron daños

8 SAMPAY, A.: *Constitución y Pueblo*. Buenos Aires. Cuenca Ediciones. 1.973.

9 VILAS, C.M.: *Ajuste estructural como reforma del Estado: una vez más sobre el Banco Mundial en América Latina*. Buenos Aires. Revista Realidad Económica (IADE). 2.014.

derivados de un accionar ilegítimo y discriminatorio.

Con el retorno a la democracia -1.983- se implementaron políticas de reparación que actuaban sectorialmente, más precisamente sobre personas que habían visto vulnerados sus derechos en relación a su vínculo con ciertos organismos nacionales (Leyes Nros. 23.053, 23.117, 23.238, 23.523 y 23.278). Sólo la Ley N° 23.466 estableció un régimen general.

Si bien el gobierno del presidente Raúl Alfonsín apoyó fuertemente y promovió el archivo y la memoria a través de la Conadep e impulsó el juzgamiento de los responsables militares, también sancionó las Leyes de “punto final” N° 23.492 y de “obediencia debida” N° 23.521. A estas leyes se les sumaron los decretos de indultos a militares y civiles otorgados por el presidente Carlos S. Menem, lo que produjo que las víctimas y familiares de la dictadura acudieran a la CIDH para denunciar la violación de los tratados internacionales a los cuales Argentina había suscripto.

En 1.992 la CIDH elabora el Informe N° 28/92 mediante el cual establece que las Leyes Nros. 23.492 y 23.521, y el decreto 1002/1989, son incompatibles con los tratados internacionales de DDHH y recomienda al gobierno argentino una justa compensación a las víctimas y la adopción de medidas para juzgar a los responsables.

Paralelamente las acciones por daños y perjuicios que demandaban al Estado por su accionar, se encontraban con el problema de la prescripción de la acción civil de dos años que imponía el Código Civil. Nuevamente, los damnificados recurrieron a la CIDH, que se pronunció al respecto en el Informe N° 1/93.

La resolución de la CIDH comprometió al Gobierno en la elaboración de una norma para reparar las violaciones que se habían cometido durante la dictadura como consecuencia de la detención ilegal y la desaparición de personas.

En ese contexto fue sancionada la Ley N° 24.043, a la que le sucedieron las Leyes Nros. 24.321, 24.411, 25.192, 25.914, 26.564 y 26.913 que integran un conjunto de normas jurídicas específicas destinadas a tutelar la situación de sujetos a los que se considera víctimas de persecución política por parte de los gobiernos militares.

El Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, es la autoridad de aplicación del régimen reparatorio de las Leyes Nros 25.914 y 26.564 (conf. Art. 3, Ley N° 25.914; art. 7, Ley N° 26.564; Ley de Ministerios, t.o. 1.992 y sus modificaciones, art.



22, apartado 19); mientras que el titular de la Secretaría de Derechos Humanos es quien se encuentra facultado para resolver sobre la procedencia del beneficio de la Ley N° 26.913 (conf. Art. 6° de la Ley N° 26.913 y art. 6° del Anexo al Decreto N° 1058/2014).

Por otra parte, desde la reforma de la Ley de Ministerios –cit. t.o. 1.992 y sus modificaciones- dispuesta por la Ley N° 25.233 (y con arreglo a las modificaciones introducidas por la Ley N° 26.338 y por el Decreto N° 1.993/10), el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos sustituyó al Ministerio del Interior en el carácter de autoridad de aplicación de los regímenes de las Leyes Nros. 24.043, 24.411 y 25.192.

Estas leyes se rigen por el circuito administrativo establecido por la Resolución MJ y DH N° 622 del 6 de mayo de 2.011, que prevé la intervención de la Dirección General de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, en la que trabaja como asesora y en la que diariamente nos expedimos respecto de su procedencia.

Estas normas, definidas por la CIDH como un “derecho a una indemnización por parte del Estado por no garantizar el derecho a la vida, integridad física y libertad de las víctimas”, constituyen una política de Estado basada en el cumplimiento de los compromisos derivados de la aplicación de la Constitución Nacional y los Tratados y Convenciones de Derechos Humanos incorporados con jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22, CN), como así también derivada de los compromisos asumidos con los órganos de protección de tales derechos en el ámbito regional.

Es menester destacar que, conforme al derecho internacional de los Derechos Humanos, los Estados tienen la obligación de reparar las violaciones masivas de manera integral, y dichas reparaciones se deben brindar de manera efectiva, adecuada y rápida.

Al respecto, se ha pronunciado la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la Resolución N° 60/147 que creó los “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”. En dicho instrumento, la Asamblea General ha establecido que “... Una reparación adecuada, efectiva y rápida tiene por finalidad promover la justicia, remediando las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o las violaciones graves del derecho internacional humanitario...”.

En consonancia, se ha pronunciado la Corte IDH en el “Caso de la Masacre de la Rochela vs. Colombia” al manifestar que “el Estado debe asegurar que las reclamaciones de reparación formuladas por las víctimas de graves violaciones de derechos humanos y sus familiares no enfrenten complejidades ni cargas procesales excesivas que signifiquen un impedimento u obstrucción a la satisfacción de sus derechos”.

Lo hasta aquí expuesto, permite determinar que las normas internas deben interpretarse acorde con la normativa internacional y los compromisos internacionales asumidos por el Estado Nacional; a su vez, requiere un examen que compatibilice las disposiciones legales internas y los instrumentos internacionales suscriptos por el Estado, así como también, las observaciones y recomendaciones de los órganos de control del Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte IDH.

Las leyes bajo análisis receptan derechos tutelados en instrumentos internacionales de derechos humanos, respecto los cuales nuestro país, al haberlos firmado y ratificado, resulta obligado a implementar acciones legislativas, administrativas y presupuestarias para hacerlos efectivos.

El artículo 14 de nuestra Constitución Nacional, proclama el derecho a peticionar a las autoridades; ello importa a la vez el derecho a obtener una decisión fundada. Es por eso que la Administración está obligada a expedirse sobre todas las cuestiones que se le plantean y en tiempo oportuno; además, tal deber, surge claramente del art. 7, inc. c) de la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo N° 19.549.

Pese a ello, al no existir prácticamente responsabilidad alguna para el funcionario que no decide en tiempo oportuno un recurso, reclamo o simple petición, los ciudadanos deben acostumbrarse, la mayoría de veces, al silencio de la Administración.

Frente a tal situación, son correctas las técnicas administrativas y judiciales para revertirla; empero, el Estado debiera procurar que los tiempos para que la Administración se expida sean razonables y que la instancia judicial sea el último recurso para que los derechos puedan ejercerse de manera efectiva.

Ahora bien, como operadora jurídica de la citada Dirección a diario me encuentro con expedientes en los que tramitan solicitudes de reconocimiento de los beneficios instituidos en las mentadas leyes, que han sido iniciados casi una década atrás.

De ahí, que la existencia de un Estado comprometido normativamente sea una condición necesaria, pero no suficiente, por lo que se propone a esos efectos un control externo.

Considerando que en nuestro país tenemos múltiples Organismos de Derechos Humanos, avocados exclusivamente a la materia que nos ocupa que cuentan con gran legitimidad ante la opinión pública, y que al mismo tiempo poseen capacidad para fiscalizar objetiva e independientemente los actos gubernamentales que puedan tener consecuencias negativas para la plena vigencia de los derechos humanos, sería interesante que con su participación se institucionalicen mecanismos de control por los que las obligaciones asumidas por el Ministerio no se circunscriban al deber objetivo surgido de las normas ni a los procedimientos formales previamente definidos.

Este control podría ser institucionalizado, por ejemplo, a través de una resolución ministerial. La medida debiera establecer su estructura organizacional y funcionamiento; la creación de una comisión o unidad de control que, entre otras cosas, otorgue facultades para exigir rendición de cuentas a los funcionarios responsables de las áreas por las que tramitan los expedientes, cuando observen irregularidades o demoras injustificadas; que contemple advertencias y hasta sanciones por incumplimientos; la previsión de proporcionar información a la opinión pública, etc.

También, ante la detección de la vulneración de derechos en el trámite de las actuaciones, cuente con la potestad de hacer exhortaciones al titular del Ministerio y para el caso que dichas exhortaciones sean desatendidas, tenga obligación de poner el hecho en conocimiento de la Comisión de Derechos Humanos y Garantías del Congreso Nacional. Así pues, devendría un sistema de información que retroalimentaría a la opinión pública y a los legisladores, de modo que permita obtener elementos de juicio indispensables para la toma de decisiones.

El control, entonces, no sólo se instalaría respecto de demoras injustificadas en la tramitación de los expedientes –circuito interno–, sino también respecto de las razones y/o pretextos por los cuales el Ministerio, suspende o entorpece el tratamiento de nuevas solicitudes de los beneficios previstos en las leyes que nos ocupan.

Esta propuesta radica básicamente en la importancia de que

haya un control real que brinde información de calidad suficiente generada por organismos especializados, con el propósito de evitar márgenes inadecuados de discrecionalidad en la esfera administrativa que fomenten o propicien el desarrollo de prácticas arbitrarias que, de llevarse a cabo, acarrearían consecuencias a los responsables.

Asimismo, la experiencia ha demostrado que, durante la gestión del último gobierno de sesgo neoliberal, prácticamente se paralizaron las tramitaciones de algunas normas que integran dicho plexo normativo, por lo que resultaría una razón más que elocuente imponer un tipo de control como el planteado a los fines de no quedar supeditada la actuación del Ministerio, a la ideología del gobierno de turno.

Sin duda, esta idea es susceptible de crítica, discusión y mejora; Fuera de eso, corresponde aclarar que sólo se trata de una propuesta que, en caso de ser acogida, su implementación y reglamentación correspondería a áreas técnicas del Ministerio, que por razones de competencia exceden mi labor en la Dirección en la que me desempeño.

## 7. CONCLUSIÓN

Como es sabido, los órganos internacionales que aplican los Tratados Internacionales de DDHH vienen generando una doctrina presupuestaria: cómo debe ser la política presupuestaria a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Y, en lo que aquí interesa, postulan expresamente que la política financiera de los Estados no es discrecional porque se debe dar preeminencia al gasto público en materia de DESC, adjudicándole mayores partidas presupuestarias y tornando más eficiente su ejecución.

No obstante, considero que en el presente trabajo ha quedado patentizado que para el cabal cumplimiento de esas obligaciones internacionales, no sería suficiente la autolimitación de la discrecionalidad del Estado en materia de disposición presupuestaria, en la medida que los gobiernos sigan adoptando sistemas económicos neoliberales que restringen ostensiblemente la disponibilidad de recursos financieros.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Víctor y Courtis, Christian, “Los derechos sociales como derechos exigibles”, ed. Trotta, Madrid, 2.004.
- Azpiazu, D., Manzanelli, P. y Schorr, M., “Concentración y extranjerización. La Argentina en la postconvertibilidad”, Capital Intelectual, Buenos Aires, 2.011.
- Basualdo, Eduardo, “Endeudar y fugar. Un análisis de la historia Argentina desde Martínez de Hoz a Macri”, Buenos Aires, Siglo XXI Ed.(s), 2.017.
- Basualdo, Eduardo, “Estudios de Historia Económica Argentina. Desde mediados del siglo XX a la actualidad”, Buenos Aires, Siglo XXI Ed.(s), Buenos Aires, 2.013.
- CEPAL. “Pobreza y políticas sociales en Argentina de los años noventa”, Pablo Vinocur y Leopoldo Halperin, División de Desarrollo Social y Políticas Sociales, Santiago de Chile, 2.004.
- CEPAL. “Recursos naturales e infraestructura”, Nros. 121 y 122, Chile, 2.007.
- CEPAL. Jiménez, J. P, Gómez Sabaini, J. C. y Podestá, A., “Evasión y equidad en América Latina”, 2.010.
- Courtis, Christian (Compilador), “Ni un paso atrás: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales”, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 2.006.
- Organización de los Estados Americanos. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II.129. Doc. 4. 2007. Recuperado de: [http://www.cidh.org/countryrep/accesodesc07sp/accesodesciii.sp.htm#\\_ftn49](http://www.cidh.org/countryrep/accesodesc07sp/accesodesciii.sp.htm#_ftn49)
- Rojas, Sonia Esmeralda, “Derecho y Realidad, artículo de reflexión”, Bogotá, 2017.
- Rua, Magdalena, “El rol del FMI en la economía argentina. Fuga de capitales y estructura tributaria regresiva”, Universidad de Buenos Aires, Revista Derechos en Acción, Año 6, N° 18, 2020.
- Sandoval, A. y De la Torre, C. (Coords.) “Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Exigibles y justiciables”. Preguntas y respuestas sobre los DESC y el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Espacio DESC-PIDHDD-ONUDH, México, 2.010.
- Sampay, Arturo E. - “Constitución y Pueblo”, 1ra. ed., Cuenca Ediciones, Buenos Aires, 1.973.

- The Tax Justice Network, “The state of tax Justice” (informe anual), Nov. 2.020.
- Vilas, Carlos María – “Ajuste estructural como reforma del Estado: una vez más sobre el Banco Mundial en América Latina”, en Realidad Económica (IADE), revista N° 287, Buenos Aires, octubre/ noviembre de 2.014.



## **CONCURSO CAE**

DÉBORA FIHMAN Y SILVIA CÉSPEDES  
GUIDO JOSÉ JAMER

---

---

*Para celebrar el aniversario número setenta y cinco de la creación del Cuerpo de Abogados y Abogadas del Estado (en adelante, CAE), se dictó la Resolución 2022-69-APN-PTN que dispuso que se llevara a cabo una convocatoria para la presentación de trabajos, investigaciones y ensayos por parte de los y las integrantes de ese Cuerpo. Esta convocatoria abona a las funciones de la Procuración, que acompañando la competencia para intervenir en asuntos de mayor complejidad y la necesidad de coordinar la tarea de los diferentes servicios jurídicos, ofrece a través de la Escuela del Cuerpo de Abogadas y Abogados una formación continua y de calidad. A través del Decreto 754/1994 se crea ese ámbito de formación profesional, cuyo principal objetivo es brindar herramientas para que las tareas que cumplen quienes abogan en defensa y asesoramiento del Estado sea de excelencia académica.*

*Cabe destacar que la creación del CAE fue parte de las medidas dictadas en el Primer Plan Quinquenal dirigido a transformar el Estado y la defensa de sus intereses. Esta convocatoria fue parte de una agenda de la Procuración del Tesoro de la Nación dirigida a difundir la historia y los objetivos del CAE desde su creación mediante la sanción de la ley 12.954 durante el gobierno de Juan Domingo Perón en el año 1947. Este Cuerpo debía dedicarse al asesoramiento jurídico y defensa del Poder Ejecutivo y de todos los servicios jurídicos que integran la Administración Pública Nacional.*

*Se han recibido trabajos inéditos de investigación y análisis jurídico, vinculados con temas de Derecho Constitucional y Administrativo que fueron oportunamente presentados por integrantes del Cuerpo, en múltiples formatos que incluyeron artículos doctrinarios, análisis de dictámenes, reseñas bibliográficos y ensayos. Conforme a lo indicado por la Resolución 2022-69-APN-PTN, los trabajos recibidos fueron evaluados por un Tribunal integrado por las doctoras Claudia Rivero (Directora General de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Salud de la Nación), la Dra. Angelina Abbona, ex Procuradora del Tesoro, la Dra. Mariana Basualdo, Directora AAJJ de la Secreta-*



*ría Legal y Técnica; y los doctores Alejandro Amaro (Director general de Asuntos Jurídicos del Ministerio del interior); Edgardo Nigro (Director de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos), Gustavo Silva Tamayo (Director nacional de Dictámenes de la Procuración del Tesoro); el Dr. Martín Calleja (Director AAJJ del Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación) seleccionó los trabajos presentados por Silvia Céspedes y Debora Fihman titulado “La perspectiva de género en la interpretación constitucional”, y el Dr. Guido José Jamer cuyo aporte se titula, “Inevitable osadía: hacia una inminente incorporación de la tecnología blockchain, la lógica de smart contracts e inteligencia artificial al derecho administrativo argentino”. Ambos artículos resultaron premiados en la Convocatoria y, por este motivo, hemos dedicado un especial apartado para su publicación.*

## INTERPRETACIÓN Y GÉNERO

DÉBORA FIHMAN Y SILVIA CÉSPEDES

Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados y Abogadas del Estado |  
Octubre 2023 | Año 7 N° 9 | Buenos Aires, Argentina (ISSN 2796-8642) |  
pp. 271-287

*“Los dogmas no son concluyentes sino ocluyentes, tapan el libre juego de nuestros sentidos y la libertad de nuestra razón”.*

Fernando Savater

### 1. INTRODUCCIÓN

Muchas veces en el mundo del derecho los conceptos de flexibilidad o mutabilidad pueden ser resistidos. El normativismo se ha caracterizado por sus rasgos pétreos y netamente positivistas.

Sin embargo, una mirada ontológica del derecho nos permite observar que aceptar una construcción estática del derecho nos enfrenta a dogmatismos que dejan poco lugar para una verdadera racionalización de las normas jurídicas.

En este afán de obtener una realidad material del derecho y no puramente formal es que nos adentramos en este trabajo abordando los diversos parámetros que existen a fin de aplicar la ley en el mundo actual.

Corresponde anticiparnos a afirmar que nuestra preocupación principal son las decisiones jurídicas, partiendo de entender al derecho como conformado tanto por normas y como por principios, por cuanto estos últimos deben ser tenidos en cuenta a la hora de la aplicación de la ley.

Finalmente, en concordancia con nuestra intención de concebir al derecho como una ciencia no dogmática capaz de mutar y adaptarse con las herramientas históricas culturales y sociales entendemos que sin duda hay un novedoso principio que ha logrado conmovier de manera transversal todas las áreas del derecho y esto



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

es la perspectiva de género.

Esta calidad transversal y la profundidad de su contenido es lo que nos han llamado a entender la importancia de su inclusión y sus múltiples implicancias en el mundo del derecho.

Desde este lugar, analizaremos como los nuevos parámetros de construcción de la cultura de género y de los derechos de la mujer, se han convertido en una verdadera revolución en el mundo de la interpretación jurídica.

En este marco, la aplicación de la perspectiva de género como principio de interpretación plantea un desafío para nuestros tribunales, interesándonos particularmente la Interpretación Constitucional de Nuestro Superior Tribunal. Por lo cual nos abocaremos a su análisis

## 2. LA INTERPRETACION JURIDICA Y SUS CONSECUENCIAS

Dentro de las nociones básicas del derecho, existe una arista que muchas veces resulta subestimada, que consiste en ese paso de la universalidad normativa a la concreción de la vida práctica del derecho. Ese paso al que llamamos: “momento interpretativo”, requiere necesariamente una actividad racional que determina la aplicación del derecho por parte de los jueces.

Así, observamos que la teoría del derecho parte de las descripciones y de la experiencia y se nutre de las prácticas efectivas de los Tribunales, en las que cobra fundamental importancia lo decidido por las Cortes Constitucionales, que resultan ser los últimos intérpretes. De allí, la importancia de entender la compleja práctica constitucional que redunda en la realidad concreta de la aplicación del plexo normativo en su integridad.

Por eso afirmamos con certeza que, el derecho y la teoría no pueden resultar ajenos al cambio socio-cultural, al que se suma la mutación en la concepción de la justicia constitucional. En el s. XX la justicia constitucional era concebida principalmente de modo formal, concentrada y diseñada de acuerdo con el modelo kelseniano: la constitución limitando los poderes del estado y/o protegiendo los derechos fundamentales. Este modelo se contraponen con el modelo difuso norteamericano o de “judicial review”, consagrado en Estados Unidos por el Juez Marshall desde la Sentencia Marbury v. Madison en 1803, a partir de los precedentes de control de constitucionalidad

de leyes estatales.

En nuestro país, la Corte Suprema, si bien ha tomado en préstamo diversos precedentes de su par americano, no ha adoptado en particular ningún modelo definido de decisión, teniendo influencias tanto del derecho continental europeo como del americano.

En el plano de la filosofía del derecho, Schmitt, quien ha polemizado con Kelsen y cuyo pensamiento ha sido soslayado por razones que no cabe analizar en estas líneas, sostiene que el “*derecho es la positivización de la voluntad de quien decide*”, tanto referida a los principios constitucionales, las normas generales o las decisiones judiciales. La ley en sí misma no gobierna: su génesis como norma civil requiere una decisión-acción humana que, a través de la normatividad estatal, configura un orden existencial y convivencial concreto. La ley es “tal”, sólo si un ser humano la aplica, esto es, la particulariza, la ejecuta, juzga con ella. Si bien esta concepción es la que da base al llamado *decisionismo*, con el que se identifica el pensamiento del jurista alemán, sus palabras resultan hoy particularmente relevantes. Su polémica con Kelsen encierra un largo contrapunto en relación a quién debe ser guardián o protector de la Constitución, en una época en la cual la situación política y constitucional era de por sí compleja. En este contrapunto están también los autores que dirigen profundas críticas en torno al excesivo formalismo de la teoría kelseniana como “lógica vacía”, incapaz de dar cuenta de los fenómenos reales de la vida del derecho. Su pureza científica y el consiguiente rechazo a toda intromisión valorativa o política en la ciencia es entendida como una mera expresión de la vieja ideología liberal positivista del S. XIX.

En la actualidad, la justicia constitucional trasciende ambas concepciones y se entiende como un concepto material y sustantivo, produciéndose, para algunos autores, una conexión necesaria entre el derecho y la moral.

Como lo explica Sagüés en su análisis jurisprudencial, la Corte ha ido receptando esta idea de que la “interpretación auténtica de la Constitución no puede olvidar los antecedentes que hicieron de ella una creación viva impregnada de realidad argentina, a fin de que dentro de su elasticidad y generalidad le impide envejecer con el cambio de ideas crecimiento o redistribución de intereses “Cochia” Fallos: 316:2624”

Es decir, la complejidad de la interpretación constitucional nos obliga a realizar una reflexión que implica aceptar que las decisiones de la Corte Suprema como último interprete de la constitución, trae

aparejado el reconocimiento de una concepción filosófica que acepta una mirada no rígida de ese texto normativo. Así, en este proceso van adicionándose, cual ingredientes, múltiples factores que implican la aplicación de principios jurídicos, adquisición de miradas teológicas, búsqueda de consensos sociales y culturales.

Las consecuencias de esta postura que venimos sosteniendo son múltiples, por un lado la constitución al no resultar dogmática permite la retroalimentación del tejido social, siendo que una interpretación dinámica de la misma conlleva a la introducción de concepciones dinámicas del derecho.

Desde este lugar podemos decir que la interpretación constitucional resulta un elemento más en la construcción de legitimidad democrática, pues su aplicación se convierte en causa y consecuencia de procesos políticos.

Incluso las tesis opuestas coinciden en este punto pues para para Kelsen, los tribunales constitucionales constituían un medio idóneo para hacer efectiva la esencia de la democracia, ofreciendo un instrumento para la protección de los derechos de las minorías frente a las decisiones de la mayoría, pero también representaba una garantía para la voluntad del Parlamento expresada en las leyes.

Para Schmitt, el orden jurídico reposa sobre una decisión y no sobre una norma. Los litigios constitucionales son siempre políticos como también las dudas y opiniones sobre la interpretación de las leyes constitucionales. Una decisión sobre la constitucionalidad nunca es apolítica y la comprobación de la constitucionalidad de las leyes es una exigencia del Estado de Derecho. Distingue así a la Constitución entendida como decisión sobre la existencia política de un Estado de la ley constitucional, como la realización normativa que presupone aquélla como fundamento. Agrega que toda instancia que pone fuera de duda y resuelve auténticamente el contenido dudoso de una ley, realiza de manera efectiva, una misión de legislador.

Esta conclusión a la que arribamos, no es menor e incluso es el disparador que nos convoca al objetivo mismo de este trabajo. Pues la interpretación constitucional será atravesada inevitablemente por el paradigma socio cultural de la época, colaborando asimismo con la construcción de las nuevas concepciones de derechos fundamentales.

Así, las Cortes Constitucionales se evidencian como protagonistas, que tutelan y promueven, los derechos básicos de nuevos movimientos sociales. En este marco las cuestiones de género se posi-

cionan como una revolución jurídica que nosotros nos proponemos indagar y entender, convencidos de que la teoría jurídica no puede ser dogmática sino un proceso que da “vida al derecho” como ciencia netamente social.

### 3. CONCEPCIONES SOBRE GÉNERO:

La problemática referida a la cuestión de género supone, de por sí, el reconocimiento de un enorme cambio socio-cultural. Si bien la cuestión puede ser abordada desde ángulos diversos, resulta fundamental tener presente que el “género” es entendido como conjunto de asignaciones de todo tipo -potencialidades y prohibiciones- que la sociedad atribuye a los sexos.

La categoría género remite necesariamente a las diferencias, imprimiéndole a la diferencia biológica entre los sexos connotaciones de tipo cultural, que llenan de un contenido especial lo femenino y lo masculino.

La problematización de las relaciones de género logró romper con la idea del carácter natural de las conductas femeninas o masculinas, de modo que se ha logrado visibilizar que la categoría de género se construye socialmente a través de un proceso de socialización que utiliza instituciones como: la familia, la escuela y el Estado.

El feminismo realiza valiosos aportes que comprenden que las mujeres no deciden espontáneamente sus roles en la comunidad, sino que hay un entrenamiento diario que las prepara para el lugar que ocupan socialmente.

Así, Judith Butler explica excepcionalmente que “...el género es entonces precisamente eso, una identidad construida, un resultado performativo llevado a cabo para la audiencia social mundana.”

Es en esta línea que a finales de los años ochenta, comienza a visibilizarse el concepto de deconstrucción a fin de lograr revelar y evidenciar el status de las posiciones de poder entre mujeres y varones.

Esto significa, que las diferencias propias de cada género sean recibidas como aquel enriquecimiento que nos provee “lo otro”, sin que sean jerarquizadas en ninguno de los dos sentidos. En efecto, el feminismo no tiene una filosofía de oposición, sino una filosofía política de alternativas. A fin de favorecer una sociedad igualitaria. Luchamos por la deconstrucción del patriarcado y por la construcción de relaciones igualitarias.

Esta corriente obliga al mundo jurídico a una resignificación del

concepto de “igualdad”, lo cual implicará múltiples consecuencias no solo en la legislación sino también en la aplicación misma del derecho a través de la interpretación de principios alineados con esta mutabilidad social.

En este marco, nace la integración del principio de la perspectiva de género, que consiste en una estrategia metodológica para detectar y equilibrar las desigualdades entre los géneros, a través de la implementación, monitoreo y evaluación de políticas y programas en la todas las esferas sociales e institucionales de construcción de poder.

Claramente el enfoque jurídico como reflejo de la sociedad en la que transita, no puede escapar de esta lógica, por cuanto tanto la normativa como la interpretación judicial deben ser atravesadas por este principio de perspectiva de género.

Es así, que a partir de 1994 con la incorporación de los tratados internacionales y demás leyes, nuestro país dictó en consecuencia una vasta regulación jurídica en relación con la protección integral a las mujeres. Esta normativa tiene por objeto la remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género, y las relaciones de poder sobre la mujer. Convirtiéndose, en definitiva, como de orden público, la exigencia encaminada a que los tres poderes del Estado adopten las medidas necesarias y velen por el respeto irrestricto del derecho constitucional a la igualdad entre mujeres y varones.

En este sentido Marcel Basterra explica que esta visión realiza un análisis de la desigualdad estructural entre sujetos privilegiados y grupos desaventajados.

Al respecto, se afirma que este enfoque “(...) provee marcos teóricos y metodologías útiles para analizar e intervenir sobre las desigualdades estructurales en el acceso a bienes materiales y simbólicos que afectan a los sujetos en función de su identidad o expresión de género, el complejo modo en que se apropian subjetivamente de, y son asignados socialmente en relación con, la femineidad o la masculinidad.”

En este sentido, la incorporación de esta perspectiva en las políticas públicas se vuelve trascendental, ya que su ausencia consagra privilegios para los grupos hegemónicos y refuerza las condiciones de vulnerabilidad que afectan a este colectivo históricamente discriminado.

En el mismo sentido debe concluirse que siendo que el género es una construcción social que se crea y transmite cultural y socialmente, su deconstrucción a fin de lograr la equidad de género requiere de

la actuación del Estado para impulsar modificaciones en el sistema y eliminar roles patriarcales.

En lo que nos cabe respecto del mundo normativo, debemos entonces entender la primerísima función que poseen los intérpretes judiciales en la aplicación de las reglas jurídicas. Los aparatos judiciales no pueden estar ajenos al principio de perspectiva de género, siendo que la jurisprudencia que establecen, contribuye al acervo intelectual y socio-cultural que en definitiva redundará en la contribución de la deconstrucción de estereotipos de género que impliquen condiciones de desigualdad para la mujer.

Se trata, entonces, de un cambio de paradigma donde desde una plataforma teórica se cuestionen los estereotipos y se elaboren nuevos contenidos que permitan incidir en el imaginario colectivo de una sociedad al servicio de la igualdad y la equidad.

#### 4. LA REGULACION EN MATERIA DE GÉNERO Y SU TRANSVERSALIDAD:

De nuestros análisis entonces se desprende, que entre las cuestiones que hoy se encuentran en el centro de la preocupación de la teoría jurídica hay dos particularmente interesantes, cuyo entrelazamiento invita a la reflexión.

Una de ellas es la interpretación constitucional a la que ya nos hemos referido, y la otra, de la cual no puede desentenderse, es la cuestión de la perspectiva de género.

Esta última tutelada como consecuencia de la asunción, por parte de la Argentina, de un fuerte compromiso con los derechos de género. Así, la reforma constitucional de 1994 modificó la jerarquía de fuentes normativas e introdujo más de una decena de instrumentos internacionales referidos a derechos humanos, a los que les otorga jerarquía constitucional. En sede judicial se comenzó a manejar una doble fuente de protección de los derechos fundamentales: por un lado, la que brinda la propia Constitución Argentina y, por otro, la que proviene del derecho internacional de los derechos humanos. A tales instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos se sumó la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, por cuya adhesión se adopta la perspectiva de género como principio interpretativo más que una mera directiva de interpretación.



Son dos las leyes fundamentales que tratan la problemática de género: la 26.485 de 2009 y la 27.501 de 2019, conocida como “Convención Belém Do Pará, ratificada por la Argentina mediante la ley 24.632. Sin embargo hay otras leyes como la n° 27.501, que incorpora el acoso callejero como modalidad de violencia a la mujer, la n° 27.452 que en el artículo 1 crea el Régimen de Reparación Económica para las niñas, niños y adolescentes, la n° 27.363 que modifica el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina para privar en ciertos casos de la responsabilidad parental, la n°27.352 que modifica el Código Penal de la Nación con el objetivo de precisar las acciones que implican el delito de abuso sexual, la n° 27.234 que establece las bases para que en todos los establecimientos educativos del país, públicos o privados, de nivel primario, secundario y terciario se realice la jornada “Educar en Igualdad: Prevención y Erradicación de la Violencia de Género”, la n°27.210 que crea el Cuerpo de Abogadas y Abogados para Víctimas de Violencia de Género en el ámbito de la Secretaría de Justicia del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, la n°26.842 que modifica la ley 26.364 de Trata de personas y asistencia a sus víctimas, la n°26.791 y Decreto 2396/2012, que tipifica el homicidio agravado de mujeres y también la Ley de Identidad de Género (Ley 26.743) reglamentada por dec. 1007/2012.

En esta línea, en el año 2004 se creó en el marco de la OEA, el Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará (MESCEVI) que tiene un foro de intercambio y cooperación entre los entre los Estados Parte de la Convención y posee un Comité de Expertas/os, que se encarga de realizar el análisis y evaluación del proceso de implementación de la Convención.

Emblemática resulta la ley Micaela, que impone el deber para los tres poderes del estado de implementar la capacitación obligatoria, en las temática de género, así observamos que en el informe de elevación del proyecto, invoca el informe particular para Argentina N° 6 de la CEDAW (2010) que en el párrafo 16, insta: “al Estado parte a que vele por que la judicatura, incluidos jueces, abogados, fiscales y defensores públicos, conozca los derechos de la mujer y las obligaciones del Estado parte con arreglo a la Convención. En el informe se alienta al Estado a que imparta capacitación sobre cuestiones de género a todos los miembros del sistema de justicia, entre ellos los organismos encargados de hacer cumplir la ley, y a que vigile los resultados de esa labor.”

La remoción de las dificultades para el acceso efectivo de la mujer

en la justicia, a través de la modernización de los aparatos judiciales, no escapa al rol que en ello cumple la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la que en las últimas décadas ha realizado diversas gestiones en el sentido indicado. Una de estas gestiones fue la creación de la Oficina de Violencia Doméstica (OVD) en 2006 con el objetivo de facilitar el acceso a justicia de las personas que, afectadas por hechos de violencia doméstica, se encuentran en situación de especial vulnerabilidad.

En el año 2016 las funciones de la OVD fueron ampliadas a través de la acordada 21, y comenzó a atender casos de trata de personas con fines de explotación sexual y/o de explotación de la prostitución, extendiéndose las personas que podían realizar denuncias.

Antecedente de esta tarea es la capacitación en género organizada por la Oficina de la Mujer de la Corte Suprema de Justicia de la Nación bajo la dirección de la Ministra Carmen María Argibay. En el año 2010, un grupo de personas especialmente entrenadas comenzó a realizar réplica de los talleres en sus propios ámbitos empleando un material elaborado por dicha oficina, y validado por el Sistema de Naciones Unidas en Argentina. El material tenía por objeto que quienes se desempeñan en la Justicia adquirieran las herramientas conceptuales que les permitiera, por un lado, mejorar las relaciones interpersonales, ajustándolas a los estándares internacionales de igualdad y no discriminación, y por el otro, dar una respuesta acorde con el programa constitucional y los tratados internacionales firmados por nuestro país a quienes se presentan al sistema de Justicia.

Más recientemente el Alto Tribunal puso a disposición de las agencias ejecutivas una herramienta de análisis de riesgo. Esta herramienta fue acompañada por un documento en el que resalta que la promoción de las condiciones de acceso a justicia eleva los niveles de legitimidad democrática de los sistemas políticos de la región, y su fortalecimiento propicia la vigencia del Estado de Derecho, como una condición esencial para el desarrollo social, armónico y la plena vigencia de la democracia. Recuerda que, en las obligaciones positivas de proteger, promover y aplicar, contenidas en los tratados de derechos humanos se incluye también la obligación de proceder con la debida diligencia. Esta disposición se incluyó en el apartado b) del párrafo 125 de la Plataforma de Acción de Beijing (1995). En el plano regional, el apartado b) del artículo 7 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra



la Mujer (1994) (Convención de Belém do Para) requiere que los Estados actúen “con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer”.

Del análisis desarrollado, podemos observar que existe una manera novedosa en el abordaje de los temas de género, la cual incluye la articulación de las conductas sociales y las conductas estatales. Esto implica el tratamiento del tema en los tres poderes del estado.

A esta concepción que atraviesa el entretejido social, desde todas las áreas del estado, se la ha llamado “transversalidad”, Dicho término fue acuñado en la Conferencia de la Mujer de Beijing, de 1995 donde, surgió el concepto de “gender mainstreaming” o “transversalidad de la perspectiva de género”.

El *mainstreaming* de género, traducido al español como «transversalidad», puede ser leído como una estrategia que involucra a todos los actores sociales en la búsqueda de la igualdad de género o como la puesta en marcha de herramientas para su análisis.

En realidad, se trata de un enfoque transformador, dotado de un cuerpo teórico propio, que apunta a analizar los impactos diferenciados del sistema de género en varones y mujeres, que permite tener en cuenta las especificidades de las personas como seres integrales y que, al mismo tiempo, ayuda a implementar medidas para corregir las desigualdades.

En la Unión Europea, el “*gender mainstreaming*” se ha consolidado como la estrategia principal para el logro de la igualdad de género y, desde el Tratado de Ámsterdam de 1997, ha sido declarado como “enfoque oficial” para orientar las políticas en la materia de género.

En América Latina, la transversalidad ha sido adoptada por las instituciones estatales relacionadas con el género desde finales de los ’90. En el caso de Argentina, como hemos visto, ha sido expresada por múltiples leyes que respaldan este formato integral, no solo de tutela sino de promoción de derechos.

Como claramente lo explica Marcela Basterra: “Este nuevo enfoque implica dejar de lado las políticas aisladas, extendiendo la visión a todos los actores del Estado, no únicamente a las áreas especializadas en los derechos de la mujer”. “El objetivo es incorporar el género a las instituciones y a las políticas públicas en un proceso general de «generización», del que participan –y es reproducido por– varones y mujeres. Como enfoque transformador integral, el *gender mainstreaming* busca producir cambios en dos sentidos: incrementar el número de instituciones involucradas en la búsqueda de la igualdad de géne-

ro y aceptar la existencia de una dimensión de género en la sociedad y las políticas públicas”

“La Organización de las Naciones Unidas ha declarado que la táctica para avanzar íntegramente en la búsqueda de la igualdad entre hombres y mujeres, es la incorporación sistemática en sus respectivos planes de acción del *gender mainstreaming*. Los acuerdos internacionales deben servir como guías para diseñar políticas sectoriales que atiendan las particularidades de este grupo desde este nuevo enfoque. La estrategia de este paradigma busca, según el Programa de las Naciones Unidas, a) el fortalecimiento y la consolidación de una intervención estatal de mediano a largo plazo, y b) la promoción de políticas y programas que contribuyan a alcanzar la igualdad entre el hombre y la mujer. A tal fin, es necesario dejar de lado la concepción del enfoque de género como una mirada sectorial para incorporarlo en el conjunto de proyectos del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo en la Argentina”.

De lo expuesto entonces, acertadamente podemos deducir que la interpretación del derecho a través de los fallos judiciales, debe convertirse en un resorte más en esta política integral de aplicación de la perspectiva de género. Nos abocaremos en las páginas que siguen, a demostrar esta tesis.

## 5. LA INTERPRETACION CONSTITUCIONAL Y LA PERSPECTIVA DE GÉNERO:

Corresponde ahora, realizar una aproximación descriptiva del modo en el que la Corte Suprema de Justicia introduce la perspectiva de género en diversos pronunciamientos, convirtiéndose en un principio interpretativo. La teoría del derecho parte de las descripciones y de la experiencia y se nutre de las prácticas efectivas de los Tribunales, en las que cobra fundamental importancia lo decidido por las Cortes Constitucionales.

Los principios interpretativos, así como las reglas, son enunciados prescriptivos que ordenan, permiten o prohíben ciertas conductas humanas. Si bien ambas son normas jurídicas, se observa entre ambos tipos de enunciados diferencias significativas, en especial la forma de aplicación y el modo en que es posible resolver situaciones de contradicción entre ellas. Los principios son normas que tienen una estructura deóntica, ya que establecen

juicios de “deber” ser, son flexibles y susceptibles de ser completados. Para Robert Alexy, son “mandatos de optimización”, puesto que ordenan que se realice algo en la mejor medida posible, y pueden ser cumplidos en diversos grados. Los principios son normas que receptan valores y como tales no pueden ser sino aspiraciones cuyo grado de concreción varía según los sistemas jurídicos, los períodos históricos y la relación con las reglas.

La perspectiva de género, como principio, encuentra fundamento en el derecho de igualdad consagrado en el art. 16 de la Constitución Nacional, del que se derivan consecuencias impensadas por el constituyente originario. También le da fundamento el art. 37 de nuestra Carta Magna, que establece la igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios, la que se garantizará por acciones positivas en la regulación de los partidos políticos y en el régimen electoral. Reafirma esta directiva el art. 38 CN que tutela la representación de las minorías en los partidos políticos. Por su parte, el art. 75, inc. 23 CN reconoce como una de las atribuciones del 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”*.

La Constitución, como norma jurídica, al desplazar a la ley a un segundo plano, transforma a la interpretación de la ley y sobre todo de la constitución, en un tema de primerísimo orden. La interpretación constitucional presenta un mayor grado de complejidad que la de las normas, peculiaridad que hace que predominen enunciados de principio o enunciados valorativos.

Las características propias de la interpretación constitucional generan teorías y clasificaciones. Desde la teoría se analizan los diferentes enfoques de los intérpretes, las directivas de interpretación, las funciones de la Corte, los límites del intérprete a la hora de tomar decisiones -si es que los tiene-, la justificación de las decisiones, las formas de entender los conceptos constitucionales, los principios constitucionales, etc. De manera inexplicable, todas estas construcciones teóricas son ajenas al derecho constitucional en sí mismo.

En este tiempo, signado por un proceso creciente de descodificación, se desdibujan las fronteras entre el derecho público y el priva-

do. Asimismo, conviven en el sistema jurídico microsistemas con un alto grado de autonomía -con fuentes propias y principios propios-. Entre estos principios emerge la perspectiva de género como un principio interpretativo que atraviesa todas y cada una de las ramas del derecho: el derecho laboral, el penal, el de familia.

En este proceso de descodificación, en el que la Constitución se erige como la principal fuente del derecho, la indeterminación propia del derecho -con el uso cada vez más frecuente de conceptos jurídicos abiertos y la omisión de definiciones tajantes por parte del legislador- conduce a que ciertas cuestiones sean resueltas en los casos concretos. Esta circunstancia pone en el centro de la atención a la actividad interpretativa, protagonizada principalmente por el poder judicial, poder cuya legitimación democrática es puesta en tela de juicio, por múltiples teorías.

Este resulta ser un punto de inflexión en el análisis que nos ocupa, pues siendo el poder judicial un órgano contra mayoritario, sus interpretaciones deben estar sujetas a un severo control de discrecionalidad. Sin embargo, en el caso de la aplicación de la “perspectiva de género” no solo luce coherente con todo el entramado del plexo normativo que lo respalda, sino que asimismo resulta imperiosa su aplicación en virtud la cosmovisión social y cultural en la que la mirada del Juez se halla inserta.

Es así, que la estructura abierta del lenguaje constitucional posibilita la aplicación del texto constitucional a pesar de cambios sociales sustanciales, y es la que posibilita la introducción de la perspectiva de género como principio interpretativo con fundamento en los arts. 16 y 37 de la CN; aunque sigue presente la «objeción democrática», que pone en duda que esté justificado, que una élite reducida pueda tomar decisiones que obliguen a la comunidad en su conjunto.

La perspectiva de género como principio interpretativo, también se forja a partir de la suscripción de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, ratificada por el Legislativo. Esta ratificación condiciona la interpretación constitucional en tanto en el Estado de Derecho moderno los derechos son garantizados en sede jurisdiccional. Ello supone que el derecho en cuestión tenga un contenido preciso y que pueda ser ejercido o reivindicado frente a un sujeto no menos preciso.

Al igual que el principio pro homine, se trata de un criterio hermenéutico que informa todo el derecho: es decir, prescribe cuál debe ser la plataforma de acción para interpretar los derechos con un sen-

tido tuitivo o protectorio, dando certidumbre sobre los límites de los derechos fundamentales, y sobre cómo debe dirimirse una decisión jurisdiccional entre diversas soluciones posibles.

## 6. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA:

Veamos ahora, como con acierto la Corte ha dado señales de la aplicación como principio de la “perspectiva de género” en el proceso de aplicación de derechos.

Para ello, es necesario poner énfasis en que la resolución de cada caso debe esmerarse por detectar posibles circunstancias en que se reproduzcan los estereotipos de género que perpetúen las desigualdades entre mujeres y varones.

Un ejemplo de la aplicación del principio de perspectiva de género por parte de nuestra Corte Suprema se observa en un reciente pronunciamiento.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación se expidió con relación al despido de un trabajador a causa del matrimonio, en el que examinó la significación de las normas en juego en el actual contexto. De esta manera, resaltaba el cambio de modelo sociocultural que asignaba únicamente a la mujer la responsabilidad de la crianza de los hijos y de las tareas domésticas. En efecto, el paradigma familiar ha experimentado profundas modificaciones en los últimos años, orientándose hacia un nuevo modelo en el cual ambos cónyuges –entre los cuales, inclusive, puede no haber diferencia de sexo– se hacen cargo indistintamente de las tareas y obligaciones domésticas y familiares. Agrega que “las leyes no pueden ser interpretadas sólo históricamente, sin consideración a las nuevas condiciones y necesidades de la comunidad, porque toda ley, por naturaleza, tiene una visión de futuro, [y] está predestinada a recoger y regir hechos posteriores a su sanción” (Fallos: 333:2306, considerando 9°).

En un pronunciamiento anterior, también referido al derecho laboral, expuso las obligaciones estatales establecidas en la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Conforme esta convención, el Estado debía adoptar todas las medidas apropiadas “para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo, a fin de asegurar [...] b) el derecho a las mismas oportunidades de empleo, inclusive a la aplicación de los mismos criterios de selección [...] y c) el derecho a elegir libremente profesión y empleo [...]”, así como para “eliminar la discriminación

contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas [...]”, “incluso las de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer” (cons. 2°). Sostuvo, asimismo, que el sentenciante de la anterior instancia había reconocido la existencia de los que dio en llamar ‘síntomas discriminatorios en la sociedad’, que explican la ausencia de mujeres en un empleo como el de chofer de colectivos. Un claro ejemplo de esta forma de la discriminación, por cierto, lo constituyen las manifestaciones de uno de los empresarios demandados ante un medio periodístico, quien, con relación a este juicio, señaló sin ambages y “entre risas” que “esto es Salta Turística, y las mujeres deberían demostrar sus artes culinarias”. “Esas manos son para acariciar, no para estar llenas de callos [...] Se debe ordenar el tránsito de la ciudad, y [...] no es tiempo de que una mujer maneje colectivos”, agregó. (cf. entrevista agregada a fs. 564) (cons. 6)

También en el fallo “FAL” la Corte menciona la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, especialmente artículos 2°, 3° y 5° a 16, la Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 2° y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, artículos 4.f y 6.a). Señala que las prácticas de solicitud de consultas y la obtención de dictámenes constituyen una práctica irregular que no sólo contraviene las obligaciones que la mencionada Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, sino que, además, puede ser considerada, en sí misma, un acto de violencia institucional. Estas prácticas de efectuar consultas y solicitar autorizaciones, conspiran indebidamente contra los derechos de quien ha sido víctima de una violación, lo que se traduce en procesos burocráticos dilatorios de la interrupción legal del embarazo que llevan ínsita la potencialidad de una prohibición implícita –y por tanto contra legem– del aborto autorizado por el legislador penal.

Es en otro fallo, que en virtud de la aludida Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer que se revocó la decisión que anuló el auto que había rechazado la solicitud de suspensión de un juicio a prueba (art. 76 bis del Código Penal) en una causa en la que no se había puesto en crisis la calificación de los sucesos investigados como hechos de violencia contra la mujer. La sentencia recuerda que el art. 7 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia

contra la Mujer impone considerar que en el marco de un ordenamiento jurídico que ha sido incorporado al referido instrumento internacional como nuestro país, la adopción de alternativas distintas a la definición del caso en la instancia del debate oral es improcedente. Ello surge de considerar que el sentido del término juicio (“un juicio oportuno” según el inc. f del artículo mencionado) resulta congruente con el significado que en los ordenamientos procesales se otorga a la etapa final del procedimiento criminal, en tanto únicamente de allí puede derivar el pronunciamiento definitivo sobre la culpabilidad o inocencia del imputado, es decir, verificarse la posibilidad de sancionar esta clase de hechos exigida por la Convención.

Como observamos la Corte en estos supuestos, ha logrado la aplicación de la perspectiva de género como principio transversal en la interpretación constitucional.

Esta actuación del nuestro superior tribunal, resulta relevante en la medida que su jurisprudencia finalmente se traduzca en todos los resortes del sistema judicial, tal como hemos visto es obligación nacida de los múltiples tratados internacionales en la materia.

Sin embargo, como ha señalado Carmen Argibay: *“Detectar las múltiples situaciones en las que una mujer se encuentra en desventaja por su condición de tal requiere, además de un esfuerzo intelectual para comprender una temática que no fue parte de nuestra formación, agudeza de los sentidos para detectar los estereotipos culturales arraigados que reproducen la asignación de roles de género”* Sin duda ese es el desafío.

## 7. CONCLUSIONES

Cuando Simón de Beauvoir en la frase que define su ideología feminista dice: “No se nace mujer se llega a serlo...” nos está revelando 70 años atrás un concepto que aún estamos develando como sociedad. Y esto es que la posición social y cultural de la mujer ha sido desigualitaria desde los comienzos de la historia por un imperativo categórico cultural. Este camino de deconstrucción, para lograr la igualdad, requiere un esfuerzo que supera normativismos. Por ello como estudiosos del derecho nos sentimos obligados a traer a la escena del debate las implicancias de la interpretación judicial.

El derecho es una herramienta viva, y su interpretación debe reflejar ese sentido fecundo que refleje los procesos que se dan en las sociedades que sin duda se hallan en constante movimiento.

En este caso concreto, nuestro trabajo promueve un primer desafío, que consiste en despertarnos de aquellas concepciones del derecho que resulten dogmáticas. En el caso de la igualdad género, con la certera conciencia de que dicho principio no es un objetivo en sí mismo, sino que es la condición previa y necesaria para lograr cambios estructurales como la reducción de la pobreza, la disminución de la violencia y el logro de objetivos de desarrollo sustentable.

Pero asimismo nos propone otro desafío que nos interpela como actores sociales, donde la abogacía representa un lugar de relevancia para poner en agenda temas que atraviesan a la sociedad. Nuestra vocación de justicia reclama nuestra presencia, para que el derecho nunca pierda su esencia humana y social.

Es un desafío, pero también una enorme responsabilidad que nos merece como protagonistas.



## INEVITABLE OSADÍA: Hacia una inminente incorporación de la tecnología blockchain, la lógica de Smart Contracts e inteligencia artificial al derecho administrativo argentino

GUIDO JOSÉ JAMER

Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados y Abogadas del Estado |  
Octubre 2023 | Año 7 N° 9 | Buenos Aires, Argentina (ISSN 2796-8642) |  
pp. 288-305

### I. INTRODUCCIÓN

La exquisita pluma del profesor catalán Juli Ponce Solé nos enseña que la preocupación por el desenvolvimiento del “buen gobierno” constituye un desvelo humano de existencia milenaria e inherente al hecho que alguien ejerce un poder de gobierno sobre un grupo de personas, ya sea en el marco de una tribu, un reino, etc. Desvelo este que trasciende las fronteras jurídicas, ya que desde la antigua Grecia, titanes de la filosofía como Platón, Sócrates, Aristóteles o Cicerón “...con diversos matices, expresaron su convicción de que los gobernantes debían buscar la felicidad de todos sus gobernados, no de unos pocos, ordenando a tal fin lo conveniente...”<sup>1</sup>. No debe soslayarse la interrelación cada vez mas contundente entre el concepto moderno de buena administración y la integración de la gobernanza con las llamadas tecnologías de la información y la comunicación. En este sentido, Rodríguez Arana Muñoz ha señalado con destreza que “...En el ámbito de las nuevas tecnologías, en el ámbito de la sociedad de la información y del conocimiento, tenemos que ser conscientes de que hay que combinar y que hay que trabajar en alianza estratégica con los derechos fundamentales de las personas. La buena Administración pública no puede olvidar que la sociedad

1 PONCE SOLÉ (2016)



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



del conocimiento ha de mejorar la calidad de la cultura cívica de las personas, pues de lo contrario estaremos desaprovechando una magnífica oportunidad para incidir positivamente en la mejora de las condiciones de vida de los ciudadanos...”<sup>2</sup>.

La modernización de los procedimientos administrativos mediante la aplicación de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación ilumina nuevos horizontes para la mejora de funcionamiento de las administraciones publicas; Argentina no debe ser la excepción. Este camino se convirtió en política de estado en Argentina en marzo de 2016 con la sanción del Plan de Modernización del Estado, encausado a través del Decreto 436/16, cuyos considerandos hacen hincapié en la necesidad de conducir al aparato estatal argentino hacia los estrados de la solidez, la modernidad y la eficiencia. En los meses y años subsiguientes se sancionaron sendos decretos y resoluciones administrativas, tributarias de la mentada política de estado, entre los cuales subrayo la Resolución 111/19 de la Jefatura de Gabinete de Ministros, que creó el Observatorio de Tramitación Digital, vertiendo expresamente en sus considerandos que “...existe un nuevo paradigma de trabajo con un enfoque basado en la segmentación de tareas, gobernanza de datos y automatización, que permitirán mejorar el servicio al ciudadano a través de la introducción de las herramientas de aprendizaje automatizado e inteligencia artificial, y consecuentemente, aumentar la productividad y la eficiencia en la confección de respuestas legales, asistencia inteligente, admisiones automáticas, certificaciones automáticas y fiscalizaciones con diagnostico inteligente, como actividades intrínsecas al hacer administrativo. Que por ende, corresponde introducir una definición del trámite y de los indicadores de medición, lo que permitirá identificar y convertir tareas del hacer administrativo en actividades automatizables o semi automatizables y, en consonancia con la agenda internacional pública, encarar el paradigma de la inteligencia aumentada y robotización inclusiva para toda la administración pública nacional...”. Merece mención, asimismo, el Decreto 733/18, que prevé que “...es necesario dar el paso clave para reducir la duración y complejidad de los trámites mediante el soporte digital, que consiste en diseñar inteligentemente un circuito de trabajo secuencial, cerrado y uniforme para coordinar la acción administrativa entre los agentes públicos entre sí y de éstos con los

2 RODRIGUEZ ARANA MUÑOZ (2013)



*administrados, mediante la utilización de motores de reglas e inteligencia artificial para automatizar la mayor cantidad posible de decisiones...”.*

Señala con certeza Muñoz que, la revolución digital mediante el paso de la aparatología mecánica y analógica al mundo digital, con el empleo de las tecnologías de la información y las comunicaciones, implicó un salto cualitativo que dio paso a la Justicia 3.0 y a la Administración 3.0. El siguiente salto, sostiene, apunta hacia una Administración 4.0, edificada sobre el desarrollo de la Inteligencia Artificial y la irrupción de tecnologías de alto impacto, incluyendo la robótica, nanotecnología, la computación cuántica y la internet de las cosas<sup>3</sup>, permitiéndome agregar las tecnologías de cadena de bloques y contratos inteligentes.

Si bien el principio de informatización ha sido incorporado al procedimiento administrativo, en el ámbito de la administración pública nacional, mediante el Decreto 894/17 modificatorio del Decreto Reglamentario 1759/72, el procedimiento administrativo en el ámbito de la administración nacional continúa rigiéndose, primordialmente, por la Ley 19.549 de Procedimiento Administrativo, que el 3 de abril de 2022 cumplió medio siglo desde su entrada en vigencia. Es por ello que considero que, mas pronto que tarde, deberá darse la discusión acerca de una modernización integral mediante la sanción de una nueva ley de procedimiento administrativo, discusión que deberá contemplar indefectiblemente las nuevas tecnologías existentes, incluyendo y sin limitarse a las cadenas de bloques (*blockchain*), contratos inteligentes e inteligencia artificial. Resulta indispensable entonces que, a los efectos de estar preparados para recibir los cambios normativos y operacionales del futuro, quienes integramos el Cuerpo de Abogados y Abogadas del Estado comencemos a interiorizarnos acerca de estas tecnologías y sus diversas posibles aplicaciones al procedimiento administrativo en general, con los matices a su vez encastrables en situaciones específicas del derecho administrativo, como los contratos administrativos.

El presente ensayo no tiene como objetivo arribar a una conclusión a raíz del análisis de premisas, sino efectuar un repaso sobre la sustancia de estas tres tecnologías en particular (cadena de bloques, contratos inteligentes e inteligencia artificial) y efectuar algunas reflexiones acerca de su posible aplicación a los procedimientos y

3 MUÑOZ (h) (2020)

contratos administrativos en el ámbito de la administración pública nacional, incluyendo sus beneficios evidentes y los riesgos a tener en cuenta. El estado debe aprovechar, con valentía y, valga la redundancia, con inteligencia y astucia, la oportunidad para incorporar estas tecnologías con el fin de lograr un estado moderno, ágil y por sobre todas las cosas eficiente, ponderando el invaluable potencial de estas tecnologías para permitir a la administración pública abaratar considerablemente costos operativos y reducir la dispensa innecesaria de recursos, tiempo y energía<sup>4</sup>.

El presente ensayo estará dividido en dos secciones, una primera sección destinada a la tecnología *blockchain* y *smart contracts*, y la segunda abocada a la inteligencia artificial. Como veremos, todas estas tecnologías implican la aplicación de algoritmos predeterminados, con la sutil y absolutamente impactante diferencia que, en la inteligencia artificial el algoritmo tiene la capacidad de “aprender” y adaptarse de manera autónoma al entorno en el cual opera, razón por la cual opino que la inteligencia artificial es una evolución sobre los algoritmos aplicables a la tecnología de cadena de bloques y contratos inteligentes. Sin mas postergación, nos adentramos en el sendero que nos convoca.

## **II. BLOCKCHAIN, CONTRATOS INTELIGENTES Y PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO:**

Según el Foro Económico Mundial, en 2027 el 10% del Producto Bruto Mundial estará almacenado en cadenas de bloques<sup>5</sup>. Pablo Boggio define a la cadena de bloques como “una tecnología de almacenamiento y encriptación que permite crear una base

4 Aunque no sea objeto del presente trabajo o siquiera de la presente materia, en esta dirección también opino fervorosamente que la administración pública debe trabajar en la aplicación masiva del trabajo remoto en el ámbito estatal, en puestos no destinados a la atención al público, con el fin de abaratar costos operativos, migrar recursos públicos hacia sectores vulnerables, destinar inmuebles de utilización innecesaria a la solución de problemas de vivienda y/o asuntos de coyuntura social, y permitir una verdadera federalización del trabajo en la administración pública nacional, a través de la posible incorporación de agentes de todos los rincones del país sin que estos tengan que modificar sustancialmente sus vidas trasladándose a la Capital Federal.

5 WORLD ECONOMIC FORUM, Accesible en [https://www3.weforum.org/docs/WEF\\_GAC15\\_Technological\\_Tipping\\_Points\\_report\\_2015.pdf](https://www3.weforum.org/docs/WEF_GAC15_Technological_Tipping_Points_report_2015.pdf)

*de datos distribuida e inviolable sin intermediarios*<sup>6</sup>. El citado autor describe, asimismo, que una cadena de bloques puede ser ilustrada conceptualmente como un libro contable, una bitacora, o una base de datos donde solo se pueden ingresar entradas nuevas y donde todas las existentes no se pueden modificar ni eliminar. Dichas entradas, también denominadas técnicamente como “transacciones”, se agrupan en bloques sucesivamente acumulables, dando forma a un registro en cadena secuencial, cada registro relacionado indefectiblemente con el anterior e inmodificables una vez que han sido incorporados a la cadena.

Afirma Heredia Querro que será un desafío encontrar el equilibrio entre el enorme potencial de la tecnología *blockchain*, y los sistemas legales y sociales donde se verá insertada, equilibrio que debe procurarse con el fin de resguardar las garantías constitucionales respectivas. Para ello, sostiene el mencionado autor que “...la relación entre Derecho y *blockchain* debe ser colaborativa y de diálogo asertivo, lo que requiere que abogados y programadores hablen un mismo idioma...”<sup>7</sup>, por lo que, para el citado autor, “...Es importante que los profesionales del Derecho comiencen a acercarse a la *blockchain*, para conocer y entender sus potencialidades, y también sus limitaciones...”<sup>8</sup> Si bien originalmente se ha identificado a la tecnología de cadena de bloques con las criptomonedas y ciertas funcionalidades al margen de la ley, con sabiduría se ha considerado que, a medida que la tecnología *blockchain* avance sobre nuevos sistemas, ecosistemas legales y rincones varios de la sociedad, permeando en sectores que se abran positivamente a sus ventajas y funcionalidades, los sistemas legales de todo el mundo (incluyendo inevitablemente a los operadores jurídicos, como jueces y abogados) deberán, tarde o temprano, identificar, evaluar y resolver conflictos que se desenvuelvan dentro y/o fuera de la *blockchain*<sup>9</sup>, orientándonos hacia el desarrollo de plataformas híbridas en las que la *blockchain* y el derecho se encuentren a mitad de camino de manera complementaria, sin negarse mutuamente<sup>10</sup>.

6 BOGGIO (2020).

7 HEREDIA QUERRO (2020)

8 HEREDIA QUERRO (2020)

9 YOUNG (2019)

10 WERBACH (2018)

Ahora bien, es menester traer a colación el concepto de contratos inteligentes, cuya creación ha sido atribuida al científico informático Nick Szabo<sup>11</sup>, publicado en su blog en la década de los noventa. Szabo define a los contratos inteligentes como “*protocolo transaccional computarizado que ejecuta los términos de un contrato*”<sup>12</sup>. Independientemente de las discrepancias de enfoque conceptual sobre lo que son o no son los contratos inteligentes<sup>13</sup>, cierto es que estos en definitiva constituyen programas y algoritmos que se ejecutan en cadena de bloques<sup>14</sup>, de ahí su relación simbiótica con la tecnología *blockchain*. En este sentido, un contrato inteligente no es, en si, un contrato en sentido legal, sino una plataforma de desarrollo, o “...*más bien una instrucción, o una serie de instrucciones condicionales, escritas en el lenguaje de programación en una plataforma que permite ejecutar las instrucciones...*”<sup>15</sup>. El contrato inteligente se compone entonces de un programa de prestaciones predefinidas en un algoritmo que determina acciones a ejecutarse automáticamente en una cadena de bloques, mediante la objetivación de un proceso de cumplimiento irreversible una vez que es puesto en marcha, de manera tal que “...*El contrato es un software, puede ser ya prefigurado, conforme a la tipicidad práctica del negocio, o diseñarse ad hoc por los otorgantes...*”<sup>16</sup>.

Como se señaló anteriormente, en el ámbito de la Administración Pública Nacional Argentina, el Procedimiento Administrativo se rige por las disposiciones de la Ley N° 15.549 de Procedimiento Administrativo y su Decreto Reglamentario N° 1759/72. Según el esquema previsto por dichos plexos, en su interacción con la Administración Pública, sea por vía reclamatoria o recursiva, el administrado obtendrá bien un pronunciamiento mediante la emisión de un acto administrativo, la resolución de un recurso, o la configuración ficticia del silencio de la administración. El procedimiento adminis-

11 SZABO (1997)

12 SZABO (1994)

13 Cuya exploración no constituye uno de los objetivos del presente ensayo, y dicho sea de paso, tiene mucha tela para cortar.

14 ARCIARI (2019)

15 BOURQUE (2020)

16 SANTARELLI (2020: 84-97)

trativo se rige por las disposiciones antes citadas de la misma manera que las partes de un contrato se rigen por dicho instrumento. La Ley de Procedimiento Administrativo y su Decreto Reglamentario son, partiendo desde dicho enfoque, asimilables a un contrato mediante el cual la administración pública se obliga a seguir ciertas reglas procedimentales y mediante el cual la justicia también se obliga a reconocer ciertas ficciones y reglas conforme las previsiones de las disposiciones reglamentarias del procedimiento. Desde este punto de vista, no existe óbice técnico para la prosecución del procedimiento administrativo en cadena de bloques<sup>17</sup> o mediante la ejecución de un programa semejable a un contrato inteligente, que traducido al mundo del procedimiento administrativo bien podría denominarse procedimiento administrativo inteligente.

Puede observarse que algunas reglas del procedimiento administrativo rigen sobre aspectos cuantificables y definibles con precisión, como cuestiones vinculadas a plazos, mientras que otras reglas dejan margen de apreciación discrecional al operador jurídico. En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sobradamente abandonado la idea de distinción entre actos administrativos puramente reglados o puramente discrecionales, reconociendo la existencia de elementos reglados en todo acto administrativo, encontrándose, también en todo acto, márgenes de discrecionalidad cuantitativamente más acentuados que la regulación, y viceversa<sup>18</sup>. Ello nos obliga a honrar la astucia y la flexibilidad pensando en la posible automatización de algunos aspectos del procedimiento administrativo mediante la utilización de la tecnología de contratos inteligentes, permitiendo la intervención del operador jurídico en los aspectos intrínsecamente discrecionales. En este sentido, señala Santarelli que nada obsta a que *“...con mayor amplitud, pueda concebirse un contrato mixto, en el que se encuentren cláusulas programáticas que den marco al software de ejecución, e incluso se diseñen estrategias de flujo del contrato con precisa intervención humana de decisión...”*<sup>19</sup>.

17 Lo cual, a propósito de su carácter irreversible, facilitaría considerablemente el control judicial de las actuaciones administrativas y el ejercicio del correspondiente derecho de defensa por parte de los administrados.

18 CSJN, Consejo de Presidencia de la Delegación Bahía Blanca de la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos s/ acción de amparo, 23/06/1992.

19 SANTARELLI (2020: 84-97)

En efecto, no son pocas las veces que se observan en los procedimientos administrativos defectos formales de tramitación tal como la errónea contabilización de plazos, notificaciones defectuosas o seguimientos ineficientes de las formalidades del procedimiento. En este orden de ideas, Boggio opina, respecto del proceso judicial pero tranquilamente aplicable a los procedimientos administrativos, que dichas labores *“...que hoy realizan «los depositarios de la fe pública» del poder judicial, pueden ser eficientemente ejecutadas por pequeños programas alojados en la Blockchain y que se llaman «Smart Contracts» o Contratos Inteligentes. De esta manera le daríamos espacio a las Secretarías -que trabajan como verdaderos gerentes de los juzgados- para que se especialicen con excelencia en el derecho de fondo y forma, dejando las cuestiones de gestión en manos de los algoritmos...”*<sup>20</sup>.

Nos encontramos así frente a las ventajas de automatizar ciertos aspectos del proceso de toma de decisiones administrativas, afirmándose, con razón a criterio de quien escribe estas líneas, que la automatización algorítmica favorece a la eficiencia, la imparcialidad, la igualdad en el trato a los administrados y a la seguridad jurídica<sup>21</sup>. Y no por automático el acto estatal carece de legitimidad o de voluntad estatal certera. Tal es el caso, por ejemplo, del sistema informático vigente en el ámbito aduanero de la República Oriental del Uruguay, reconocido expresamente por su Tribunal en lo Contencioso Administrativo en orden a considerar que se materializa un acto particular o subjetivo de la administración cuando el software liquida obligaciones aplicando en forma automática el régimen tributario aduanero correspondiente a la operación, por lo que la liquidación de obligaciones surge de criterios adoptados por la Administración y vertidos en el software, lo cual conlleva a la inevitable conclusión que el programa informático ejecuta criterios que constituyen la expresión de la voluntad estatal para producir determinados efectos jurídicos<sup>22</sup>. En esta dirección vemos también el reciente desarrollo de Canadá de sus Directivas sobre Decisiones Automatizadas<sup>23</sup>.

20 BOGGIO (2020)

21 DELGADO (2009: 374)

22 DELPIAZZO (2010: 79-108)

23 Government of Canada, Directive on Automated Decision Making: <https://www.tbs-sct.gc.ca/pol/doc-eng.aspx?id=32592>

Idénticas conclusiones pueden aplicarse al ámbito de los contratos administrativos. La administración goza de cierta discrecionalidad en la elaboración de los Pliegos Particulares de contratación y en la ponderación de los aspectos técnicos de las ofertas<sup>24</sup>, pero la etapa ejecutoria de los contratos es preponderantemente reglada, salvo situaciones puntuales como la aceptación o no de la invocación de causales de fuerza mayor por parte de los contratistas, aceptación de entrega de bienes<sup>25</sup>, ampliación de plazos, etc. Por lo tanto, a los efectos de analizar la posible ejecución mediante algoritmos inteligentes en cadena de bloques, la semejanza del procedimiento administrativo a los contratos inteligentes es similar a la semejanza de los contratos administrativos al procedimiento, por lo que ambos pueden pensarse para ser ejecutados en cadena de bloques, mediante algoritmos semi automatizados, con la intervención puntual de agentes de carne y hueso en asuntos que requieran decisiones discrecionales, sin perjuicio de la inevitable intervención humana en la elaboración de algoritmos y de la previa legitimación operativa por parte de los funcionarios que aprueba y autorizan su uso en casos o ámbitos determinados.

Empero, si bien Nick Szabo concibió, originalmente, que la creación y ejecución de contratos inteligentes no necesariamente implicaba la utilización de inteligencia artificial<sup>26</sup>, como veremos a continuación, la inteligencia artificial puede emplearse para la ejecución de contratos inteligentes, o de ciertos aspectos de estos contratos.

### III. INTELIGENCIA ARTIFICIAL:

El prestigioso jurista brasileño Juárez Freitas se ha referido a la inteligencia artificial, con el propósito de su estudio en torno a posibles aplicaciones al mundo jurídico, como un sistema de maquina cognitivo, adaptable y relativamente autónomo, que procura emular la inteligencia decisoria humana, sin sustituirla, pero con potencial

24 Sin perjuicio del deber de explicación de sus observaciones y fundamentación de sus decisiones en este tenor.

25 Que en algunos casos podrían también ser programadas para ser aceptadas automáticamente mediante un algoritmo pre-programado, como sería en el caso de la verificación de cumplimiento de servicios informáticos y/o digitales de tracto sucesivo.

26 SZABO (1996)

de asistir digitalmente a la toma de decisiones<sup>27</sup>. Originalmente concebido por John McCarthy en 1956<sup>28</sup>, según Darrel West y John Allen el término “inteligencia artificial” conlleva la intencionalidad de un algoritmo que no opera de modo pasivo<sup>29</sup>, y que goza de autonomía para la ejecución de tareas específicas, implicando asimismo que el sistema tiene la capacidad de aprender y adaptarse a través de la capacidad cognitiva de efectuar ajustes a medida que interactúa con información y que la procesa. El carácter autónomo de un algoritmo artificialmente inteligente lo asemeja a un contrato inteligente como los mencionados anteriormente, por lo que es en su adaptabilidad, y la capacidad de auto ajustarse mediante el procesamiento cognitivo de datos, donde encontramos un invaluable *plus de* estos algoritmos, con un potencial enorme de ventajas y riesgos en su aplicación en diversas áreas, no solo del derecho, sino de la vida humana en general.

Corvalán señala que, en cualquiera de sus variantes y técnicas, la inteligencia artificial se basa en reconocer patrones que provienen de datos<sup>30</sup>. Por un lado, podemos identificar a la Inteligencia Artificial “caja blanca”, que consiste en un conjunto de técnicas que se utilizan para obtener predicciones, automatizaciones, calificaciones, detecciones inteligentes, en contraposición con la Inteligencia Artificial de “caja negra”, consistente en algoritmos cuyo proceso decisorio, es decir el paso a paso para arribar a una conclusión y/o decisión, no puede ser explicado, presentando esto enormes riesgos en torno a la motivación de los actos estatales basados en algoritmos de inteligencia artificial de caja negra<sup>31</sup>. No obstante ello, la distinción no es siempre lineal, ya que dentro del concepto de inteligencia artificial de caja blanca se encuentra lo que se conoce como aprendizaje profundo (*deep learning*), que requiere de grandes cantidades de datos para “entrenar” al algoritmo inteligente, habiendo consenso en que el modo de funcionamiento de este entrenamiento interno del algoritmo es semejable a una operación de inteligencia artificial de caja negra, es decir,

27 FREITAS (2019: 15-29)

28 NORVIG, RUSSELL (2016: 16-28)

29 ALLEN, WEST (2018)

30 CORVALÁN (2019)

31 CORVALÁN (2019)

aquella cuya lógica de procesamiento de información no puede ser explicada<sup>32</sup>. Es en los algoritmos de inteligencia artificial de caja blanca en los que el citado autor considera debemos hacer hincapié, por su enorme potencial de beneficios a la tarea judicial y transformación digital del proceso, conclusiones análogamente aplicables al procedimiento administrativo y toma de decisiones ejecutivas.

Ya existen en la práctica jurídica y administrativa global diversos proyectos de aplicación de inteligencia artificial que develan tanto su potencial de ventajas como sus peligrosos riesgos. En Brasil, el Tribunal de Cuentas de la Unión utiliza un algoritmo de inteligencia artificial denominado Alice (*Sistema de Análise de Editais e Licitações*) para analizar licitaciones públicas y contratos administrativos con el propósito de detectar inconsistencias y defectos en los precios contractuales adjudicados. En 2018, el sistema detectó, luego de analizar información complementaria relacionada con precios de medicamentos a nivel regional, que un organismo licitante había proyectado adjudicar medicamentos por precios muy por encima de los valores vigentes en el mercado, lo cual precipitó en una modificación, de oficio por parte del organismo licitante, de los términos de la contratación, evitando para el estado brasileño una pérdida por encima de los 8,3 millones de reales<sup>33</sup>. Análogamente, en Francia, la Ley de Presupuesto de 2020 autorizó la utilización de una herramienta de Inteligencia Artificial con fines de control fiscal, otorgando a la administración la posibilidad de recabar y analizar de forma automatizada información accesible públicamente a través de internet (información en redes sociales, plataformas de venta de bienes y servicios, etc.) con el propósito de detectar posibles infracciones al régimen tributario y aduanero, mecanismo que fue considerado constitucional por el Consejo Constitucional Francés en una sentencia del 27 de diciembre de 2019.<sup>34</sup>

Por el lado de los riesgos<sup>35</sup>, podemos pensar en el ejemplo mas

32 CORVALÁN (2019)

33 ,07/10/19, “Nova atuação com base no Sistema Alice evita desperdício de R\$ 8,3 milhões”, Revista “União”, Año 34, N° 181.

34 CALDERÓN CARRERO (2010)

35 Sin perjuicio de las interesantísimas discusiones que vendrán en torno a la teoría del órgano y a la responsabilidad del estado por problemas en los algoritmos de inteligencia artificial o en las decisiones que estos tomen.

cabal, según mi parecer, constituye el tristemente célebre caso “Loomis vs Wisconsin”, en el cual se condenó a Eric Loomis a seis años de prisión por considerarlo como un sujeto de alto riesgo de reincidencia criminal, basándose la decisión del Estado de Wisconsin en las conclusiones algorítmicas de un programa de inteligencia artificial de código cerrado, llamado COMPAS, que ponderó aspectos del condenado tales como sexo y raza. La Corte Suprema de Estados Unidos negó el pedido de revisión del caso por parte del condenado, llevando al caso, mediante una decisión judicial humana, a un cuestionable terreno, parecido al de los antes mencionados mecanismos de inteligencia artificial de caja negra, cuyo razonamiento no puede ser explicado, o en este caso cuestionado, por el destinatario de la decisión de inteligencia artificial.

Esto nos lleva a una pregunta elemental, que puede tener que ver mas con la ética que con lo jurídico. ¿podemos, como raza humana, delegar en una maquina una decisión final trascendental sobre la vida de otra persona? Volviendo a traer a colación los aspectos reglados y discrecionales de las decisiones estatales, en el caso de los aspectos reglados de las decisiones y/o actos administrativos la respuesta no merece mayor análisis ya que, como bien señaló el Tribunal Contencioso Administrativo Uruguayo en el caso antes citado, en un aspecto reglado el algoritmo aplica automáticamente parámetros preestablecidos por personas humanas.

La discusión se torna realmente trascendente cuando entran en juego aspectos discrecionales de las decisiones, donde la interpretación semántica y sintáctica de textos jurídicos y el ejercicio mental de su aplicación a casos concretos se vuelve crucial para la interacción de los administrados con el ordenamiento jurídico. Los textos jurídicos, especialmente aplicables a posibles decisiones discrecionales, disponen casi sin excepción un margen de apreciación o de interpretación en su aplicación al caso concreto, o lo que Hart catalogó como “zona de penumbra”<sup>36</sup> debido a la incertidumbre frente a como cada jurista operará dentro de ese margen de apreciación. Con agudeza se ha señalado que “...esta incertidumbre de la zona de penumbra es propia de todas las reglas jurídicas y del lenguaje con carácter general. No importa lo claro que parezca el significado de una palabra, de una frase o de una regla, siempre hay un margen de vaguedad que

36 HART (1958)



*lo rodea...*<sup>37</sup>. En contraposición con la aplicación de aspectos reglados del acto o de la ley, al momento de aplicar una norma con margen discrecional, surge la tarea del jurista de confeccionar una solución a medida del caso concreto, con la debida motivación técnica y legal que la respalde. No obstante ello, el jurista también tendrá en cuenta, a la hora de resolver un caso, normas de difícil parametrización, como por ejemplo los principios generales del derecho, y una ponderación esencialmente humana de una situación fáctica que es tan inherente a sentimientos puramente humanos, como el pensamiento crítico o la empatía<sup>38</sup>, que resulta difícil concebir el delegar la última palabra de una decisión discrecional en una máquina. Es por ello que coincido con la conclusión de Corvalán de que *“Es posible automatizar gran parte de los actos procesales que se encuentran regidos por la normativa procesal; incluso, sin afrontar grandes reformas legales del procedimiento. Sin embargo, resulta mucho más complejo y difícil, al menos en este estadio de maduración de la IA, abordar todos los problemas vinculados con la aplicación, interpretación de las normas jurídicas cuando se combinan tensiones que involucran reglas y principios...”*.

Independientemente de los avances tecnológicos que indudablemente se desarrollarán en torno a la inteligencia artificial y su aplicación al derecho, coincido con la postura de que la última palabra sobre una decisión discrecional debe recaer en una persona de carne y hueso; en definitiva, de eso se trata el derecho a ser juzgado por los pares. En esta tesitura, creo que acertado esta Granero en considerar que la inteligencia artificial puede emplearse como un apoyo en la instrucción de un procedimiento antes de una decisión humana final, o que un algoritmo puede ejecutar interpretaciones sobre fuentes de derecho bajo supervisión humana. Mas precisamente sobre las inquietudes aquí planteadas, el autor subraya que *“...El principio de precaución es, quizás, la respuesta a estas preguntas. La incertidumbre que rodea aún a la posibilidad de replicar una conciencia humana y una empatía emocional equivalente en la inteligencia artificial nos llevaría a proponer la aplicación jurídica del principio de precaución para prevenir los graves riesgos con los que nos enfrentamos (máquinas adoptando decisiones automatizadas discre-*

37 PANNAM (2008)

38 Sin perjuicio del trasfondo del inconsciente humano forjado por la identidad cultural, social y coyuntural de cada persona.

*cionales que eventualmente afectan a derechos de humanos)...”*<sup>39</sup>. El principio descrito por Granero ha sido asimismo llamado “reserva de humanidad” por autores como Muñoz y Ponce Solé, afirmando este último que *“en el ámbito de decisiones discrecionales, la actividad administrativa sólo puede ser semi-automatizada, no totalmente automatizada. La IA podrá hacerse servir como apoyo, pero la ponderación final que conduzca a la decisión debería ser humana...”*<sup>40</sup>.

Reflexionando sobre la posible aplicación de dichos principios al procedimiento administrativo argentino, podemos pensar, en una eventual reforma a la Ley N° 19.549 de Procedimiento Administrativo y su Decreto Reglamentario, la incorporación de un “Recurso de Consideración” que permita impugnar decisiones discrecionales tomadas por algoritmos de inteligencia artificial, con el propósito de lograr que una persona de carne y hueso considere la decisión tomada por la máquina<sup>41</sup>, consideración esta que estaría a su vez sujeta a los canales tradicionales de impugnación previstos por la vía recursiva, cuyos actuales principales instrumentos de defensa del administrado son el Recurso de Reconsideración y/o el Recurso Jerárquico.

#### IV. CONCLUSIONES:

Los principios de buena administración y gobernanza han atravesado una metamorfosis de contenido muy fuerte de la mano de la revolución digital que ha dado lugar, a través de la incorporación de tecnologías de la información, a la generación de una Administración 3.0. El siguiente salto cualitativo de las administraciones públicas, hacia una Administración 4.0, vendrá a través de la incorporación de tecnologías de vanguardia tales como la robótica, nanotecnolo-

39 GRANERO (2018)

40 PONCE SOLÉ (2019)

41 En esta línea se ha expresado Muñoz (ob cit.) al considerar un procedimiento administrativo con incorporación de la inteligencia artificial *“... sabiendo que el verdadero sentido de las IA se da en materia de actividades discrecionales, pero también al ser conscientes de las limitaciones y riesgos de la IA, proponemos que –de una manera y otra– una “reserva” de resolución humana a cargo del funcionario competente, ya sea para aquellos supuestos por los cuales el caso lo justifica en donde la parametrización y modelación no pudo llegar o generaría una solución injusta reñida con los principios vigentes, ya sea cuando a través de recursos e impugnaciones administrativas deba revisarse la decisión primigeniamente tomada por el sistema tecnológico...”*.

gía, la computación cuántica, las tecnologías de cadena de bloques, contratos inteligentes e inteligencia artificial. En este contexto, es crucial que quienes integramos el Cuerpo de Abogadas y Abogados del Estado tengamos preparación técnica y teórica para recibir a estas tecnologías y sus diversas posibles aplicaciones al procedimiento administrativo en general, con los matices de situaciones específicas del derecho administrativo, como los contratos administrativos. Ello, con el objetivo de procurar la aplicación de las nuevas tecnologías con el objetivo de lograr una mayor eficiencia y solidez del estado al servicio de los administrados. La delegación del procedimiento en algoritmos, automatizados y/o inteligentes, debe hacerse en la medida justa para lograr estos objetivos sin desprenderse de la inherente obligación humana de administrarnos a nosotros mismos y de ser juzgados por nuestros pares. Debemos ponderar los beneficios y el potencial de progreso que tiene la aplicación de estas nuevas tecnologías en los procedimientos administrativos, siendo asimismo conscientes de los riesgos de delegar decisiones discrecionales en máquinas sin supervisión humana, y evitar caer así en la trampa deshumanizante de una “sociedad algorítmica”, es decir, una sociedad cuyas decisiones sociales y económicas trascendentales son tomadas por algoritmos, robots y programas de inteligencia artificial<sup>42</sup>.

42 Jack Balkin, “Three Laws of Robotics”, Ohio State law Journal, vol. 78, 2017. En Freitas, ob cit.

## ÍNDICE BIBLIOGRÁFICO:

- ARCIARI, Jared (2019) “Decoding Smart Contracts: Technology, Legitimacy and Legislative Uniformity, Fordham J Corp & Fin Journal of Corporate and Financial Law, Volumen 24, Edición 2, citado en HEREDIA QUERRO, Juan (2020) “Smart Contracts: FAQs”, IJ-CMXX-862. Accesible en <https://ar.ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=584ea4454549d-4fe75e7258329a6406d>
- BALKIN, Jack (2017) “Three Laws of Robotics”, Ohio State law Journal, vol. 78, citado en FREITAS, Juarez (2019) “Direito Administrativo e Inteligência Artificial”. IP Belo Horizonte, N° 114, p. 15-29.
- BOGGIO, Pablo (2020) “Expediente electrónico y procedimiento digital desarrollados en Blockchain”, Microjuris, MJ-DOC-15358-AR | MJD15358.
- BOURQUE, Samuel (2020) “On Smart Contracts and DAOs”, video de YouTube disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=cTYqRClh3Mo>, citado en HEREDIA QUERRO, Juan (2020) “Smart Contracts: FAQs”, IJ-CMXX-862.
- CORVALÁN, Juan Gustavo (2019) “Inteligencia Artificial y Proceso Judicial, Desafíos Concretos de Aplicación”, Diario DPI, N° 201, Accesible en <https://dpicuantico.com/2019/09/09/el-impacto-de-la-ia-en-el-derecho-procesal/>
- FREITAS, Juarez (2019) “Direito Administrativo e Inteligência Artificial”. IP Belo Horizonte, N° 114, p. 15-29, Accesible en <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/35732>
- ALLEN, John y WEST, Darrell (2018) “How Artificial Intelligence is Transforming the World”, Brookings, citado en FREITAS, Juarez (2019) “Direito Administrativo e Inteligência Artificial”. IP Belo Horizonte, N° 114, p. 15-29.
- NORVIG, Peter y RUSSELL, Stuart (2016) “Artificial Intelligence: A Modern Approach”, 3° ed. Harlow, Essex, Pearson, pp 16-28, citado en FREITAS, Juarez (2019) “Direito Administrativo e Inteligência Artificial”. IP Belo Horizonte, N° 114, p. 15-29.
- GRANERO, Horacio (2018) “¿Puede la Inteligencia Artificial predecir si tengo razón o no en un juicio?”, El Dial. Accesible en [https://www.eldial.com/nuevo/nuevo\\_diseno/V2/doctrina2.asp?i-d=14160&base=50&id\\_publicar=&fecha\\_publicar=2021/11/8&indice=doctrina&suple=Nuevas%20Tecnolog%C3%ADas%20e%20Inteligencia%20Artificial](https://www.eldial.com/nuevo/nuevo_diseno/V2/doctrina2.asp?i-d=14160&base=50&id_publicar=&fecha_publicar=2021/11/8&indice=doctrina&suple=Nuevas%20Tecnolog%C3%ADas%20e%20Inteligencia%20Artificial)
- HART, Herbert (1958) “Positivism and the Separation of Law and Morals”, Harvard Law Review Vol. 71, No. 4, pp. 593-629.
- HEREDIA QUERRO, Juan (2020) “El Gran Impacto de la Blockchain en el Derecho y Viceversa”, IJ-CMXX-778. Accesible en <https://ar.ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=5254805dbd9ebe0c7aa12e8711715c35>
- WERBACH, Kevin (2018) “Trust, but verify: why the blockchain needs the law”, Berkeley Technology Law Journal, Vol. 33, número 2, p. 550”, en HEREDIA

- QUERRO, Juan (2020) "El Gran Impacto de la Blockchain en el Derecho y Viceversa".
- YOUNG, Karen (2019) "Regulation by blockchain: the emerging battle for supremacy between the Code of Law and Code as Law", *Modern Law Review*, Vol. 82, número 2, p. 239, en HEREDIA QUERRO, Juan (2020) "El Gran Impacto de la Blockchain en el Derecho y Viceversa".
- MUÑOZ, Ricardo (h) (2020), "Inteligencia artificial y automatización de la Administración", en *Inteligencia Artificial y el Derecho Administrativo - Un enfoque basado en derechos*, IJ Editores. IJ-CMXVII-343. Accesible en <https://ar.ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=ec332e860b06b151c-312052dde68b524>
- CALDERÓN CARRERO, Jose Manuel (2010) "Algoritmos de inteligencia artificial con fines de control fiscal: ¿puede el derecho embridar a las nuevas tecnologías?", *El Derecho Tributario*, citado en MUÑOZ, Ricardo (h) (2020), "Inteligencia artificial y automatización de la Administración", en *Inteligencia Artificial y el Derecho Administrativo - Un enfoque basado en derechos*, IJ Editores. IJ-CMXVII-343.
- DELGADO, Isaac Martín (2009) "Naturaleza, concepto y régimen jurídico de la actuación administrativa automatizada", en *Revista de la Administración Pública*, N° 180, Madrid, pp 374, citado en MUÑOZ, Ricardo (h) (2020), "Inteligencia artificial y automatización de la Administración", en *Inteligencia Artificial y el Derecho Administrativo - Un enfoque basado en derechos*, IJ Editores. IJ-CMXVII-343.
- DELPIAZZO, Carlos (2010) "Noción y regulación del procedimiento y del acto administrativo electrónico", en *Estudios de Derecho Administrativo*, 79-108, citado por SCHIAVI, Pablo, "Acto administrativo electrónico y nuevas tecnologías. ¿Evolución o disrupción?", *Revista de Derecho Administrativo*, Cita Online: AR/DOC/4133/2019, citado en MUÑOZ, Ricardo (h) (2020), "Inteligencia artificial y automatización de la Administración", en *Inteligencia Artificial y el Derecho Administrativo - Un enfoque basado en derechos*, IJ Editores. IJ-CMXVII-343.
- PANNAM, Clifford (2008) "El Profesor Hart y la Filosofía Analítica del Derecho", *Revista Sobre Enseñanza del Derecho*, Año 6, N° 12, 2008, ISSN 1667-4154, p. 67-98, Accesible en <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev-academia/revistas/12/el-profesor-hart-y-la-filosofia-analitica-del-derecho.pdf>
- PONCE SOLÉ, Juli (2016) "El Derecho a una Buena Administración y el Derecho Administrativo Iberoamericano del Siglo XXI. Buen Gobierno y Derecho a una Buena Administración Contra Arbitrariedad y Corrupción.", *Revista Española de Derecho Administrativo*, N° 173. Accesible en <http://www.derecho.uba.ar/docentes/pdf/el-control-de-la-actividad-estatal/cae-ponce-buena.pdf>
- PONCE SOLÉ, Juli (2019) "Inteligencia artificial, Derecho administrativo y reserva de humanidad: algoritmos y procedimiento administrativo debido tecnológico", en *Revista General de Derecho Administrativo*, N° 50, enero, 2019, Accesible en <https://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1509505>

- RODRIGUEZ ARANA MUÑOZ, Jaime (2013) "La Buena Administración como Principio y como Derecho Fundamental en Europa". *Misión Jurídica*. Volúmen 6, Numero 6, pp. 23-56. Accesible en <https://revistas.unicolmayor.edu.co/index.php/mjuridica/article/view/340>
- SANTARELLI, Fulvio (2020) "Contratos Autoejecutables. Smart Contract. Apenas una Descripción Para Proponer su Uso Virtuoso", *La Ley*, "Legal Tech y Covid-19, Hacia la Nueva Normalidad en Derecho. pp 84-97 Accesible en <https://www.thomsonreuters.com.ar/content/dam/openweb/documents/pdf/arg/white-paper/legal-tech-y-covid-tr.pdf>
- SZABO, Nick (1994) "A smart contract is a computerized transaction protocol that executes the terms of a contract". Nick Szabo, "Smart Contracts", copyright, Accesible en <https://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationIn-Speech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart.contracts.html>
- SZABO, Nick (1996) "Smart Contracts: Building Blocks for Digital Markets", 1996 copyright, Accesible en <http://www.truevaluemetrics.org/DBpdfs/BlockChain/Nick-Szabo-Smart-Contracts-Building-Blocks-for-Digital-Markets-1996-14591.pdf>
- SZABO, Nick (1997) "The Idea of Smart Contracts", Copyright, Accesible en <https://nakamotoinstitute.org/the-idea-of-smart-contracts/>



## **DOSSIER**

MARÍA VIRGINIA CAFFERATA

ADRIANA CUSMANO

DAMIAN M. LORETI

LUIS EDUARDO REY VÁZQUEZ

CLAUDIO ALBERTO SCHIFER - RODOLFO HÉCTOR FASSI

---

## CONVOCATORIA ECAE-ÁREA DE INVESTIGACIÓN: DOSSIER ABOGACÍA PÚBLICA 2023

---

MARÍA VIRGINIA CAFFERATA<sup>1</sup>

Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados y Abogadas del Estado |  
Octubre 2023 | Año 7 N° 9 | Buenos Aires, Argentina (ISSN 2796-8642) |  
pp. 309-325

### Eje 3. Derecho Administrativo y Procedimiento Administrativo

“El Derecho Administrativo y los Procedimientos Administrativos ¿Normativa como dogma o instrumento al servicio de la eficiencia en la defensa de los intereses públicos?” La mirada en Contratos del Sector Público y en Procedimientos Sancionadores.

**Resumen:** El término procedimiento aplicado al derecho administrativo alude al aspecto formal de la actividad de las administraciones públicas, pues supone la ordenación de actos cuyos efectos jurídicos están vinculados entre sí, a fin de generar una decisión administrativa. En este trabajo, voy a plantear, por un lado, si es necesario aplicar “in totum” el procedimiento administrativo, a los contratos del sector público y por otro, a la falta de autonomía en el procedimiento administrativo sancionatorio. Para ello voy a referir al procedimiento contractual primero y en segundo lugar al sancionatorio. Concretamente al contrato que se celebra desde el sector público, ya en la etapa de ejecución, a fin de observar que al aplicarse, el proce-

---

<sup>1</sup> Cafferata María Virginia, Maestranda en Derecho Administrativo y Administración Pública, Especialista en Magistratura, Profesora Enseñanza media y Superior en Ciencias Jurídicas y Sociales, Consejera Internacional de Mujeres de Carreras Jurídicas. Profesora en Derecho Constitucional UNPAZ. “Control de Constitucionalidad. Utopía o Desafío”, “Constitución, Democracia y Hegemonía” “Derecho administrativo sancionador y derecho penal”, entre otras publicaciones.



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



dimiento administrativo en bloque, produce problemas para las dos partes contratantes (comitente-contratista). A lo cual se le suma, si lo miramos desde la administración comitente el resultado ineficaz en la concreción del objeto contractual. Por otro lado, se presenta la problemática de los regímenes sancionadores. La idea es presentarlos como un derecho autónomo, en procura de la eficiencia de estos procedimientos preventivos, desvinculándolos de su dependencia con el derecho penal que lo vuelven inoperante, además de trasladarle su propia inequidad.

**Palabras Clave:** Derecho administrativo - procedimientos contractual y sancionatorio - eficiencia - interés público -

**Abstract:** The term procedure applied to administrative law alludes to the formal aspect of the activity of the public administrations, since it supposes the organization of acts whose legal effects are linked to each other, in order to generate an administrative decision. In this paper, I am going to consider, on the one hand, if it is necessary to apply “in totum” the administrative procedure, to public sector contracts and, on the other hand, to the lack of autonomy in the sanctioning administrative procedure. For this I will refer to the contractual procedure first and secondly to the sanctioning procedure. Specifically to the contract that is celebrated from the public sector, already in the execution stage, in order to observe that when applied to it, the administrative procedure in block, produces problems for the two contracting parties (principal-contractor). To which is added, if we look at it from the principal administration, the ineffective result in the realization of the object contractual. On the other hand, the problem of sanctioning regimes is presented. The idea is to present them as an autonomous right, in pursuit of the efficiency of these preventive procedures, disassociating them from their dependence on criminal law that make them inoperative, in addition to transferring their own inequity.

**Key words:** administrative law - contractual and penalty procedures – efficiency-public interest-

## I. INTRODUCCIÓN

El término procedimiento aplicado al derecho administrativo alude al aspecto formal de la actividad de las administraciones públicas, pues supone la ordenación de actos cuyos efectos jurídicos están vinculados entre sí, a fin de generar una decisión administrativa. Por

un lado, observamos el procedimiento como el camino reglado por donde debe transitar el ejecutivo en sus distintas manifestaciones, para ejercer su función de administrar el país según la manda constitucional. De contracara, se define al procedimiento administrativo como *la parte del derecho administrativo que estudia las reglas y principios que rigen la intervención de los interesados en la preparación e impugnación de la voluntad administrativa*<sup>2</sup>. En ese sentido, el procedimiento sería el conjunto de la reglas y principios que tiene el administrado para el caso de verse perjudicado por el actuar de las administraciones públicas y pretender revertirlo. En uno u otro caso, la necesidad de reglas que contengan y permitan garantizar las prácticas, resulta de vital importancia. Asimismo, y con la misma importancia se encuentran las reglas para atender los problemas surgidos de dichas prácticas. Tanto para la administración que debe conseguir los resultados buscados por su gestión, dentro de la legitimidad de su accionar, como para el administrado que se ve perjudicado por el accionar estatal. Me interesa para este trabajo, plantear si es necesario aplicar “in totum” (más allá de la especialidad y si la aplicación sería analógica, subsidiaria o directa) el procedimiento administrativo, a los procedimientos especiales como es el contractual, o la dogmática categoría de contratos administrativos debería ceder ante las prácticas que constantemente la desautorizan. Respecto a la potestad sancionatoria, materializada en los regímenes administrativos sancionadores, la importancia de reflexionar sobre su autonomía, radica en pensar que la búsqueda de legitimación en el derecho penal y la dependencia que ello acarrea, la vuelven inoperante, además de trasladarle su propia inequidad. El camino no puede ser lineal, basta mirar el que han seguido las distintas vertientes del derecho. Algunas de ellas, a pesar de su fuerza e importancia visualizadas y aun consolidadas en nuestra sociedad -como el derecho del consumidor- no han logrado todavía el reconocimiento que le permita acceder a su jurisdicción especial, en el territorio judicial. Sin dudas, más de un factor es lo que influye en lo que comúnmente denominamos evolución del derecho y en la procura de la defensa del interés de lo común o lo público.

<sup>2</sup> Gordillo, Agustín *Principios del Procedimiento* Tratado Derecho Administrativo T.II “La defensa del usuario y del administrado”, 6ª ed. [www.gordillo.com](http://www.gordillo.com).

## II. DESARROLLO PARTE A)

Ya en los fundamentos de la ley española del 58<sup>3</sup>, se considera al procedimiento administrativo “cauce formal de la serie de actos en que se concreta la actuación administrativa para la realización de un fin”. Esa misma idea contiene la constitución española al reservar a la ley “el procedimiento a través del cual deben producirse los actos administrativos, garantizando, cuando proceda, la audiencia del interesado”.

Como se planteó en la introducción, el procedimiento administrativo, por un lado constituye una garantía para los administrados, pero por otro y como lo expone García de Enterría, sirve para asegurar la pronta y eficaz satisfacción del interés general mediante la adopción de medidas y decisiones necesarias por los órganos de la Administración.

Los principios que fundamentan el procedimiento administrativo, y el actuar administrativo deben respetar el principio básico de juridicidad y encuadrarse en el respeto irrestricto al ordenamiento jurídico vigente. Razón por lo cual, deberán receptarse en todo el procedimiento.

Uno de los centrales se refiere al principio de verdad jurídica objetiva, toda vez que este principio impone a la administración pública, el deber de requerir y producir los informes y dictámenes necesarios a los fines de lograr obtener la verdad jurídica objetiva de los hechos. Es decir, procurar la realidad de lo acontecido, más allá de cómo lo hayan alegado y aún probado las partes. Esta es la razón de los informes y dictámenes inexcusables que previo a todo acto administrativo deben constar en cualquier expediente administrativo.

Lo mismo pasa con la oficialidad: en principio, corresponde a la autoridad administrativa adoptar los recaudos conducentes a la impulsión del procedimiento, y realizar la actividad tendiente a reunir los medios para su adecuada resolución.

En la misma línea se encuentra el Informalismo que implica la relativización de las formas en el procedimiento administrativo en favor de los administrados, siempre que tales formas no sean esen-

3 Menciono la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958, porque por un lado, ha sido fuente de la nuestra, como su derecho administrativo y por otra parte a tenido notorios avances en procedimientos especiales respecto a nuestro derecho, por ejemplo en el procedimiento sancionador y en el contractual. Además de haberlo incorporado constitucionalmente.

ciales, no afecten el interés público, ni perjudiquen a terceros.

El debido proceso adjetivo, es la garantía que comprende los derechos a ser oído, a ofrecer y producir pruebas y a una decisión fundada y por último la celeridad, economía, sencillez y eficacia en los trámites. Directivas que pueden resumirse en la “racionalidad” en el empleo del tiempo, de los medios, y de la configuración de las formas.

La enumeración anteriormente dada dista de ser taxativa, pues siempre que existan nuevas formas de proteger el interés general de la sociedad, y de gestionar eficientemente los intereses públicos, estas resultarán aplicables al procedimiento administrativo. De hecho, Gordillo<sup>4</sup> señala otros principios, como, mediación e intermediación, transparencia, objetividad, justicia, principio de contradicción. A ello agregamos la ineludible participación de los habitantes en temáticas de su interés, de lo cual darían cuenta las audiencias públicas insertas en numerosos procedimientos administrativos, los presupuestos participativos, amén de la “la utilización de las tecnologías informáticas que permitan aumentar la eficiencia de los procesos y facilitar el acceso de la sociedad a la información relativa a la gestión del Estado en materia de contrataciones y en la participación real y efectiva de la comunidad, lo cual posibilitará el control social sobre las contrataciones públicas”, como lo contempla el art. 9 del régimen de contrataciones de la administración pública Nacional<sup>5</sup>.

En tal sentido y a título ejemplificativo, múltiples son las oportunidades en que apartándose del rigorismo formal y en el marco de la legislación vigente, se ha privilegiado la primacía de la “verdad material”, que impone a la administración el deber de resolver ajustándose a los hechos, independientemente de las formalidades del expediente, llevando a cabo todos los mecanismos necesarios para la salvaguarda de los derechos del administrado.

Para analizar la necesidad de un procedimiento común, hay que tener en cuenta la diversidad de actividades que desarrollan las administraciones públicas, que dificultan una categoría general para todos los casos. Lo que sí es ampliamente reconocido, es que teniendo en cuenta la finalidad del procedimiento especial, se puedan utilizar

4 GORDILLO, Agustín, “Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas”, 1ª edición, Buenos Aires, F.D.A. 2014.

5 Art. 9 Decreto 1023/2001y sus mod. Régimen de Contrataciones de la Administración Pública Nacional.

una serie de principios y reglas básicas que surgen del texto constitucional, la potestad que detenta la organización administrativa, se concentra en cabeza del poder ejecutivo, según los artículos 99 y 100 CN. A lo cual cabría agregar, a partir de la reforma del 94 lo referente a los tratados, la normativa de derechos humanos y las cláusulas de progreso que imponen acciones positivas a fin de promover lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la mejor calidad de vida de los habitantes, la prosperidad del país y el cuidado del ambiente. En suma la atención a los intereses públicos demanda creatividad en el uso de la herramienta normativa, para que no termine siendo un corsé para la gestión administrativa, dando primacía a meros intereses individuales, en detrimento de la calidad y acceso a los derechos que la población, tiene garantizados según nuestra constitución nacional.

De modo contrario, lo que se observa en la práctica es que, con un discurso administrativista dogmático, pero impracticable, se produce una maraña normativa, generalmente de excepción, que termina siendo la regla general con el consecuente perjuicio, tanto para el particular como para la propia administración. Dicho de otro modo la sistematización del procedimiento administrativo debe nutrirse de los principios constitucionales y ante la duda retornar a ellos. Ya que la especialidad del derecho administrativo, como derecho autónomo y público, y en consecuencia del procedimiento administrativo surge y encuentra su vertiente en la Constitución Nacional.

En el plano contractual, cabría diferenciar la etapa previa a la ejecución, todo lo que hace a la competencia, a la formación de la voluntad administrativa a la selección del contratista, como parte de la función u organización administrativa, que se rige indiscutiblemente por el derecho administrativo. Ahora ya en la etapa de ejecución contractual, la administración pasa a ser un contratante y como tal podrían primar las reglas contractuales, sin distinción.

En particular me refiero al problema que se detecta en numerosísimos casos. Es que el cumplimiento dogmático de trasladar el acto administrativo como estructurante del procedimiento, a cualquier procedimiento especial, trasladando el régimen del acto administrativo “in totum” a los contratos, asigna un trato al contratista, que es por lo menos falaz, al considerarlo un administrado y aplicarle el beneficio del informalismo. Cuando una empresa no presenta ni el desconocimiento ni las vulnerabilidades para lo cual fue instaurado y pensado, (que es el habitante) para el cual dicha categoría

de administrado ya también ha sido ampliamente superada. En otros aspectos, las consecuencias nefastas al momento de pretender el cumplimiento liso y llano de lo comprometido se observa cuando la administración se queda enmarañada en las reglas del procedimiento administrativo, olvidando que su función en el caso, es que el contrato se cumpla. La trampa, se produce porque al ejercer su función, por fuera de las reglas del *pacta sunt servanda* y de su categoría de contratista, se queda sin herramientas comunes para actuar frente a cualquier incumplimiento de los contratistas.

Al respecto, Mairal, en una de sus críticas a la categoría de contratos administrativos se queja de “...Que toda decisión que la administración adopte en el curso de tal tipo de contrato constituya un acto administrativo y se rija, por ende, por las normas de la ley de procedimientos administrativos aplicable”. A lo cual agrega “En definitiva, el estado es víctima de sus propias prerrogativas: al haber debilitado el principio *pacta sunt servanda*, le resulta difícil resistir las presiones de los contratistas para modificar, a favor de éstos, las disposiciones contractuales...”

Para Mairal<sup>6</sup>, “no existe, ni puede existir una teoría general del contrato administrativo a menos que se la reduzca a una mera descripción de lo que ocurre con ciertos contratos del estado en virtud de los respectivos regímenes legales o de sus propios textos”.

A fin de resaltar la inconveniencia del traslado del procedimiento administrativo “in totum” al procedimiento de ejecución contractual, se cita el régimen de Contrataciones de la Administración Pública Nacional, decreto 1023/01, su art. 12: “Facultades y obligaciones de la autoridad administrativa: La autoridad administrativa tendrá las facultades y obligaciones establecidas en este régimen, sin perjuicio de las que estuvieren previstas en la legislación específica, en sus reglamentos, en los pliegos de bases y condiciones, o en la restante documentación contractual.

Especialmente tendrá:

a) La prerrogativa de interpretar los contratos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, decretar su caducidad, rescisión o resolución, y determinar los efectos de éstas. Los actos administrativos que dicten en consecuen-

<sup>6</sup> Mairal, Hector *El aporte de la crítica a la evolución del derecho administrativo*, rev. El Derecho, supl. Administrativo, 22/12/1998.

cia tendrán los caracteres y cualidades otorgados por el artículo 12 de la Ley 19.549 y sus modificatorias”

Esta aplicación esencialista de institutos y reglas del procedimiento administrativo al procedimiento de ejecución contractual, más allá de soslayar la especialidad y con ello la contingencia de las prácticas, se vuelve en contra de la propia administración al dificultar el logro de sus cometidos. Muestra de ello es que se necesitó reglamentar tratamientos diferenciados para cada tipo de procedimiento de selección del contratista estatal, así como reglamentar nuevas modalidades de contratación y fijar reglas claras y precisas, a los fines de fortalecer y profundizar la eficiencia, la eficacia, la economía, la sencillez y la ética en la gestión de las contrataciones estatales. En el mismo sentido se observa la incorporación de los contratos al final del artículo 7° (que habla de los requisitos del acto administrativo) en la Ley de Procedimientos Administrativos Nacional: “Los contratos que celebren las jurisdicciones y entidades comprendidas en el Sector Público Nacional se regirán por sus respectivas leyes especiales, sin perjuicio de la aplicación directa de las normas del presente título, en cuanto fuere pertinente.” Al modificarse la aplicación analógica, por una aplicación directa del Título 1° de dicha Ley 19549 (ley de procedimientos administrativos), remite, sin más, a la aplicación “in totum” a los contratos.

Otra ventana abierta a interpretaciones contradictorias, dejó el Decreto 1023/01, que dice: Artículo 1°.-objeto “ El Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, tendrá por objeto que las obras, bienes y servicios sean obtenidos con la mejor tecnología proporcionada a las necesidades, en el momento oportuno y al menor costo posible, como así también la venta de bienes al mejor postor, coadyuvando al desempeño eficiente de la Administración y al logro de los resultados requeridos por la sociedad. Toda contratación de la Administración Nacional se presumirá de índole administrativa, salvo que de ella o de sus antecedentes surja que está sometida a un régimen jurídico de derecho privado”.

En esta trama normativa se inserta la preocupación por el régimen especial de los contratos que celebra la administración, ejemplificado en los plazos de los contratos que son continuos y los de la administración se cuentan en hábiles. ¿Es útil al respecto la regulación mediante acto administrativo y sus posteriores recursos en contratos donde los plazos de la administración entran en contradicción con los

plazos que acordó como contratante?

La hipótesis es que la inatención de tratar en los contratos al co-contratista como un administrado, con la consecuencia del entrecruzamiento de la normativa, -combinando institutos protectorios del derecho administrativo con las reglas contractuales- trae perjuicios tanto para el pequeño contratista y no menores para el erario público.

Se pueden exhibir muchos ejemplos a lo largo del contrato, el incumplimiento del plazo de la ejecución es uno de ellos, por lo reiterado. En el tiempo de ejecución de los trabajos<sup>7</sup>, destacan los autores “la importancia del cumplimiento de los plazos pactados y la obligación del contratista de ejecutar la obra con estricta sujeción a éstos se ha puesto de manifiesto en el artículo 25 que remite expresamente al pliego de condiciones la regulación de los plazos”.

Se patentiza esta divergencia también en la consagración de la facultad del comitente de aplicar multas o sanciones por demora -art. 35 de la LOP o de rescindir el contrato en los supuestos en que el contratista proceda a la ejecución de las obras con lentitud o se exceda del plazo fijado en las bases de la licitación para la iniciación de las obras-art. 50, incs, b) y c) de la LOP. Dicha trascendencia es recíproca respecto de las obligaciones asumidas por el comitente.

Esta problemática, que se vuelve contra la eficiencia en la defensa del interés público, merece una renovada atención a lo ya planteado hace un par de años por Mairal al criticar la categoría de contrato administrativo. Así lo expresaba:

“Una teoría que coloca al cocontratante, pues, en una situación tal de incertidumbre, debiera ser unánimemente criticada por los directamente afectados por ella, o sea los contratistas del estado. Que no lo hagan, sino, por el contrario, que defiendan la existencia de la teoría, demuestra que, en la práctica, ella frecuentemente los favorece, por lo menos en su poder de negociación con la administración o su habilidad litigiosa. La contrapartida de las prerrogativas estatales lo constituye el principio del equilibrio financiero del contrato que oculta frecuentemente, el traspaso del riesgo empresarial al Estado... En definitiva, el Estado es víctima de sus propias prerrogativas al haber debilitado el principio *pacta sun servanda*, le resulta difícil resistir las presiones de los contratistas para modificar en favor de

<sup>7</sup> Druetta y Guglielminetti, en Ley 13064 de Obras Públicas comentada y anotada, ed. Abeledo Perrot, 2008, pag. 189.

estos, las disposiciones contractuales”<sup>8</sup>

En una relación contractual, no se da la relación de sujeción que se da entre la administración y un administrado, por lo cual deberíamos aplicar críticamente las reglas, para que obedezcan a una relación acordada, pactada, o simplemente conmutativa como son los contratos.

En este sentido considero que utilizar todos los requisitos del acto administrativo para cada acto del procedimiento contractual, en particular para corregir un incumplimiento (ya que el fin no es castigar), no contribuye ni al avance de los contratos, ni beneficia al contratista cumplidor, ni es eficiente para concretar la obra o el contrato.

## **PARTE B) PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS SANCIONADORES Y SU VERTIENTE EN LA CONSTITUCIÓN NACIONAL:**

La expansión del derecho penal hacia bienes jurídicos no ya de propiedad individual, como el ambiente, las relaciones de consumo, la protección del orden económico financiero, la sostenibilidad de la hacienda pública, en fin, todos los nuevos bienes y derechos, donde no hay víctima, ni patrimonio individual y que han dado lugar a la configuración de nuevos delitos económicos, abrió una nueva especificidad dentro del mismo derecho penal. Este camino no saldado, plantea la necesidad de cambios en las perspectivas, el análisis, en las pruebas, en las responsabilidades, o autorías, en las garantías etc. en fin una reconfiguración de la forma litigio tradicional, que pone en evidencia la impotencia del clásico derecho penal frente a esta nueva criminalidad, mientras surge el interrogante de la conveniencia de la aplicación del derecho penal convencional a estos nuevos delitos económicos. Frente a tal disputa, vale decir que el sistema preventivo, que trata justamente el derecho administrativo sería mucho más eficaz en prevenir conductas cuyo resultado dañoso, para la sociedad es, sino irreversible, de dudosa compensación.

Ahora bien, si hubo resistencia para abordar lo que devino en llamarse derecho penal económico, que es la problemática que cualquier nueva rama del derecho especial debe afrontar para abrirse camino. Si diferenciarse siempre implica tensiones, ¿cómo podríamos

<sup>8</sup> Mairal Hector, *De la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo*, en rev. El Derecho, Bs As, 18/09/1998.

pensar que el derecho administrativo sancionador, cuya potestad se encuentra en cabeza del poder administrador, tendría un camino más allanado? Por eso no podemos menos que subrayar que la potestad de los organismos no judiciales, para sancionar, no surge de un préstamo que le hiciera el poder judicial, o el derecho penal, sino que encuentra su raíz en la Constitución, como vertiente del poder público que tiene cualquier organismo para cerrar su circuito del procedimiento que le incumbe. Esto no significa arrogarse funciones judiciales, cabe otra vez resaltar, sino que se trata, simplemente, de una vez regulada una temática, una materia, que puede ser un deporte, un juego, el tránsito, cualquier ámbito institucional o de la vida comunitaria, le siga frente a la vulneración o infracción de las reglas previamente estipuladas (del deber previo) una consecuencia, una sanción, que es el carácter o elemento que distingue una norma legal o regla social y que hace que la exigencia del cumplimiento de estas reglas tengan sentido.

Manifestaba Maier <sup>9</sup> “...el Derecho Penal se ha visto con el tiempo notoriamente ampliado en su esfera de acción, la incorporación de nuevos bienes a proteger y por lo tanto nuevos delitos, producto de las nuevas dinámicas sociales, han ampliado, el objeto y fines del Derecho Penal material”. También cabe anotar, además de las variadas causas y cambios en el ideario de los tiempos, la configuración que cada formación social tiene acerca de las virtudes del derecho penal, -imaginario- que al depositar su confianza en el “castigo” ha prestado una enorme colaboración para la ampliación de los horizontes punitivos.

Por su parte el Derecho Administrativo sancionador que no ha tenido la misma suerte, lejos del desarrollo que ha tenido el Derecho Penal, se encuentra todavía bregando por su identidad. Podemos destacar que para este caso el imaginario social colaboró en sentido contrario. Ya que lejos de encontrar bondades en lo que podía vislumbrarse como un Derecho Administrativo sancionador, su histórico prejuicio hacia el poder administrador -al que sólo veía como un poder desmedido y arbitrario- le coartó la posibilidad de un desarrollo autónomo.

No obstante, en diversas regulaciones, se observan sanciones administrativas desde que los Estados-naciones se conformaron y ne-

<sup>9</sup> MAIER, Julio B., *El Derecho Contravencional como Derecho Administrativo Sancionatorio*, noviembre 2009. [www.eldial.com.ar/NúmeroRevista](http://www.eldial.com.ar/NúmeroRevista) (Serie) Año, vol. Nro.: noviembre 2009.



cesitaron establecer reglas. En este sentido, se puede decir que siguió el arduo camino del Derecho Administrativo -que en definitiva es su contenedor- para su cabal reconocimiento. Al decir de NIETO, no ha podido superar su complejo, constituyéndose como un *Derecho Penal vergonzante* <sup>10</sup>.

Siendo la Administración Pública el instrumento del que se sirven los Estados para su accionar, no pareciera escandaloso si se hace coincidir su nacimiento y fundamento con el *ius puniendi* superior del Estado, que a su vez reposa en última y primera instancia en la Constitución Nacional. Sin embargo, encontrar -al igual que el Derecho Penal- su razón de ser en el Estado de Derecho y lograr su autonomía, continúa, a la fecha, como una cuestión polémica.

Cabe destacar que, desde la aparición del Estado de Derecho, han existido sanciones administrativas, ¿dónde? ubicadas como capítulos de infracciones y sanciones en los distintos regímenes sectoriales. Entre los cuales se cuentan los referidos a regímenes tributarios, aduaneros, cambiarios, societarios, mercados de valores, servicios públicos, contractuales, laboral, ambiental, defensa de la competencia, relaciones de consumo, seguridad vial, alimenticia, espectáculos públicos, urbanismo y una larga y profusa lista que se ha ido ampliando a medida que la esfera regulatoria también lo ha hecho. Lo que no ha existido, al menos entre nosotros, es una ley general que sistematice la sanción administrativa, según su propio objeto, función y fundamento. El resultado de esta ausencia de sistematización, independientemente de a qué le atribuyamos los motivos, recostó la sanción administrativa, en el Derecho Penal.

La deriva de esta dependencia implicó que aplicar una sanción conllevara el riesgo del cuestionamiento sobre su legitimidad. El no gozar de una teoría que sustentara su singularidad, tanto sobre la faz material (sanción-infracción) como respecto al órgano que aplica la sanción y lo mismo con el procedimiento que se utiliza para su concreción, ocasiona la latente sospecha de ilegitimidad. Entonces, aparecía la doctrina que mayoritariamente se inclinaba por ubicar la sanción administrativa como una punición de menor cuantía. En otras palabras, pasar el test de legitimidad, es demostrar que se han aplicado los principios y prescripciones penales. Empero el problema no termina ahí. Aun aprobados los test requeridos, queda pendiente el cuestionamiento al órgano aplicador de la sanción. Es decir que

10 NIETO, Alejandro, *Derecho Administrativo Sancionador*, 5ª edición, 2011, p. 25.

más allá de seguir un procedimiento, aplicar los principios y garantías del derecho penal, la potestad para sancionar -como se considera aún ligada (una subespecie) de la potestad penal- le cuesta vencer el obstáculo insalvable que se le imputa a la Administración: el de su no imparcialidad.

Para mostrar otras jurisdicciones, la española inició el camino de la autonomía, consagrando la potestad sancionadora de las administraciones públicas en su Constitución. A lo que vale poner de relieve que el fundamento hallado para independizarse del derecho penal, es precisa y paradigmáticamente diferente al tradicional, que se sostenía en base a su comparación permanente. Esta nueva construcción doctrinaria tiene su base en los propios principios que rigen el actuar de la administración, cuya fuente es el derecho público estatal.

El profesor administrativista español, Alejandro Nieto, lo expresa de esta manera: “en el principio de todo derecho, están una potestad y un ordenamiento. Y cabalmente porque existen una potestad administrativa sancionadora y un ordenamiento jurídico administrativo sancionador es por lo que puede hablarse con propiedad de un Derecho Administrativo Sancionador” <sup>11</sup>.

Ahora bien, en nuestro país la potestad de la administración para sancionar no surge tan clara. Ha dado lugar a polémicas, que a la fecha no han dado un resultado unívoco, y que por el contrario viene teniendo mayor peso la idea de que el sustento de la potestad viene dado por la fidelidad a las prescripciones del sistema penal, que todavía parece monopolizar el *ius puniendi* superior estatal.

Nuestra Constitución al respecto nada dice, y no contamos tampoco con una ley general que contenga tal potestad. La presencia de sanciones administrativas sólo, aunque no es un tema menor, se constata distribuida a lo largo de toda la producción normativa sectorial <sup>12</sup>.

EL PROFESOR NIETO respecto a la evolución del régimen jurídico, repasa los rasgos esenciales, en tres etapas, Derecho Represivo de Policía, Derecho Penal Administrativo y finalmente Derecho Administrativo Sancionador. Pasando de la función represiva, a la preventiva, de la atención de los resultados dañosos a la de los riesgos y de

11 NIETO, Alejandro, *Derecho Administrativo Sancionador...*, cit., p. 80

12 Con la expresión “toda la normativa sectorial”, me estoy refiriendo a todos los ámbitos regulados, que además van modificándose a lo largo del tiempo de acuerdo a las necesidades de cada momento histórico-político, lo cual sumado a la localidad del Derecho Administrativo, ha dado por resultado una vasta y profusa normativa, difícil de cumplir con el precepto de *la ley se presume conocida*.

la exigencia de culpa a la mera observancia de mandatos y prohibiciones normativas<sup>13</sup>.

La sanción surge entonces, como parte de la norma, como producto de la función de administrar, como integrante inseparable del circuito de toda gestión. Así también GARCÍA PULLÉS lo expone como la construcción de los preceptos que se integran al sistema jurídico que llamamos Derecho positivo que obliga a concluir que la eventualidad de una sanción se integra a la norma como un elemento principal, destinado a obtener el respeto de sus imperativos. Continúa viendo en la sanción administrativa una herramienta del Estado para asegurar el respeto de las prohibiciones directa o implícitamente contenidas en las normas y a la potestad sancionatoria como materia inherente al propio poder<sup>14</sup>.

En este enfoque normativo, resta incluir también a los principios y sus derivados como la legalidad, debido procedimiento, razonabilidad, tipicidad, causalidad, culpabilidad, *non bis in idem*, concurso de sanciones, irretroactividad, oficiosidad, informalidad. A estos principios y a otras formas de considerarlos, tanto teóricos como operadores del derecho, de un sector minoritario los consideran como propios y específicos<sup>15</sup>, hay quienes los adoptan casi automáticamente y por último otras opiniones, tal vez mayoritarias, son en el sentido de adaptarlos desde el derecho penal, a las particularidades del ámbito a aplicar. La tesis que compartimos es tomar los propios principios del derecho público, considerando que, a esta altura, el camino se encuentra allanado para tomarlos directamente del sistema constitucional.

Volviendo a NIETO, sería lograr un Derecho Administrativo sancionador que sea para las infracciones administrativas lo que el Derecho Penal es para los delitos, con el objetivo de *establecer una serie de principios y proposiciones para una política represiva eficaz*<sup>16</sup>.

Por su parte, la sanción administrativa, se ha abierto camino en distintas regulaciones como las de abastecimiento, ambientales, tri-

13 Ver su desarrollo en NIETO, Alejandro, *Derecho Administrativo Sancionador...*, cit., ps.145 en adelante.

14 GARCÍA PULLÉS, Fernando R., "Garantías constitucionales procesales, procedimiento administrativo y potestad sancionatoria de la administración", EDA, 2007-623, 2007.

15 VARGAS LÓPEZ, Karen, "Los Principios del Procedimiento Administrativo Sancionador", en Revista Jurídica de la Seguridad Social N° 14, Costa Rica, 1999.

16 NIETO, Alejandro, *Derecho Administrativo Sancionador...*, cit., 5ª edición, p. 32.

butarias, aduaneras, sobre corrupción, mercado de valores, empresariales, cambiarias, relaciones de consumo<sup>17</sup>, etc. Apurada por ponerse a la altura de las circunstancias, frente a la impotencia del sistema penal para responder las demandas sociales sobre los nuevos ilícitos socio-económicos que perturban y corroen la vida en sociedad.

Reiterando el enfoque socio-político ya vertido en otros trabajos sobre el tema, agregamos que los cambios y la dinámica de estas nuevas sociedades tecnológicas, que vieron ampliar las brechas de las desigualdades socio-económicas entre los componentes de las distintas formaciones sociales, se han transformado en verdaderas sociedades de riesgo<sup>18</sup>, que aumentan la necesidad de cuidar, de prevenir para al menos morigerar los daños que producidos a gran escala, amenazan la vida en sus diversas manifestaciones. Indefectible e independiente de las políticas que en otras épocas se correspondían con las diferentes configuraciones de Estados<sup>19</sup>, ha surgido la necesidad de nuevas regulaciones que contemplen más el peligro que el daño concreto a un bien jurídico, producido por un sujeto individual. Nuevos derechos y nuevos requerimientos desafían los viejos esquemas de juridicidad. La persecución del bien común del interés público, como demanda en permanente dinamismo, acrecentó la necesidad de políticas públicas que contemplen las nuevas necesidades sociales y económicas mucho más complejas y propias de un mundo interconectado, y en ese sentido como contracara surge inevitable y consecuente la sanción administrativa como recta final del procedimiento administrativo sancionador, para intentar prevenir, disuadir y persuadir las conductas distorsivas, antes de que se produzca el daño consumado.

Por su parte la penalista Laura ZÚÑIGA, explica la problemática en la intervención jurídica de la Administración en el Estado Social y más aún en el Estado del Bienestar que se ha acrecentado y complejizado sobremedida. Dice, que ahora el Estado tiene que intervenir en la realización de derechos distributivos y asistenciales, actuando fundamentalmente sobre los desequilibrios y conteniendo los riesgos sociales que se han incrementado en los últimos tiempos. Atribuye al Estado del Bienestar, un Derecho de intervención activa, creciente,

17 BRODSKY Jonathan M., "Daño punitivo: prevención y justicia en el derecho de los consumidores", Lecciones y Ensayos, Nro-90-2012, ps. 277-298.

18 NIETO, Alejandro, *Derecho Administrativo Sancionador...*, 5ª edición, p. 148.

19 GORDILLO, Agustín, "Pasado, Presente y Futuro del Derecho Administrativo", *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, Cap. II, 8ª edición, Buenos Aires, 2003.

reguladora, contenedora de los riesgos sociales, en el que el aparato sancionatorio juega un papel organizador de las actividades económicas, sociales, asistenciales, sanitarias, y demás funciones sociales. Con lo cual el carácter público de la intervención estatal en las esferas económico-sociales otorga mayor legitimidad a las Administraciones Públicas, para organizar dichas relaciones sociales con la coacción de la sanción administrativa y, en su caso, la sanción penal. No obstante, señala un avance del Derecho Penal en este terreno, al advertir que el reconocimiento de los derechos sociales y económicos por el constitucionalismo moderno, empieza a dejar de ser regulado con el Derecho Administrativo sancionador, para empezar a ser sancionado con el sistema penal. Agrega como título en su análisis: “La discusión actual del Derecho Penal Económico como ‘piedra de toque’ de las relaciones entre Derecho Penal y Derecho Administrativo Sancionador”.

Esta titulación nos habilita, otra vez, a traer la discusión por la elección del instrumento administrativo sancionador. En este caso, no por la polémica filosófica, sino en razón de la mayor efectividad del mismo. Dicho de otra manera ¿cuál es el instrumento más idóneo, más eficaz, para hacer frente a este tipo de infracciones?, o bien desde el rol de administrativistas, podríamos preguntarnos ¿cuáles o cuál es el instrumento más idóneo, para promover una mejor y más equitativa evitación de los daños que se van produciendo a escala, en una sociedad global, donde las estrategias de defensa y los recursos se encuentran tan desigualmente asignados?

### III. CONCLUSIÓN:

En definitiva, y como conclusión siempre provisoria, en el primer tópico las contingencias ameritan que se dejen de lado los dogmatismos a fin de preservar el mayor valor en juego que es el resguardo del patrimonio público, y que los procedimientos sean interpretados y aplicados en el sentido en que se salvaguarda más eficientemente el interés público, frente a las disputas de intereses que encuentran en la formalidad de las normas y los tecnicismos sus beneficios. Es vital resolver las problemáticas más que las denominaciones. Las dinámicas sociales ameritan sistemas represivos, controles previos, amortiguación de riesgos, nuevas formas de prevenir para erradicar, disuadir o persuadir conductas. Lo que no significa la vulneración de derechos, al contrario, prevención.

Atendiendo al derecho al bien común, el cambio deberá consistir en políticas de cuidado con la mira en el cumplimiento de responsabilidades sociales, más que en castigos selectivos e irremediablemente ineficaces del sistema penal. Y este lugar lo puede desempeñar honrosamente el derecho administrativo con sus procedimientos, nutriendo sus raíces en el *ius puniendi* estatal.

### BIBLIOGRAFIA:

- GARCIA ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomas Ramón “Curso de Derecho Administrativo”, 4ta. ed. Civitas, Madrid, 1995.
- GARCIA PULLES, Fernando “Principios del Derecho Administrativo Sancionador”, ed. Abeledo Perrot, 2020.
- GORDILLO, Agustín “Tratado de Derecho Administrativo”, T 1,2, 3,4 y “El Derecho Administrativo en la práctica”, T 7 Ed. Fundación Derecho Administrativo, 2013.
- PROSPER WEIL, “Derecho Administrativo”, ed. Cuaderno Cívitas, 1994.
- MAIRAL Héctor A. “Control judicial de la Administración Pública”, ed. La Ley 2021.
- NIETO, Alejandro “Derecho Administrativo Sancionador”, 5ta ed. Tecnos 2012. y “El desgobierno de lo Público”, ed. Ariel, 2008.
- MORTIER, Natalia, STUPENENGO, Juan A. “TEMAS DE DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR”, Revista Ada, número especial, año 2022.

## COMENTARIOS SOBRE LA VALUACIÓN DE DAÑOS A PARTIR DE LA EXPERIENCIA ARGENTINA EN EL ARBITRAJE DE INVERSIONES

ADRIANA CUSMANO<sup>1</sup>

Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados y Abogadas del Estado |  
Octubre 2023 | Año 7 N° 9 | Buenos Aires, Argentina (ISSN 2796-8642) |  
pp. 326-335

**Resumen:** En reuniones de trabajo para la reforma del Sistema de Solución de Controversias entre Inversionistas y Estados (ISDS por sus siglas al inglés *Investor State Dispute Settlement*), la valuación de daños y la determinación de la indemnización forman parte hoy de la agenda. El derecho internacional y los Tratados Bilaterales de Inversión, que son la base jurídica del arbitraje de inversiones, no cuentan con procedimientos ni estándares para la determinación de daños y el cálculo de la indemnización. A partir de la experiencia argentina, se han podido detectar prácticas valuatorias que no cumplen con las buenas prácticas recomendadas por la literatura especializada. Al respecto, los tribunales deberían fortalecer la valoración de la evidencia documental, promover la razonabilidad de los supuestos y de la aplicación de intereses, así como de criterios que minimicen los elementos especulativos que no guardan relación con las inversiones reales a las cuales supuestamente los tribunales estarían protegiendo.

**Palabras clave:** ISDS – reforma - compensación – intereses

**Abstract:** Working group to reform the Investor State Dispute Settlement (ISDS), damage assessment and compensation determination are on the agenda today. International law and Bilateral Investment Treaties, which are the legal basis for investment arbitration, have

<sup>1</sup> Economista y Docente de la UBA. Asesora técnica en la Procuración del Tesoro de la Nación desde el año 2011. Las opiniones de este artículo son propias y no representan al organismo empleador.



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



no procedures or standards for the determination of damages and the calculation of compensation. Based on the Argentine experience, it has been possible to detect valuation practices that do not comply with the good practices recommended by the specialized literature. In this regard, the courts should strengthen the valuation of documentary evidence, promote the reasonableness of the assumptions and the application of interests, as well as criteria that minimize speculative elements that are not related to the real investments that the tribunals are supposedly protecting.

**Key words:** SCIE– reform – compensation – interest

En el ámbito del Sistema de Solución de Controversias entre Inversionistas y Estados (ISDS por sus siglas al inglés *Investor State Dispute Settlement*), los inversores extranjeros, en adelante, las demandantes, inician un procedimiento de arbitraje de diferencias contra un Estado (anfitrión) por la supuesta violación a ciertos estándares del Tratado Bilateral de Inversión (TBI) aplicable.

En este proceso, la valuación de daños y la determinación de la indemnización son instancias críticas de la controversia. De acuerdo con las estadísticas del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), el 48% de las diferencias que se tramitan ha sido resueltas con decisiones a favor de las reclamaciones (2023). No obstante, los tribunales no están obligados a otorgar una compensación ante las pretensiones indemnizatorias de las demandantes.

En la práctica, los tribunales que analizan las cuestiones valuatorias **encuentran diferencias significativas en los cálculos de las indemnizaciones** presentadas por las partes. Esas diferencias pueden atribuirse a diferentes parámetros de la valuación: a) los métodos de valuación, b) las proyecciones, c) los supuestos utilizados, d) las fuentes utilizadas, e) el cálculo de intereses.

En lo que refiere a los métodos de valuación (a), el cálculo puede realizarse mediante diferentes enfoques que se agrupan en cuatro categorías: 1) de costos, 2) de mercado, 3) de activos y, 4) de ingresos<sup>2</sup>. Entre los métodos más empleados se encuentran el Método de Flujos de Fondos Descontados (FFD, en adelante), que es un enfoque de

<sup>2</sup> Para un mayor detalle de los métodos de valuación se recomienda ver Damodaran, A (2002).

ingresos,<sup>3</sup> y el método de costos históricos.

Con relación a ello, el profesor Damodaran<sup>4</sup>, explica que no se trata de un problema de la técnica de valuación, sino que la dificultad radica en cómo medir la incertidumbre; y que ello es independiente de la técnica que se utilice (2014). Al respecto, el propio Banco Mundial (2010), de cuyo grupo forma parte el sistema arbitral del CIADI, ha adoptado un criterio cauteloso respecto al método de valuación (FFD), al mencionar que los flujos de fondos descontados deberían ser aquellos que **sean esperables en base a proyecciones razonables**<sup>5</sup>.

En cuanto a las proyecciones (b), el profesor Damodaran (2002), admite la **relevancia de los datos históricos** como los estados financieros de las empresas para las proyecciones de flujo de caja<sup>6</sup>. En la misma línea, Koller, Goedhart y Wessels (2010) consideran que la información histórica que proviene de los estados financieros es un componente crítico para un buen modelo valuatorio.

Sin embargo, las valuaciones de las demandantes no han seguido las buenas prácticas valuatorias que recomienda la literatura especializada, tal como a continuación se detallan:

Han presentado proyecciones extremadamente optimistas con ratios de crecimientos de ingresos y otros variables que no se condicen con la evolución histórica registrada por la empresa,

Han elaborado proyecciones desmedidas recurriendo a supuestos planes de negocios o proyectos de inversión para que no habían sido aprobados por el Directorio, ni siquiera estaban mencionados en las Memorias a los Estados Contables, ni en otra documentación de la

3 Un estudio de PWC (2015) muestra que el 69% de los casos entre 2011 y 2015 en que se determinó la indemnización, utilizó FFD. Tendencia que fue ratificada por estudios posteriores.

4 Profesor de la Escuela de Negocios Leonard N. Stern de la Universidad de Nueva York de finanzas corporativas y valoración de empresas en el programa de MBA. Es autor de numerosos libros sobre valoración de empresas, gestión de inversiones y gestión de carteras.

5 La negrita es agregada.

6 Incluso incluye una tabla relacionada con el protocolo de un modelo de valoración adecuado basado en datos históricos y consolidándolos en su conjunto.

empresa, o que tenía fines distintos a la valuación (Metlife y otros c/ Argentina, Casinos y otros c/Argentina),

Han realizado valuaciones sin presentar los Estados Contables e incluso rechazando la prueba documental solicitada por la Argentina (Mobil y otros),

Han incluido la deuda de la empresa adquirida en el reclamo cuando la estrategia de endeudamiento es parte del riesgo empresarial y no es responsabilidad del Estado (caso Aguas Argentinas y Aguas de Santa Fe).

Han imputado las pérdidas a medidas del Estado cuando en realidad presentaban una situación económica y financiera deficitaria previamente a las medidas adoptadas y cuestionadas (*Impregilo c/Argentina, Hochtief c/Argentina, Salini c/Argentina*).

Han fijado la fecha de valuación al final de procedimiento (a la fecha del Laudo), en lugar de establecer a la fecha de valuación al momento de las medidas que constituyen el reclamo. De esta manera se incluían los intereses por ese plazo dentro de la compensación total (*Mobil c/Argentina, Total c/Argentina, Hochtief c/Argentina y Teinver c/Argentina*).

Han calculado daños por todo el período de duración del contrato, lo que equivale a valorar daños por expropiación cuando en realidad del tribunal con estableció esa condena (Suez c/Argentina; Total c. Argentina)<sup>7</sup>.

Todas estas prácticas han llevado a sobreestimar el valor del activo (firma, dividendos), y del daño y, en consecuencia, a determinar compensaciones inadecuadas, por parte de ciertos tribunales, contra los Estados.

Al respecto, ni el derecho internacional, ni los Tratados Bilaterales de Inversión (TBI) — que constituyen la base jurídica del arbitraje de inversiones— estipulan procedimientos ni estándares de compensación que garanticen ciertos criterios para calcular una reparación adecuada y razonable, en caso de que así corresponda. En recientes reuniones de trabajo para la Reforma del sistema ISDS (Grupo de Trabajo III) se han incorporado temas afines a la carga de la prueba, los requisitos probatorios en materia de daños y la determinación de la indemnización. (Observatorio de Arbitraje Internacional, 2022).

7 En el caso Hochtief AG c/ Argentina, el tribunal aceptó la argumentación de la Argentina.



En cuanto a ello, en principio, se debe probar la existencia de daños y la relación de causalidad directa entre el perjuicio alegado con el hecho o medida que da origen a la demanda, lo que corresponde a las partes demandantes. Al respecto, los tribunales han entendido que, ante la falta de acreditación de los supuestos daños, la violación del TBI no daba lugar *necesariamente* a una reparación. En este sentido, el tribunal del caso *Crystallex c/ Venezuela* afirmó:

[U]na vez que se establece el hecho de la rentabilidad futura y que no es esencialmente de naturaleza especulativa, no es necesario probar el monto de tales beneficios con el mismo grado de certeza. En otras palabras, **el demandante debe probar que ha sido privado de los beneficios que realmente habría obtenido**. Esto requiere probar que existe suficiente certeza de que se ha dedicado o se habría dedicado a una actividad lucrativa de no ser por el acto ilícito del Demandado, y que dicha actividad habría sido efectivamente rentable (párr. 875)<sup>8</sup>.

En la misma línea, el tribunal del caso *Urbaser S.A y otros c/ Argentina*, pese a determinar la responsabilidad del Estado no estableció una indemnización al valor los daños habían sido probados. En el mismo sentido, el tribunal del caso *Victor Pey Casado c/ Chile* analizó que “en ausencia de cualquier prueba suficiente de lesión o daño causado a las demandantes por incumplimiento del TBI (...) la cuestión de la evaluación o cuantificación de dicho perjuicio no se plantea” (párr.234).

En resumen, ante la ausencia de procedimientos sobre la determinación de daños y a partir de la vasta experiencia de la Argentina en la materia, se pueden esgrimir ciertos criterios generales que podrían adoptarse para una buena práctica de valuación de daños y la determinación de la indemnización:

#### Criterios para determinación de una indemnización adecuada

<sup>8</sup> La negrita es agregada.

	<i>Parámetros a evaluar</i>
(a) Método de valuación	Fase en que se encuentra la empresa (en marcha, o en liquidación). Empresa de capital cerrado, o cotizante. Sector económico al que pertenece la empresa Grado de competencia en el mercado (oligopólico o competitivo)
(b) Proyecciones	Basadas en datos históricos de la empresa o consistentes con la trayectoria de la empresa, fundamentadas en documentos y argumentos razonables.
(c) Supuestos	Razonables y no especulativos Aplicables a los países donde se desarrolla la inversión. Basados en información de mercado y de la empresa
(d) Fuentes de información	Información detallada de la empresa y de las empresas vinculadas, estados contables y financieros, sistemas contables de información. Datos sobre variables de mercados confiables y aplicables al mercado que se valúa. Otros documentos contables como facturas de pagos.

Un capítulo de especial atención merece la aplicación de intereses (e) como parte de las compensaciones que se determinen. En principio, los tribunales no están obligados a conceder intereses adicionales al monto de la compensación.

De todas formas, si el tribunal establece una compensación, cualquier interés potencial, si corresponde, debe calcularse a una tasa que excluya el riesgo y solo refleje el valor temporal del dinero. De esta manera lo analizó el tribunal del caso *Total S.A c/ Argentina*:

[L]os intereses sobre todos los montos principales otorgados

como compensación por daños a Total en el presente Laudo **serán a una tasa libre de riesgo**. [...] [L]a referencia estándar es a una tasa que se puede obtener de un emisor de primera clase que no presenta ningún riesgo en cuanto al pago de intereses y el reembolso del capital (normalmente, en el caso de los dólares estadounidenses, el gobierno de los Estados Unidos). [...] [L]os tribunales de inversiones se han referido principalmente a **letras del Tesoro estadounidense de corto plazo, como letras a seis meses o a un año**, en lugar de instrumentos a más largo plazo. [...] (párr. 258, 264 y 268)<sup>9</sup>.

Dado que, una vez fijada la compensación, ese monto es un valor seguro y fijo, es decir, no está sujeto a riesgos, sería asimilable a un activo libre de riesgo. Como sostiene el profesor Damodaran, “un activo libre de riesgo se debe remunerar a una tasa libre de riesgo” (2009).

El uso de tasas libres de riesgo a corto plazo para el cálculo de intereses consta de un amplio respaldo en el arbitraje internacional de inversiones. Entre ellos se pueden mencionar los siguientes casos: *CMS Gas Transmission Company c/ Argentina* (2005, párr. 471); *Azurix Corp. c/ Argentina* (2006); *LG&E Energy Corp y otros c/ Argentina* (2007); *BG Group Plc. c/ Argentina* (2007, párr.455); *Total S.A. c/ Argentina* (2013, párr.256); casos *Suez y otros c/ Argentina* (3/17 y 3/19), *Hochtief A.G. c/ Argentina* (2016, párr.47) y *Teinver S.A. y otros c/ Argentina* (2017, párr. 1124).

#### Criterios para la aplicación de intereses (actualización)

	Recomendado	
Tipo de tasa	Libre de riesgo + spread	Libre de riesgo
Período de aplicación	Anterior / Posterior al Laudo	Posterior al Laudo
Frecuencia de la tasa	Corto plazo (usual) / largo plazo (EDF c/Argentina)	Corto plazo
Método	Simple / Compuesto	Simple

En materia de intereses, **la ley argentina**, que es el derecho apli-

9 La negrita es agregada.

cable cuando es el país anfitrión de las inversiones, ésta **prohíbe la capitalización de intereses**; salvo casos excepcionales y expresamente determinados (Código Civil Argentino, art. 623 y Código Civil y Comercial Argentino, art. 770). La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido consistentemente que tal prohibición es una norma de orden público, irrenunciable, y que la capitalización de intereses sólo es admisible de manera restrictiva en los casos expresamente previstos en la norma, no aplicable.

Sin embargo, se ha verificado *con frecuencia* que las demandantes proponen tasas de interés con riesgo para la actualización, con sistemas de capitalización de frecuencia de corto plazo (mensual, trimestral). Estas prácticas provocan un efecto financiero en el cálculo de la compensación, es decir, un *incremento exponencial* en los intereses acumulados sobre la eventual compensación. Por ejemplo, en el caso *Azurix c/ Argentina*, los intereses sobre el monto total del daño ha llegado a representar 12 veces el monto del capital reclamado. En igual sentido, en el caso *Sempre c/ Argentina*, los intereses superaron el 200% del monto de los daños reclamados<sup>10</sup>.

No obstante, si el tribunal decide aplicar intereses para actualizar daños, las tasas apropiadas deberían ser tasas libres de riesgo, líquidas y de relativo corto plazo como la tasa de los Bonos del Tesoro de los Estados Unidos a 6 meses. Dicha tasa cumple con las siguientes características: (i) ser consistente con los principios generales del derecho internacional para una compensación justa, (ii) es la tasa aplicada en numerosos fallos arbitrales internacionales, (iii) es congruente con la teoría financiera aplicable y, (iv) es coincidente con la tasa propuesta por distintas partes demandantes en casos CIADI.

La aplicación de tasas libre de riesgo está ampliamente avalada por el arbitraje de internacional de inversiones: *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/8 (2005, ¶ 471); *Azurix Corp. v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/12 (2006); *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International Inc. v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/02/1, (2007); *BG Group Plc. v. Argentine Republic*, UNCITRAL Arbitration No. UNC 54 KGA, (2007, ¶ 455); *Total S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/04/1 (2013, ¶ 256); *Suez, Sociedad General de Aguas de*

10 Otros casos donde el reclamo por intereses implicaba tasas exorbitantes como el caso *ICS c/ Argentina, Urbaser y otros c/ Argentina y Teinver y otros c/ Argentina*.

*Barcelona S.A., Vivendi Universal S.A. and AWG Group Limited v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/19 and UNCITRAL, (2015); *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and InterAgua Servicios Integrales del Agua S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/17 (2015); *Hochtief A.G. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/31, (2016, ¶¶ 47-48) y *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. and Autobuses Urbanos del Sur S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/09/1, (2017, ¶ 1124).

En resumen, se celebra la incorporación en la agenda de reformas del ISDS el tema de la valuación daños. En base a la experiencia acumulada por parte de la Argentina, sería propicio tener en cuenta algunos de los criterios propuestos para evitar establecer condenas desproporcionadas a los Estados, las cuales que no guardan si quiera relación con las inversiones a las cuales supuestamente los tribunales estarían protegiendo con sus decisiones.

#### BIBLIOGRAFÍA

- BG Group Plc. c. República Argentina (UNCITRAL Arbitration No. UNC 54 KGA), Laudo de 24 de diciembre de 2007.
- Azurix Corp. c. República Argentina (Caso CIADI No. ARB/01/12), Laudo de 14 de julio de 2016.
- Banco Mundial (2010), Guías del Banco Mundial para el Tratamiento de las Inversiones Extranjeras, capítulo IV.
- CIADI, Carga de Casos del CIADI. Estadísticas. Edición 2023 -2.
- CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic, Caso CIADI No. ARB/01/8 (2005, ¶ 471);
- Crystallex International Corporation c. Venezuela, (Caso CIADI N° ARB(AF)/11/2), Laudo de 4 de abril de 2016.
- Damodaran, A (2002). *Investment Valuation: Toos and Techniques of Determining the Value of Any Asset*. 2nd Edition
- Damodaran A. (2009), *Volatility Rules: Valuing Emerging Market Companies*, September 2009, Stern School of Busines.
- Damodaran A., Entrevista en Sintetia, 13 de enero 2014
- Hochtief A.G. c. Argentina, (Caso CIADI N° ARB/07/31), Laudo de 21 December 2016.
- Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and InterAgua Servicios Integrales del Agua S.A. c. Argentina (Caso CIADI N° ARB/03/17), Laudo de

4 de diciembre de 2015.

- LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International Inc. v. Argentina, Caso CIADI No. ARB/02/1, (2007)
- UBA, Facultad de Derecho, Observatorio de Arbitraje Internacional y Derecho de las Inversiones Extranjeras. Newsletter, Año 3 N°8 Setiembre – Diciembre 2022.
- Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. and Autobuses Urbanos del Sur S.A. c. Argentina (Caso CIADI N° ARB/09/1), Laudo de 21 julio de 2017.
- Total S.A. c. Argentina (Caso CIADI N° ARB/04/1), Laudo de 27 de noviembre de 2013.
- Urbaser SA y Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c. Argentina (Caso CIADI No. ARB/07/26), Laudo del 8 de diciembre de 2016.
- Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende c. República de Chile (Caso CIADI No. ARB/98/2), Laudo de 16 de septiembre de 2016.
- BG Group Plc. v. Argentine Republic, UNCITRAL Arbitration No. UNC 54 KGA, (2007, ¶ 455);
- Total S.A. v. Argentine Republic, Caso CIADI No. ARB/04/1 (2013, ¶ 256);
- Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., Vivendi Universal S.A. and AWG Group Limited v. Argentine Republic, Caso CIADI No. ARB/03/19 and UNCITRAL, (2015);
- Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and InterAgua Servicios Integrales del Agua S.A. v. Argentine Republic, Caso CIADI No. ARB/03/17 (2015); Hochtief A.G. v. Argentine Republic, Caso CIADI No. ARB/07/31, (2016, ¶¶ 47-48) y Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. and Autobuses Urbanos del Sur S.A. v. Argentine Republic, Caso CIADI No. ARB/09/1, (2017, ¶ 1124).

## LA LIBERTAD Y EL MAL. NOTAS ACERCA DE LA PUREZA DEL MAL

DAVID KRONZONAS

Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados y Abogadas del Estado |  
Octubre 2023 | Año 7 N° 9 | Buenos Aires, Argentina (ISSN 2796-8642) |  
pp. 336-361

*“Las cosas son como son, inexorables y absurdas.”*

### I.

La filosofía no hace eco de los grandes mensajes, es siempre inactual; y que esa atemporalidad es un modo de medir el tiempo. No es pasado, ni es presente, ni futuro. Es oblicua o de trazo diagonal. Nos ofrecen los filósofos el trabajo y la imaginación de crear verdades a través de algunas certezas, dudas o entre varias posibilidades. No es inmaculada la verdad, ni siquiera transparente; posee más de un atuendo. Priman los cambios de espacios y de posiciones; se prueban nuevas máscaras. Este es el modo en que trabaja y transforma sus defectos, debilidades, llagas, vergüenzas y límites. Se abre en la imaginación la creación de metáforas; en la invención de lenguajes. El modelo parece ser la narrativa. Es en la formación de esas metáforas lo que posibilita crease a uno mismo. Ser moderno -nos decía Marshall Berman- es vivir una vida de paradojas y de contradicciones. Un remolino de lucha y de argumentación, de desintegración y renovación; de ambigüedad y de angustia, un estado de perpetuo devenir y de soledad; una atmósfera de transvaloración, turbulencia, incertidumbre, insolencia, vértigo, embriaguez, extensión de la experiencia, destrucción y trasvasamiento de los límites y de los vínculos morales, expansión, desasosiego y desorden. Ser moderno es formar parte de un universo en que como señaló K. Marx: “todo lo sagrado es profano”<sup>1</sup>. Un mundo preñado de su contrario (F. Nietzsche)

1 Marshall Berman. Todo lo sólido se desvanece en el aire. La experiencia de la modernidad, Siglo XXI, Buenos Aires, 1989, (pág. 83). La vida se vuelve



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



che)<sup>2</sup>, momentos de nuevos porqués en que el individuo se atreve a subjetivarse.

Si la cultura moderna<sup>3</sup> es el resultado de un proceso histórico de racionalización donde se la identifica con el aumento de la racionalidad instrumental y de la acción; entendida como el modo metódico de la vida, de la ampliación del saber empírico, del cálculo, de la adaptación deliberada a una constelación de intereses; de la capacidad de predicción y del dominio instrumental y organizativo sobre dichos procesos; la Modernidad ya no podrá ser pensada como una unidad que encontraba en su centro una visión del mundo (religiosa) portadora de sentido; tanto la reflexión teórica como a la actividad práctica y estética; así como el orden económico, legal y burocrático basado en una racionalización formal e instrumental que en el proceso de autonomización y de eficacia creciente (del derecho, de la organización burocrática, de la economía del capital) determina la vida de todos los individuos con una fuerza irresistible<sup>4</sup>. La racionalización del mundo<sup>5</sup> -en sentido weberiano- se identifica con

---

desacralizada en una situación de igualdad espiritual donde todos se enfrentan a sí mismos y a los demás en un mismo plano. La norma es el cambio. Ello rompe la unidad de la cultura y destroza la cosmología racional. Todos se enfrentan a sí mismos y a los demás en un mismo plano. Ese mundo mágico y hermoso es también, demoníaco y aterrador. Describe Marx las polaridades que animarán y darán forma al modernismo en el siglo siguiente: deseos y pulsiones insaciables; revolución permanente, desarrollo infinito, de perpetua creación y renovación de las esferas de la vida y su síntesis, en términos de nihilismo, destrucción insaciable y el modo en que la vida es engullida y destrozada; el centro de oscuridad y de horror. Ver Ricardo Forster. Walter Benjamín y el problema del mal. Grupo Editor Altamira, Buenos Aires, 2000, (pág. 262). Ver George Bataille. El erotismo. Tusquets ediciones. Barcelona, 3° edición, Barcelona, 1982, (pág. 177) afirmará que en un mundo profano “sólo hay mecánica animal”.

2 F. Nietzsche. Más allá del bien y del mal. Libro del Bolsillo-Alianza editorial. Madrid, 1986.-

3 J. Habermas. Teoría de la acción comunicativa. T.I. Racionalidad de la acción y racionalización social. Taurus ediciones, Buenos Aires, 1990, (pág. 199 y ss).

4 M. Weber. La ética protestante y el espíritu del capitalismo. Ediciones Península; Barcelona, 1997.

5 Neutralizar la ambivalencia implicará la caída de su connotación axiológica y la asunción del proceso de mundanización como proceso

el desencantamiento del mundo y la diferenciación de las esferas de valor -que agrupadas artificiosamente en una unidad racional y de consciente sublimación de las relaciones del hombre con el mundo condujo a que se hicieran conscientes-.

La visión del mundo antaño unificada por la ética religiosa y donde la fe ordenaba la vida sobre la base de un discurso que le permitía al sujeto concebir el nacimiento, el sufrimiento, la muerte, el mal y la esperanza; se ha roto irremediamente. El hombre va por un mundo despojado de mitos explicativos o conciliadores. Es dable recordar con Weber que las religiones ascéticas nacieron desencantadas y es precisamente, en su interior donde se desarrollan las condiciones internas del surgimiento de una lógica que racionaliza las imágenes del mundo, la experiencia de lo sagrado. Emancipación entendida en el sentido de una liberación respecto del dogmatismo y de toda autoridad no trascendida por el pensamiento en su marcha secular. La modernidad nace con un eclipse de la trascendencia. No se sigue de modo alguno que esa pérdida haya arrojado a los seres humanos al mundo; sino hacia sí mismos<sup>6</sup>. La ciencia -como el discernimiento entre la certeza y el error, metodología analítica, esferas de sistematización y donde el sujeto pensante es el lugar donde habita la razón frente a las ilusiones y los tropiezos- se opuso al postulado ético de que el mundo es un cosmos ordenado por dios y que en consecuen-

---

inexorable en Occidente. La secularización se conecta con la preponderancia de aquella modalidad racional respecto al fin de la acción que ha encontrado su específica expresión histórico social en la ética de la renuncia y de la ascesis intramundana típica del calvinismo y del puritanismo. Ver G. Marramao. Cielo y Tierra. Generalología de la secularización. Ediciones Paidós Ibérica, Barcelona, 1998, (pág. 59). A partir de la Revolución inglesa el motivo de la secularización del individualismo religioso llega a ser el presupuesto de la secularización del Estado. Su marca es la secularización de la ley natural y del contractualismo de T. Hobbes y J. Locke. Todos los conceptos de la doctrina moderna del Estado son conceptos teológicos secularizados; para luego así, arribar a las nociones de tolerancia y derechos humanos. Es a partir de la libertad y de la contingencia que la acción humana se redefine en el marco de la responsabilidad. Durante todo el siglo XIX la idea de secularización estará expresada por el término mundanización (*Verweltlichung*) ya presente en Hegel -como en Feuerbach y Marx con la noción de secularización (*Säkularisierung*) entendida en la tradicional acepción jurídico-política. Secularización no significa otra cosa que separación de la Iglesia del Estado; y de religión y política.

6 H. Arendt. La condición humana. Ediciones Paidós Ibérica; Barcelona; 1998; (pág. 285 y ss).

cia se hallaba -significativamente y éticamente- orientado en algún sentido. Ese sentido -para el hombre moderno-, se convierte en un instinto para todo, un gusto por probarlo todo. Sin embargo, ese combate contra la tradición se vio opacado por una nueva corriente de alienación, anomia y inseguridad existencial; delineándose así, los contornos de una creciente dificultad alrededor de la libertad.

Es la literatura la que se hace cargo de la parte maldita<sup>7</sup> como aquella que posibilita el juego de lo aleatorio, el peligro, la soberanía del sujeto y de la sociedad en una traducción de palabras y de estilos. La literatura pone en escena el escenario del mundo. Vivir es afirmar los límites. Lo que nos rebasa nos desprecia; lo que se nos escapa nos destruye. La literatura es su testigo que se interroga sobre el enigma del mal en la intersección del lazo social y de los dramas singulares de la subjetividad<sup>8</sup> donde la barbarie ha sido la experiencia cotidiana en la historia. El individuo y la subjetividad moderna persistieron como rebelión, como “negatividad” de todo orden constituido partiendo de la universalidad abstracta de la ley. Fue la Ilustración<sup>9</sup> la que inventó un sujeto, como

---

7 G. Bataille. La literatura y el mal. Taurus ediciones, Madrid, 1987. En este autor el mal no es sinónimo de egoísmo. Es el que elige aquello que intencionalmente se opone al bien. Si el bien es el conjunto de las convenciones, de las normas, de las leyes aceptadas por la sociedad; para ser libre deberá estar de parte del mal. Esto significa una sola cosa para Bataille: trasgresión de los límites y de los vínculos. El mal se traduce en un acto de valentía que rechaza la actitud servil. Esa atracción hacia la muerte; solo el mal nos hace libres, dice Bataille. El siglo XX es el siglo en que la nada, la parte maldita afirma su victoria hermenéutica. Muerte, violencia, crueldad, ensañamiento, cuerpo, pasión, inconsciente, instintos, pulsiones. Una cultura que enseña la subversión obsesivamente y termina absolutizando la parte negativa.

8 Lo que escapa a la filosofía, pero no a la literatura y que esta conoce bien es el momento de angustia que surge en el interior del sujeto ante las fuerzas del mal que moran en él. Víctor Hugo y sus contemporáneos reemplazaron lo trágico por lo contingente: los acontecimientos que se suceden son provocados por la fatalidad de los encuentros y las afrentas casuales. La literatura representa una fuerza vigorosa de exorcismo del mal radical y del horror.

9 La individualidad ilustrada se define por su capacidad de combatir la superstición en nombre de la razón y del saber; del derecho ilimitado a la crítica en nombre de la proclamación de un yo libre e instruido puesto bajo el símbolo de la felicidad. Son Sade y Goya quienes objetaron la razón de la Ilustración. Razón como el reverso que se da en el despliegue de las atrocidades de las guerras napoleónicas; pero al mismo tiempo exhiben la convicción de que existe en el corazón humano una parte nocturna, una ferocidad de siempre.



sujeto de razón y es precisamente allí, donde se desarrollará la interrogación sobre el mal. Cada cual, lleva en sí, lo peor como posibilidad atroz. En este sentido la categoría del mal, relacionada con la del bien aparece como una calificación respecto de la facultad de la libertad del sujeto, del poder que tiene este de determinarse al someter su deseo a la ley de la razón. I. Kant<sup>10</sup> llama al mal como heteronomía; el hecho de dar a su acción presupuestos diferentes de los de la razón misma. El hombre es su libertad introduciendo el concepto del mal como su libre trasgresión. Para que la libertad sea vertiginosa aquel debe elegir; equivocarse infinitamente (J.P. Sartre). No es algo exterior que determine la voluntad por inclinación, no está alojado -decía Kant- en ningún objeto, no es fáctico, ni ocasional. Solo puede encontrarse en el interior del sujeto, es inherente a sí. Aquello que está en juego es el significado de la acción -en tanto que libre-. El condenado alcanza una soledad que es la imagen debilitada de la gran soledad del hombre verdaderamente libre.

Subjetividad rebelde que encontró espacio en la literatura como una forma de exorcismo para liberar a sus propios fantasmas -éste fue el caso de F. Kafka-; G. Bataille escribirá contra la escritura en una búsqueda de la vida, que es la “afirmación alegre de la muerte”<sup>11</sup>; J. Derrida en un derroche de texto, de exceso, de pluralidad que -según M. Blanchot- de fragmento en fragmento se anulará a sí mismo; ha demostrado que el pensamiento trasgrede la vida personal en el anonimato del dolor, la risa, el deseo, el cuerpo, la escritura. Que la

---

Hay en la humanidad un exceso irresistible que la empuja a destruir y la pone en armonía con la ruina incesante e inevitable de todo lo que nace, crece y se esfuerza por durar.

10 El idealismo -entendido metafísicamente en vista de la pregunta por el Ser- es la interpretación del ser a partir del pensar. Su lema reza: ser y pensar. El pensar es para R. Descartes: yo pienso; pero el ser yo tiene desde Kant su esencia en la libertad. Idealismo es idealismo de la libertad. Todo ente es en-sí; ser-libre. Ser es entendido como yo, como libertad. Ser libre es voluntad. Ser es querer su límite. El idealismo entendía la libertad como determinación del puro yo; un determinarse a sí mismo en tanto ley; auto legislación en la buena voluntad ya que sólo ésta es buena. Libertad es en Kant dominio sobre la sensibilidad. Dominio como auto subsistencia en el fundamento propio y autodeterminación como auto legislación. Kant desplaza esa libertad como autonomía a la razón pura del hombre. Esa razón (pura) no solo queda diferenciada sino separada de la sensibilidad y de la naturaleza como algo totalmente diverso. La naturaleza sigue siendo lo negativo, lo que hay que superar. En Schelling -en cambio- la libertad se transforma desde su base en algo diverso, ambiguo. La pregunta por el mal se transforma en metafísica del mal y por cierto en vista al sistema.

11 G. Bataille. El erotismo. Tusquets ediciones, Barcelona, 1982, (pág. 3).

experiencia interior se objetiva y que la escritura dramatiza el pensamiento. Un juego que verificará la unión de los contrarios: la vida es traspasada por el pensamiento; el pensamiento por la escritura; y la escritura por el texto. E. Jabes<sup>12</sup> invitaba a estar a la escucha de un silencio; dejar que las palabras guíen los pasos del caminante que atraviesa el desierto. Una palabra que rememora el vacío, el abismo, la proximidad de la muerte, la ausencia, el silencio. En el desierto uno se vuelve otro: aquel que ha aprendido a contar con su propia soledad.

## II.

El pensamiento trágico es aquel que concibe el mal como una guerra librada en el seno del ser. Esta noción sirve para representar la angustia privada en el escenario público. El teatro trágico tiene como punto de partida el hecho de la catástrofe. El personaje trágico es destruido por fuerzas que no pueden ser entendidas, ni derrotadas por la prudencia racional. Cuando las causas son temporales; cuando el conflicto puede ser resuelto por medios técnicos o sociales; nos hallamos de cara al drama, pero no frente a la tragedia. La tragedia es lo irreparable. No existe compensación justa, ni material que pueda remediar lo padecido. No podrá ser rehecho el espíritu quebrado, ni tampoco las heridas curadas. En la tragedia las esferas de razón, justicia y orden son limitadas y ningún progreso científico-técnico podrá extender allí sus dominios. Fuera y dentro del hombre está lo otro, la alteridad del mundo. Un dios escondido y maligno, el destino ciego, las tentaciones infernales, o la furia bestial de nuestra sangre animal. Las cosas son como son: inexorables y absurdas. Frente a ella, desenfreno, protestas, espíritu escandalizado y opción a contrapelo de la sensibilidad imperante. Se alcanza una nueva grandeza: el ennoblecimiento por el rencor vengativo o la injusticia de los dioses.

La tragedia se ocupa de la propensión inalterable a la inhumanidad y de la destrucción en el curso del mundo. La tragedia<sup>13</sup> quiere

---

12 E. Jabes. Del desierto al libro. Entrevista con Marcel Cohen. Editorial Trotta; Madrid; (págs. 32/ 6).

13 En una insignificante aldea de Polonia había una pequeña sinagoga. Una noche cuando el rabino hacía la ronda entró y vio a Dios sentado en un rincón oscuro. Cayó al piso y exclamó: Señor Dios ¿Qué haces tú aquí? Dios no le respondió atronadamente, ni desde un remolino, sino que le dijo con vos suave:

hacernos saber que hay en el hecho mismo de la existencia humana una provocación o una paradoja. Los propósitos humanos van a contrapelo de inexplicables fuerzas destructivas que están afuera pero quizás muy cerca. Frente a ello, no hay respuestas. Si las hubiera, estaríamos en presencia de un sufrimiento justo; pero no, en presencia de la tragedia. Desde Milton hasta Goethe; desde Hölderlin hasta Cocteau hay un intento de revivir el ideal griego. El arte clásico aspira a la impersonalidad; a la separación entre obra y contingencia del artista. El hombre romántico es Narciso en búsqueda y afirmación exaltada de su naturaleza; el mundo es espejo circundante, o eco de su presencia. La tragedia privada desde el siglo XVIII pasa a ser el campo preferido de la novela y del teatro. La tragedia goethiana -en el marco del siglo XVIII y XIX-, Fausto -como encarnación de la subjetividad moderna donde el héroe trágico es responsable y su caída está relacionada con la presencia en él de una debilidad moral, o un vicio activo- que ya no mira a ninguna verdad; ni a redención alguna. Buscar fuera el desborde, a través del deseo de poder; de la trasgresión de la inocencia; con la presencia del goce maléfico y de la acción; de una puesta del cuerpo en el mundo; inaugurando una dialéctica entre un hombre abierto y otro cerrado. Fausto pierde el control debido a la potenciación de su individualidad -como modo de escapar del mundo interior que lo retenía en prisión y le impedía convertirse en alguien auténtico. Es el fruto de un impulso al que M. Berman llamaba el “deseo de desarrollo”<sup>14</sup> traducido en términos de experiencia, intensidad, exterioridad, movimiento y creatividad. Donde el objeto y el sujeto de la transformación -ya no es el héroe trágico- sino el mundo en su conjunto en la construcción de proyectos y programas concretos; y en el

---

estoy cansado rabino; muerto de cansancio,” Dios se fatigó del salvajismo del hombre. Tal vez ya no sea capaz de controlarlo; ya que no puede reconocer su imagen en el espejo de la creación. Se alejó el curso del siglo XVII; en el XIX Laplace anunció que dios era una hipótesis que en adelante le resultaría innecesaria al espíritu racional. La tragedia es la forma de arte que exige la intolerable carga de la presencia de dios. Ver G. Steiner. *La muerte de la tragedia*. Monte Ávila latinoamericana; Caracas; 1991; (pág. 290).

14 Este mundo mágico y milagroso es también demoníaco y aterrador: pende de forma salvaje y sin control y destruye ciegamente a su paso. Solo se aprende en los momentos de ruina personal y general. La expansión de los poderes humanos -a través de la ciencia y la técnica- desencadena fuerzas demoníacas que irrumpen irracionalmente con resultados horribles. M- Berman. *Todo lo sólido se desvanece en el aire*. Ídem; (pág. 98).

nacimiento de una división social y organización del trabajo visionaria, intensiva sistemática en una inesperada vocación; en una nueva relación entre las ideas y la vida práctica.

Este deseo -un dinámico flujo que incluya todas las formas de la experiencia humana- es explicado por Fausto al diablo. Un impulso moderno y vital que realice sueños, o deseos, e incluya la alegría y la desgracia sin culpas asimilándolas al crecimiento infinito hasta la autodestrucción de la propia personalidad, un impulso en que el desarrollo implica dolor en su ejercicio. Es precisamente aquí, donde reside el significado de la relación de Fausto con el diablo: los poderes humanos solo pueden desarrollarse mediante la expansión de lo que Marx llamaba: “las potencias infernales”; las oscuras y pavorosas energías que pueden entrar en irrupción con una fuerza más allá de todo control humano; a las que Weber llamará -en igual sentido-, “fuerzas diabólicas”. Fausto es un sujeto que está a merced de potencias que lo sobrepasan y que hace resurgir -en la escena dominada por la razón-, los viejos poderes de la maldición y del destino. Este romanticismo<sup>15</sup> opone al sujeto inmanente y finito la subjetividad del rebelde; entendida como infinitud de un deseo que está en ruptura con el mundo y donde esa singularidad no puede incluirse en las enunciaciones modernas de la ley. La función de Mefisto es la de personificar el lado oscuro de la creatividad y de la propia divinidad. Es la paradoja de la destrucción como instancia de creación; como juego dialéctico que moverá la economía, el Estado, la sociedad.

No deseando sino el mal podrá acabar del lado de dios y crear el bien. Ya no cabe la pregunta: ¿Debo hacerlo? Sino que la única pregunta será: ¿Cómo hacerlo? Si algo nos ha enseñado la historia es que los horrores más profundos nacen de los objetivos más honorables y de sus logros más auténticos<sup>16</sup>. Otra vez, las palabras con-

---

15 Reemplazó la realidad del infierno que se abre ante Fausto, Macbeth, Fedra con la cláusula de la redención oportuna. La visión rousseauiana implicaba una crítica a la noción de culpa y el cielo compensador de Rousseau. Heredó de Rousseau el supuesto de bondad natural y en su fe en los orígenes sociales no metafísicos del mal. También, su obsesión por el yo individual. La responsabilidad dependía de la crianza y de su medio ambiente pues el mal no puede ser congénito. El criminal finalmente, será poseído por el remordimiento. El crimen reparado o el error se justificará. El crimen no lleva al castigo sino a la redención.

16 Dice Ibsen que los ataques más peligrosos a la razón y a la vida no

fiesan su oquedad. Los argumentos, las razones son -una y otra vez-, hipócritas, cínicas y exhiben con alegría, sus propias vergüenzas. ¿Podremos hablar con T. Todorov<sup>17</sup> de una memoria del mal como lugar simplemente empírico que nos conducirá a actitudes diferentes que este mismo define como tentación del bien? No se trata de preferir el bien al mal; ya que esa actitud solo consistirá en identificarse con el bien -en una nueva encarnación milenarista<sup>18</sup>- y pretender así, imponerlo por la fuerza a los demás. Habrá que evitar caer en esa trampa. El bien se vuelve, un bien para todos y no un bien que concierne únicamente al individuo. La tentación del bien -de vengarse sin saber de quién y atacar sin saber a quién- es un lugar donde el bien no está alejado del mal. La pregunta por la esencia y realidad del mal (metafísica del mal con finalidad metafísica) lleva a preguntarse por el ser en general. El mal es un modo del ser libre del hombre.

Para Kant la razón no tiene por objeto más que el intelecto y su uso, con miras a un fin. La razón proporciona una cierta unidad colectiva para beneficio del intelecto; y esta unidad hace sistema. Sus normas son directivas para la construcción jerárquica de los conceptos. Tanto para Leibniz, Descartes y Kant la racionalidad consiste en efectuar una conexión sistémica. Su unidad reside en la concordancia. La lógica fija el orden. La razón es la facultad de deducir lo particular de lo universal. Hoy la razón se ha convertido en una

---

proceden del exterior -como en la tragedia griega o isabelina- sino que surgen del alma inestable; del desequilibrio y la rivalidad de la psique individual. Llama Ibsen -el dramaturgo más importante luego de Shakespeare y Racine- a quitarse las máscaras de la hipocresía y del autoengaño que los hombres tratan de conservar frente a la vida social y personal. Cuando los ideales se apoderan de uno de sus personajes lo llevarán a la ruina psicológica y material; cuando la máscara se ha pegado a la piel solo podrá quitársela a un precio suicida.

17 T. Todorov. Memoria del mal, tentación del bien. Investigación sobre el siglo. Robert Laffont ediciones; París; 2001.

18 Ello significa querer crear el paraíso en la tierra como tendencia permanente en la historia de Occidente. Los regímenes totalitarios del siglo XX poseyeron -al mismo tiempo- la característica de haber sido religiones seculares e identificarse con las ciencias. Las religiones políticas pretendieron la absolutización del actuar humano y la totalización de las instituciones político-sociales. G. Marramao. Cielo y tierra. Genealogía de la secularización. Ídem, (pág. 119)

finalidad sin fin. Schelling<sup>19</sup> concibe al mal dentro del sistema de la libertad y no explora el auto desgarramiento de la razón. No piensa en conceptos sino en fuerzas y en posiciones volitivas, un conflicto de potencias que no podrán ser equilibradas por los conceptos. ¿Qué es el mal? La pregunta por la esencia de la libertad humana se convierte en la pregunta por la posibilidad y realidad del mal. El mal pasa por ser lo no bueno; una carencia, algo que falta. Si falta, no existe; al no existir podríamos denominarlo: el no-ente. Solo lo positivo puede ser real. Ese carencial es siempre en cuanto es, solo un grado del bien (B. Spinoza). Según esto la realidad del mal es solo un supuesto; una apariencia. Sabemos lo que no es: ni una cuestión subjetiva, ni objetiva. La cuestión está encerrada en el concepto del no-ente. La pregunta por el mal llevará consigo la del ser del no-ente. En referencia a la pregunta por el ser; significa que interpelar por la esencia del ser es a la vez hacerlo, por la esencia del no y de la nada. En tanto falta, la carencia es un no estar presente, aunque no es la nada. Es Heidegger<sup>20</sup> el que sostiene que el mal no es tratado en el horizonte de la mera moral sino en el horizonte de la pregunta ontológica y teológica. Una metafísica del mal. Schelling muestra como la realidad del mal hace volar al sistema en pedazos y discute las posibilidades de inserción en el.

No es la trasgresión. Es la trasgresión condenada de la naturaleza humana indeterminada como un ser sin esencia que en alguna medida nos permite ver su fondo abismal: si el hombre tiene la facultad de hacer el bien y el mal; su fondo, sin fondo resultará indeterminado. Si no hay interdicto que no pueda ser trasgredido (G. Bataille); a menudo resultará admitido, incluso prescripto. Como la muerte es la condición de la vida; el mal se vincula con la muerte. Es también, de manera ambigua, un fundamento del ser: la libertad del hombre es la facultad para el bien y para el mal<sup>21</sup>. El mal -sí es que no ha de ser en absoluto una nada- tiene

---

19 F.W.J. Schelling. Investigaciones filosóficas sobre la esencia de la libertad humana y los objetos con ella relacionados. Anthropos ediciones; Barcelona, 1989.

20 M. Heidegger. Schelling y la libertad humana. Monte Ávila editores latinoamericana; Caracas, 1996, (pág. 118).

21 Cinco son los conceptos de libertad que enumera Heidegger: a.- libertad como poder comenzar por sí mismo -sin requerir fundamentación alguna- una serie de sucesos; b.- libertad de estar-libre-de-algo, libre de estar atado (libertad negativa); c.- libertad como obligarse a, libertad para (libertad positiva); d.- libertad como dominio sobre la sensibilidad (libertad impropia) y finalmente, e.- libertad como autodeterminación. Este

que ser entonces, un ente. ¿Qué es lo propio de tal ente? Un fundamento -lo que le da basamento, no en el sentido lógico-; y una existencia -en el sentido de lo que sale fuera de sí-, en tanto que existe, es un ente, él mismo, lo que él es. Ser sí mismo -según la interpretación idealista- es ser yo; yo en tanto sujeto de la existencia. Cada ser sólo puede manifestar lo que es en su contrario; tiene que haber para él algo diverso que no es dios en cuanto él mismo y que encierra la posibilidad que este se evidencie a sí mismo en Él. Ahora bien, probar la posibilidad del mal quiere decir: mostrar; en qué medida los seres humanos tienen que ser; y qué significa, que ellos sean. El fundamento del mal es algo positivo en el sentido más alto. El mal mismo no puede ser nada negativo. No será suficiente recalcar algo positivo en el mal y concebirlo como lo finito frente a lo infinito.

La finitud por sí misma no es aún el mal; no lo es en el sentido de concebirla como mera limitación, un tal solo: no más y un finalizar en algún sitio. Schelling nos da la pista: el principio del mal tiene que ser buscado en lo espiritual. La corrupción más alta es también precisamente, la más espiritual. “En ella desaparece lo natural, incluso la sensibilidad, hasta la misma lujuria; sabe que esta se convierte en crueldad y que el malvado (...) es más ajeno al placer que el bueno (...) hace la guerra más violenta a todo ser; incluso quería abolir el fundamento de la creación.”<sup>22</sup> Ahora bien, si la libertad significa que el hombre es completamente indeterminado respecto del bien y del mal entonces se concibe a la libertad solo negativamente, como mera indecisión; una libertad que no es fundamento determinante sino completa carencia de indeterminación que no puede jamás salirse de sí misma. La libertad no es libertad para algo; no lo es tampoco, libertad de algo. La indecisión es algo muy efectivo; algo que puede ser concebido y superado por medio de la libertad. El mal surge paradójicamente como la evidencia de algo extraño -la “cosa” decía J. Lacan-; y amenazador que el sujeto experimenta y que desde el interior lo quebranta hasta romper su propia cohesión. La subjetivi-

último conduce a la comprensión del concepto propio de libertad. La concepción que ve al ser libre como mero dominio del espíritu sobre la sensibilidad; de la razón sobre los impulsos, apetencias e inclinaciones se mantiene en el concepto impropio de libertad. Desde Descartes y luego todo el idealismo afirmaban: “*Libertas est propensio in bonum*” libertad es la facultad para el bien; Schelling es quien añade, el mal. Ver M. Heidegger. Schelling y la libertad humana. Ídem; (pág. 117).

22 Schelling. Lecciones privadas de Stuttgart. I; VII; 1810; (pág. 468) citado por M. Heidegger. Ídem; (pág. 146).

dad se construye en la dialéctica de un cuerpo y una palabra. De un cuerpo definido como violencia de las pulsiones y de una palabra que lo sustrae de la animalidad y lo humaniza en relación a los demás. Un sujeto se define como la singularidad de un deseo y es capaz de resistir a todo aquello que le haga perder consistencia y dignidad. Esta singularidad es su fundamento. Que, si bien no es dada, sino imprevisible; es el lugar de la libertad.

Es la comprobación de la sinrazón del mundo; como lo dado en su exterioridad; expresado como tentación, seducción, fascinación exigida por un deseo enloquecido de libertad y que va en contra del propio interés. Vértigo y ascesis. Ese mal “que niega y afirma el bien”<sup>23</sup> ¿es quizás un caso límite del pensar en la medida en que pretende significar una experiencia límite del hombre? El mal es -en tanto posibilidad esencial de la libertad humana- un modo esencial de ser-hombre<sup>24</sup>. En el hombre está el abismo más hondo y el más alto cielo. Como el egoísmo, la tendencia a replegarse a sí mismo es elevada en el hombre al entendimiento y a la palabra; la mismidad en él es, en cuanto tal, espíritu. Estar-con paradójicamente es estar separado. El otro no es sino el no-yo. El lugar que ocupa es donde no estoy. Nunca desaparecerá, la distancia entre nosotros. En palabras de Heidegger: sólo se puede lanzar una punta sobre el abismo; por mi conocimiento de él, por mi contar con las posibles ventajas y peligros potenciales que su presencia presagia o por el dar a él lo que yo quiero. Levinas nos enseñará que no es con la preposición “con” (Mit) que se debe describir la relación original con el otro. “Mit” es lo que constituye la ontología. Territorio sin ética. Desde la perspectiva ontológica el relacionamiento ético solo puede ser posterior. Un artificio, nunca legitimado, un cuerpo siempre extraño, cuestionable. Nunca se podrá derivar el “debe” del “es”. No se puede argumentar con valores partiendo de hechos. La ética es antes de la ontología; es una trascendencia de ser. Es la oportunidad de esa trascendencia. La ética no tiene esencia.

El hombre es egoísta, individual, finito, separado. Más allá de toda naturaleza o de otros seres humanos. En tanto mismidad es espíritu y libre de fundamento por cuanto el egoísmo podrá ser dirigido

23 G. Bataille. La literatura y el mal. Taurus ediciones; Madrid; (pág. 15).

24 M. Heidegger. Schelling y la libertad humana. Ídem; (pág. 174).



en uno u otro sentido. En cuanto voluntad podrá decidirse de una u otra manera. El mal nada es por sí mismo; solo es como algo histórico, espiritual: Decisión que tiene que ser a la vez decisión “por” algo y “contra” algo. Aquello que posibilita el mal es la separación de los principios de fundamento y existencia que hacen a aquello que es el ser humano libre. Como la voluntad es egoístamente espiritual puede ponerse en lugar de la voluntad universal -la que consigue querer ser en tanto mismidad separada-, el fundamento de la totalidad; y a su vez, querer determinar por sí, la unidad de los principios. Ese poder es la facultad para el mal. El mal es posible en lo creado, solo como espíritu. La esfera del espíritu creado es la historia. Solo los humanos son capaces de mal. Como son facultad para el mal; son facultad para el otro. El primado ético de lo otro sobre lo mismo exige que la experiencia de la alteridad esté ontológicamente garantida como experiencia de una distancia, o de una no-identidad esencial. Franquearla constituye la experiencia ética misma. El simple fenómeno del otro contiene tal garantía. La finitud del parecer del otro puede investirse como semejanza, imitación y así, reconducir a la lógica de lo Mismo. El otro se me parece demasiado; lo cual, hace necesaria la hipótesis de una apertura a su alteridad. Es preciso que el fenómeno del prójimo -su rostro- sea testimonio de la alteridad que, sin embargo, no podrá fundarse por sí solo. Es necesario atravesar la epifanía de una distancia infinita cuya acción resultará la experiencia ética. Confrontar al otro como rostro; como acto de trascendencia es lo que propone la filosofía de E. Levinas. Su absoluta desnudez es lo que se opone a mi poder; a mi violencia. Frente a esto: soy responsable. Asumir esa responsabilidad es un acto de creación del espacio ético.

Los seres humanos no son ni buenos, ni malos; solo son, aquello que pueden ser: tanto lo uno; como lo otro. Tiene por necesidad ser lo uno, o lo otro en el sentido del predominio, de lo uno sobre lo otro. No hay dios; el Uno no es. El múltiple es, sin Uno. Todo múltiple es a su turno; múltiples de múltiples. Esta es la ley del ser. ¿En qué consiste entonces la maldad del mal?<sup>25</sup> ¿Cómo puede esa realidad (del

25 El pensamiento judío invita a pensar el mal como misterio de inequidad e invita a pasar el punto de angustia, más allá del cual está reafirmada la dimensión trascendente del Pacto. El cristianismo contrapuso a la Biblia hebrea, la inocencia que es lo que ilumina por contraste; aquello que el mal es. El mal verdadero se sitúa como un misterio en el corazón mismo de los hombres. Inocencia no es ingenuidad; ni estado de infancia sin la manifestación misteriosa de la gracia y de la elección en medio de injusticias e

mal) ser puesta de acuerdo con el sistema? ¿Cómo puede pensarse? ¿Si afirmamos su existencia ella podrá poner en duda el concepto mismo de razón? ¿Podrá poner en jaque a la inteligencia misma? El mal es siempre indirecto, impersonal, mediatizado por instituciones complejas y papeles burocráticos. Un mundo en el cual Kafka juega sus dados en la conjura del miedo; donde la libertad se pierde en la violencia y donde el sujeto encuentra su límite, hallándose al borde de sí. Mal y libertad no significan dificultad ninguna para el sistema. Si el hombre es un ente libre para el bien y para el mal; el mal comienza en el hombre a partir de su libertad. En tanto que libre, es autor del mal. Ser es en tanto ser viviente; el ente que subsiste en cada caso por sí mismo como un todo. Ente como existente; dador de fundamento que para Schelling quiere decir: asiento, fundamento base; y no en el sentido de razón; fundamento es lo no-racional y no lo irracional. Hay una potencia y un enigma del mal que se pueden situar en el corazón mismo del fenómeno humano y que posee una consistencia propia más allá de la empírea. De nuevo: si la libertad significa facultad para el bien y para el mal. ¿Existiría un poder del mal? Schelling lo niega, ni siquiera lo considera admisible; ya que ello, conduciría al desgarramiento de la razón. La razón debe ser salvada. Ella es la posibilidad de la unidad del ente. La razón debe ser mantenida como el tribunal que decide sobre la determinación del ser. Ese dualismo de dos principios separados resultará imposible.

Por otra parte, hubo en la historia reciente<sup>26</sup> un impulso de crear

incomprensibles persecuciones. Ver B. Sichére. *Historias del mal*. Ídem (pág. 58).

26 Jean-Luc Nancy interroga la conciencia contemporánea a la luz de la “solución final” destacando que hay una experiencia del mal y el pensamiento no puede mantenerse al margen de ella. Experiencia frente a un pensamiento que no sabe ya si, ni cómo la libertad podría ser su tema. Es en el seno de la cultura de la libertad dónde se llevó a cabo sistemáticamente la negación de la existencia. Ver J.L. Nancy. *La experiencia de la libertad*. Ediciones Paidós España; Barcelona, 1996; (pág. 139). La “solución final” fue en definitiva una solución estética: donde el artista eliminó de la trama y textura humana una mancha. Allí, se aniquiló lo que fue considerado no armonioso. Existe también una respuesta esteticista para la “cuestión social”: la pobreza -dicen estos-, es la obstinada presencia de los que no se ajustan, de los que están fuera de lugar; de los que empañan el cuadro; de los que ofenden un sentido estéticamente agradable y moralmente tranquilizador de la armonía. La pureza es un ideal, una visión de la condición -actividad consciente e intencional que precisa ser creada, concebida como tarea: la de un nuevo orden artificial; un nuevo comienzo. La



un entorno homogéneo, transparente, puro en un espacio de barbarie -la Gran Barbarie en términos de E. Morín- frente aquello que quiere reemplazar: la diferencia<sup>27</sup>. Modo en el que los seres humanos tienen en su relación con el otro -en tanto que otro diferente-. La ética es reconocimiento del otro. En oposición a la negación del otro; la ética de la diferencia. Si la diferencia es lo que hay y siendo toda verdad un-venir-a-hacer lo que aún no es; las diferencias son lo que toda verdad destituye, o hace aparecer como insignificante. Mal es enseñorear la voluntad propia por sobre la general; o la de un grupo mayoritario sobre uno, o varios minoritarios. Ejercer la tiranía del egoísmo -individual y grupal- por sobre la totalidad. Ir por sobre el interés de lo común; contra la suma de las particularidades. Aquello que se describe como ético de una comunidad son sus efectos deseados de esa subordinación. Los límites de las elecciones individuales para hacer del grupo algo real. Pero, por otro lado, lo que es fundamento, es convertido en existente. Maldición virtual de una ciencia que está a merced de un deseo sin ley y de un sujeto que ya no sabe como ligar en sí las fuerzas del mal y del odio. En “La genealogía de la moral”, Nietzsche<sup>28</sup> se interroga diciendo: ¿Quiénes somos enton-

---

pureza es una visión de orden. Una situación en la que cada cosa se halla en su justo lugar. Cada orden genera sus propios extraños. Las ideologías totalitarias fueron singularmente precisas en condenar lo difuso; en localizar lo indefinible; en transformar lo incontrolable. Estas fueron profundamente antimodernas ya que plantearon la utopía del mundo perfecto -la pureza de la raza y el mundo sin clases- y no el cambio. Un mundo que permanece idéntico a sí mismo, transparente, en armonía; sin extraños donde nada esta fuera de lugar.

27 La ética de la diferencia es inicua y absurda; porque diferencias es lo que hay y habrá; y no dejará de haber. Tratar de justificar lo que ocurre desde siempre es buscar una racionalidad para que el diferente nos venga con pureza; tan puro como nosotros. Dicen estos -una y otra vez-: sé como yo y respetaré tu diferencia. Fue G. Simmel quién diagnosticó la falacia alrededor de una naturaleza humana universal que sirvió de disfraz para el asalto a la diferencia; y a las renovadas y persistentes tentativas de reprimir la alteridad. Sobre el impacto del poder de pretensión universal de la condición humana; Simmel observó que esta se desarrolló en una dirección exactamente opuesta a esa intención.

28 F. Nietzsche. La genealogía de la moral. Alianza editorial -Libro de bolsillo; Madrid, 1986. El mal debe ser pensado no desde la presunta pureza de una libertad de querer sino desde la opacidad de aquel amasijo de instintos y pasiones que se ocultan en la razón y en la voluntad. Para la cuestión del bien y del mal Nietzsche busca una solución “inmoral” buscando su origen en el mundo; y en lo que la filosofía ha considerado, “lo bajo” y “lo vil”. A poner como motor de su pensamiento genealógico el problema del mal se propone desenmascarar los valores erigidos. Dice: Allí donde ven ideales, veo cosas

ces en la medida en que existe en el centro de la experiencia humana una invariante del mal?

La voluntad del fundamento es en general lo que incita al egoísmo y lo exagera. El bien es la razón para hacer el mal. Es a la vez insistencia de una realidad opaca -lugar de horrores y de angustias que reside en cada humanidad particular; en una peligrosa y declarada desconfianza hacia los pilares de la modernidad. Tentativa demencial de violación del principio de humanidad y de forjar una a-humanidad -Auschwitz, Kolyma, los campos de concentración de la Argentina- a través de la humillación, la crueldad, la tortura, la vejación, el sadismo más variado, el dolor gratuito y la fiesta por la sangre ajena. Este tipo de mal sería una ruptura de la relación intersubjetiva que para E. Levinas es siempre una relación no simétrica. En este sentido soy responsable del otro; sin esperar, buscar o pretender reciprocidad alguna; al límite que tuviese que morir por ello. Aquí la responsabilidad de proximidad nuevamente, va de la mano del ser libre. Esa responsabilidad se traduce en la supresión de la distancia y presupone humanidad; la que deberá ser obsesiva. Es la fragilidad del otro la que suscita el yo moral en mí. El silencio del otro, manda a hablar por él. Hablar por el otro significará: tener conocimiento del otro. Soy; en la medida en que soy para el otro. El sujeto aprende la proximidad temible que podría abolirlo, al mismo tiempo que al mundo. La ética solo puede ser heterónoma cuya fundamentación solo se podrá mantener por el convencimiento. Algo que no solo debe ser aceptado, sino que la vincule con los mismos poderes irresistibles de la necesidad. La inhumanidad política ha degradado y embrutecido el lenguaje más allá de todo precedente. Las palabras han sido empleadas para justificar la falacia política, las enormes distorsiones en la historia y las atrocidades cometidas. Los ojos se acostumbran a la oscuridad y a la luz vacilante de los significados.

---

humanas; a veces, demasiado humanas. El movimiento crítico de la verdadera filosofía es aquel movimiento que impugna los valores presentados como principios. La jerarquía de los valores no se radica ni en el mundo de las ideas; ni en las leyes de la razón. Falta ciencia y conciencia -dice- de las vueltas que ha dado el juicio moral y de las muchas veces que el mal ha sido rebautizado como bien. Llama Nietzsche a cambiar lo aprendido. El mal no es una sustancia metafísica sino un problema que plantea cierta perspectiva humana: la negación que ha extenuado la vida. El bien sería fuerza, crecimiento, posesión del otro. Y a la par, la crueldad. Hay violencia en cualquier tipo de negación; cuando se niegan los sentidos; en el conocimiento; al trascender las apariencias; en querer someter lo múltiple; en reducir lo nuevo a lo antiguo; en simplificar lo que es múltiple; en ignorar la contradicción.

En la antigüedad, en Grecia, la ética concierne a la búsqueda de una buena manera de ser; o de la sabiduría de la acción. Es una parte de la filosofía que dispone la existencia práctica según la representación del bien. Mientras que sabio -conforme los estoicos- era aquél que sabiendo discernir las cosas que dependen de él; de las que no dependen; organiza su voluntad respecto de las primeras y resiste impasiblemente a las segundas. Para los modernos la ética es sinónimo de moralidad, o como diría Kant de “razón práctica”. Principio este para el juzgamiento de las prácticas tanto de un sujeto individual y colectivo. En la “Crítica del Juicio”, Kant admite que el sujeto puede encontrar -más allá de todo límite sensible- un objeto que sobrepase la representación; uno exorbitante y de alguna manera infinito. No de una voluntad de hacer el mal sino de una voluntad paradójica que tiene el sujeto de abolirse para no ser más que receptáculo acéfalo de violentas fuerzas que lo penetran. Kant sostiene una ética del juicio; Hegel, una ética de la decisión. Hegel sustentará que el mal no existe. Aquello que llamamos mal no es más que, un error de perspectiva, una realización insuficiente y unilateral de lo que es verdadero. Un momento finito que se toma por infinito. Aquello que se retiene de Kant es que existen exigencias imperativas formalmente representables que no han de ser subordinadas a consideraciones empíricas o a los exámenes de la situación. Que esos imperativos tocan los casos de ofensas, de crimen, de mal que el derecho deberá sancionar; que los Estados están obligados a incluirlos en sus legislaciones nacionales y dales obligatoriedad.

La ética es aquí concebida como capacidad a priori para distinguir el mal o lo negativo -un consenso sobre lo que es bárbaro-; y como principio último del juzgar, contra un mal identificable también, a priori. El derecho mismo es ante todo derecho contra el mal. Es Hegel el que introduce la distinción entre ética (*Sittlichkeit*) y moralidad (*Moralität*) Reserva el principio ético para la acción inmediata; mientras que a la moralidad le concierne, la acción reflexiva. Para Marx el mal tiene una estructura objetiva y puede tener un remedio en la historia. Para Nietzsche y para Freud<sup>29</sup> entra en escena la pre-

29 El Malestar en la cultura es una obra dedicada a repensar el problema del mal. El mal no solo existe, sino que es un dato estructural irremediable en cuanto es el que lleva la onda destructiva del impulso pulsional. El pensamiento político no ha tardado en traducir esa consideración a la hipótesis de la existencia de una voluntad de poder de que el otro muera. En Consideraciones sobre la guerra y la muerte (1915) e impactado por la I Guerra mundial y con

potencia destructiva del mal que obra en el corazón de la realidad humana. Frente a la prudencia kantiana y la estrategia hegeliana que conduce al mal al poder negativo de la dialéctica. El mal aquí, no se configura como pecado original, ni como culpa moral, ni como estado de indigencia ontológica; ni como sustancia autónoma sino como un conjunto de fuerzas que impulsan inexorablemente hacia la nada.

Ciertos defensores de la ética hacen depender la identificación consensual del mal a la suposición de un mal radical. Ejemplaridad negativa, del crimen más abyecto: el exterminio nazi es la medida única, inigualable, trascendente, indecible, inconmensurable del mal. Esta puesta en trascendencia no es más que una nueva paradoja: es necesario que aquello que constituye la medida no sea mensurable y que, sin embargo, sea constantemente puesto en discusión. Es necesario abandonar la idea de un mal absoluto. No hay mal radical; solo es posible pesar el mal como distinto de la depredación trivial en la medida en que se lo trate desde el punto de vista del bien. Es decir, a partir de la captura de alguien por un proceso de verdad. El mal no es una categoría de animal humano; es una categoría del sujeto. En su

---

las muertes masivas que provoca afirma que se hace añicos la percepción de la vida como algo normal con sus formas y convenciones. Lo que el inconsciente revela -más allá del principio de placer y destruyendo al yo de la soberanía de la razón- es el poder absoluto que la muerte, ostenta. Hay una lucha entre eros y muerte; entre pulsión de vida y pulsión de destrucción. Esa lucha es el contenido esencial de la vida y esas pulsiones se entrelazan. El mal es una condición estructural del ser que ningún ser superior, ninguna armonía final, ningún espíritu o sociedad justa podrán extirpar. Para R. Safransky la pulsión de muerte elimina la posibilidad de la libertad humana; una libertad que puede dirigirse tanto al bien como al mal. En su ruinosa carrera hacia la nada el impulso de destrucción es aquella fuerza incontrastable contra la que nada puede la libertad del sujeto. Hacer el mal es la expresión de aquella pulsión de muerte que habita en el sujeto. Movimiento de extorsión que ninguna ley, ninguna autoridad, tiene la capacidad de extirpar. No existe en el yo la posibilidad de elegir de una vez y para siempre el bien y cancelar el mal. No se puede maximizar el amor pensando en anular la agresividad que destruye. Esta ambigüedad responde a un mecanismo de defensa que permite la ilusión de separar el odio del amor; el enemigo del amigo; el bien del mal. Una ética de la honestidad requiere no suprimir la ambivalencia. Se trata de no resolver la dualidad. Si se abstiene de negar lo negativo, el mal resultará encausable. Ver R. Safranski. El mal o el drama de la libertad. Ensayo Tusquets editores; Barcelona; 2002.

“Relatos en la vida de los campos -Kolyma-“, V. Shalàmov<sup>30</sup> afirma la obstinación en persistir en lo que es; otro caso que el ser para la muerte heideggeriano; otra cosa que un mortal. Un inmortal afirmándose para sí mismo; ejerciendo su soberanía sobre la contingencia del sufrimiento y de la muerte. Cada hombre se sabe inmortal en las pequeñas y grandes circunstancias. Es inmortal la subjetivación y esta hace al hombre. Si se identifica a los seres humanos en su pura realidad viviente solo se lo despreciará en esa realidad indigna. Si el consenso ético se funda sobre el reconocimiento del mal de ahí resulta que toda tentativa de reunir a los/as hombres y mujeres en torno a una idea positiva del bien y aún más, de identificar al ser humano por un tal proyecto, pareciera ser esta en realidad, la verdadera fuente del mal.

Toda voluntad de inscribir en el mundo una idea de justicia y de igualdad podrá virar hacia lo peor. Así lo afirmaba A. Glucksmann en una sofística devastadora: toda voluntad colectiva del bien hace el mal. El precio pagado por la ética es la de un espeso conservadurismo -ya que tiende a atesorar aquello que se posee-; y el de impedir toda visión positiva amplia del juego de los posibles. La ética determinará al mal como aquello de lo que no goza. En esta demanda de inmortalidad se sostiene lo incalculable y lo no poseído. Se sostiene del no-siendo. Por su determinación negativa y a priori del mal, la ética se prohíbe pensar la singularidad de las situaciones que es el comienzo obligado de toda acción propiamente humana. Por otra parte, el sujeto es soporte de un proceso de verdad. No preexiste al proceso y es este el que induce al sujeto. Es el soporte de fidelidad al acontecimiento. Entonces son las circunstancias, los “puntos de verdad” (A. Badiou) de un proceso de verdad lo que da forma al sujeto. Los seres humanos se identificarán con un pensamiento afirmativo, por las verdades singulares de las que somos capaces; por ese dejo de inmortalidad que hace de nosotros el más resistente y paradójico de los animales; por la capacidad positiva para el bien que permitirá el tratamiento amplio de los posibles y el rechazo del principio conservador en que el mal se determina y no a la inversa; finalmente, no hay ética general solo hay ética de los procesos en los que se tratan los posibles de una situación.

30 V. Shalàmov. *Relatos de Kolyma*. Mondadori. Grijalbo Mondadori; Barcelona; 1997.

Si el mal es aquello, a partir de lo cual, se define el bien y no a la inversa. Si el mal existe hay que pensarlo a partir del bien. Sin la consideración del bien no hay sino la inocencia cruel de la vida -más acá del bien y del mal-. El mal es una consideración posible de un proceso de verdad. E. Levinas radicalizará la ética de la mano del reconocimiento del otro; que suspende la apertura al otro por la suposición de un absoluto otro. Los derechos del hombre son los derechos al no-mal. Frente al desencadenamiento de los egoísmos, la precariedad de las políticas de emancipación, la multiplicación de las violencias estamos obligados a construir algunas certezas; aquello que dé consistencia. Si la alteridad infinita es siempre lo que hay; cualquier experiencia es despliegue al infinito de diferencias infinitas. Solo hay reconocimiento de lo Mismo. Aún la pretendida experiencia reflexiva de mí mismo no es en absoluto la intuición de una unidad sino un laberinto de diferenciaciones. “Yo es otro”, decía Rimbaud. No hay representación consensual del mal; ello solo designará la incapacidad de nombrar y de querer un bien. Filosóficamente, si el otro es indiferente, la dificultad está del lado de lo Mismo (del yo). Lo Mismo no es lo que es -el múltiple infinito de las diferencias- sino lo que adviene; indiferente a las diferencias. Llamamos ética de una verdad a aquello que da consistencia; que devendrá en alguien. Ese alguien atestigua que pertenece al proceso de verdad; lo atraviesa en su cuerpo singular y lo inscribe en un proceso de eternidad. Solo hay ética en la labor que hace advenir al mundo -Lacan oponiéndose a Kant- algunas verdades frente a la intención de una exigencia general. Solo hay determinación singular de la ética: de la política, del amor, de la ciencia, del arte.

No hay otra historia que la nuestra; no hay mundo verdadero por venir. Tampoco hay mundo cautivo de la coherencia del bien. El mundo está y permanecerá del lado del bien y del mal. El bien no es el bien si se pretende hacer al mundo bueno. Su único ser es el advenimiento de una verdad singular. En consecuencia, es necesario que la potencia de una verdad sea también, una imposibilidad. Toda absolutización de la potencia de una verdad organiza un mal. Interrumpe el proceso de verdad en cuyo nombre se efectúa. El mal es una posibilidad abierta, únicamente por el encuentro con el bien. Badiou nos habla de la ética de las verdades la que evitará el mal por la vía de su inclusión efectiva en el proceso de verdad. Bajo el imperativo de continuar -como facultad del discernimiento-; del coraje, que impone e impondrá, el no ceder; y de la reserva; donde no nos lleve a los externos sino a cierta prudencia de cuidado de lo existente es que lo lograremos.

### III.

L. Strauss<sup>31</sup> en “Derecho natural e historia” pone en juicio el pensamiento de M. Weber sobre los valores y sobre el papel que estos deberán jugar. Strauss reprocha a Weber la separación entre hechos y valores, a la que considera inadmisibles; al igual que a la tentativa de eliminar los valores. La segunda de las críticas se detiene en la ética. Weber cree que es imposible escoger entre distintos sistemas de valores cosa que para Strauss conducirá indefectiblemente, al peor de los nihilismos. En su interpretación -dice de Weber- que no reivindica pura y simplemente la exclusión de cualquier relación con los valores, sino que admite ciertas relaciones y descarta otras. Distingue entre relación con los valores -característica propia del objeto de las ciencias sociales; los actos políticos; los comportamientos psicológicos; las obras estéticas-; y el juicio de valor -propio de la tarea del científico; del sujeto y no del objeto-. Estos últimos deberán quedar suspendidos en la fase central del desarrollo cognitivo; podrán actuar antes o después. Sin embargo, el científico tan solo excepcionalmente se abstiene de emitir juicios; aunque no siempre es consciente de ello. Habrá que estar dispuestos a recurrir a ellos cuando así haga falta para distinguir entre norma y desviación. Pero la elaboración del modelo y del juicio de valor subsiguiente que aprecia el extravío no será más que una etapa dentro del proceso de explicación causal. La tesis de Weber podría resumirse así: no exige la exclusión de los valores sino la distinción entre juicio de hecho y juicio de valor; y una relación matizada de sus relaciones. Strauss rechaza la separación entre hecho y valor. Cualquier intento de eliminarlos -dice- resultará ilusorio. Para Weber, esos juicios son necesarios, pero deberán suspenderse en un momento determinado; en cambio, para Strauss esa pausa le parece imposible; al mismo tiempo que la distinción, insostenible. Afirma que los juicios de valor son ineludibles. Weber tiene el mérito de haber formulado la cuestión: de la relación entre hechos y valores; Strauss el de expresar sus críticas; pero su posición de rechazo conduce a la imposibilidad de distinguir entre cierta pretensión de ciencia y el simple sermón.

La segunda parte de este debate y al que en verdad quiero referir aquí -en atención a los contenidos de este texto- es sus considera-

ciones alrededor de la ética. Dice Strauss que hay una pluralidad de principios invariables del derecho y del bien que se oponen entre ellos sin que se pueda demostrar la superioridad de ninguno. Weber no niega la existencia de valores; destaca su demasía y su imposibilidad de integrarlos en un sistema único. Existe más de un sistema de valores y resultará imposible escoger entre ellos. A esto le llama la “guerra de los dioses”. Frente a ese impedimento no se puede exigir que el ser humano se conforme con los verdaderos valores (éstos no existen) sino solamente, que se mantengan fieles al escogido arbitrariamente. La dignidad consiste en la determinación libre de sus propios valores; sus propios ideales, o en obedecer a la máxima: “Hazte lo que eres”. Weber enuncia su imperativo categórico: “Escucha a tu demonio”; o bien, “Escucha a tu dios o tu demonio”. Se juzgará a los humanos según su coherencia en relación con otras elecciones, igualmente subjetivas. Luego de haber rechazado la trascendencia clásica e influido por Nietzsche, Weber introduce otra trascendencia que es la de las fuerzas vitales. Se trata de una nueva dimensión: la de la intensidad de la experiencia; confiriéndosele la misma importancia a los valores vitales que a los culturales. Strauss señala que el imperativo “tendrás un ideal” se sustituirá por “vivirás apasionadamente”. Weber frente a la elección entre diversos sistemas de valores adopta una posición de neutralidad; pero abogar por la imparcialidad equivale a tomar posición por la fuerza. Presenta Weber como irresuelto el conflicto entre la ética de la responsabilidad -la que corresponde a la política y en la que actuamos en función de las posibilidades reales, de las circunstancias, de los objetivos táctico-; y la ética de la convicción -la que propiamente corresponde a la ética y que refiere al ideal de justicia en el que creemos-. Sin embargo, podríamos acertar señalándole a Weber que este conflicto, nada tiene de insoluble: un acto justo es preferible a un acto útil. Creer que haya dos sistemas de valores igualmente respetables significará que se ha elegido por la política en relación a la ética; puesto que la ética no es más que una política entre otras tantas.

Al renunciar a escoger entre los distintos sistemas -entre la filosofía y la religión- Weber no establece diferencia ninguna entre verdad de razón y de revelación; o incluso verdad, de autoridad. Sostenía que la ciencia o la filosofía -en el fondo- no se apoyan en premisas evidentes, accesibles a la razón sino en la fe. Así lo señala Strauss con el hecho que la filosofía y la revelación no pueden refutarse una a otra. Si se declaran

31 L. Strauss. Derecho natural e historia. Prometeo libros; Buenos Aires; 2014.



equivalentes; ello querrá decir que la verdad de la razón se ha reducido a una verdad de revelación. Dos son las justificaciones que Weber da a la imposibilidad de escoger entre los distintos sistemas. Una de orden epistemológico: la razón es ineficaz para dilucidar tales conflictos, la razón no es distinta de la fe; otra, ontológica: la vida humana es ante todo un conflicto al que uno no puede escapar. Frente a esta variante del nihilismo moderno Strauss recostándose en los antiguos, en la filosofía clásica de Platón y Aristóteles cree en la trascendencia de los valores, como así, en su jerarquía. Recuerda que el principio weberiano de “Conviértete en lo que eres” lleva a un igual plano al asesino y al santo; y que las fuerzas vitales son fuerzas, no derechos. Strauss propone determinar que no hay que determinar el deber-ser sobre el ser; allí es donde asume la distinción entre hecho y valor; anteriormente rechazada. Esa elección es más justa. Weber no ha demostrado que el espíritu humano abandonado a sí mismo haya sido incapaz de alcanzar normas objetivas; o que la razón humana sea ineficaz para resolver el conflicto entre diferentes éticas. Tampoco Strauss ha señalado a través de qué medio se podrán alcanzar esas normas objetivas que destaca; o cómo se acceder a ellas. Si lo entendemos a través de su identificación con otro ser humano estaríamos en condiciones de decir que uno suspende sus preferencias hasta incluso sus categorías mentales. Las normas son siempre externas y anteriores. Afirmar una jerarquía de valores implicará otro tipo de legitimación.

Aspirar a la universalidad implicará cierta autonomía frente a las circunstancias del entorno. Hay aquí un puente que se traza entre ciencia y ética ya que ambas se fundan en la universalidad. Son reglas formales de la ética racionalista: el desarrollo lógico de la idea de humanidad; de sociedad universal; de verdad científica. El culto a los valores vitales; la afirmación de la voluntad de poder lleva consigo el rechazo de la universalidad; la rivalidad, el conflicto insostenible y la negación de la comunidad. Los valores son descubiertos por la razón fundados en la idea de universalidad, que se justifican por un consenso humano y que englobará a la humanidad entera. Para Weber el conflicto es la verdad de la vida. No se puede negar la existencia de la guerra -bajo formas variadas y a niveles diversos-. Habrá que precisar cuál es su extensión. Si la guerra no es la verdad de la vida y se puede reconciliar la aspiración al absoluto (Strauss) y la sensibilidad a la diversidad (Weber) entonces el camino estará allanado. Si se entiende la política como la defensa de los intereses de un grupo se podría decir que el conflicto está en la naturaleza de la actividad política. Este razonamiento no es evidente cuando se identifica

la vida con la política. El ser humano no se agota en la defensa de los intereses; se compromete con una vida -interior e íntima-; así como en la que juzga no según su relación al grupo; sino a favor de su pertenencia común a la humanidad. Ese es el fundamento de la vida ética. La ética es universalista e igualitarista; contrariamente a la política que es la defensa de los intereses de un grupo en detrimento de otro, u otros grupos. La pluralidad no significa que todos valgan lo mismo; ni que cualquier opción debe encontrar su lugar dentro del Estado democrático. Es solo a partir de ahí que la cohabitación de concepciones del mundo e intereses diferentes será posible. Solo se renunciará a imponer por la fuerza a los demás lo que cada cual cree que es verdad.

¿Qué entendemos por lo público? Quizás podríamos empezar por decir que es aquello cuyo efecto es visible o enunciable para ser considerado común. Lo privado -en cambio- pareciera corresponder a lo que permanece oculto, secreto, reservado, lo que resulta propio de cada quién. Pareciera que lo común es lo de todos, lo colectivo; aquello que no corresponde a lo meramente individual. Lo público es lo estatal; lo privado, aquello que está por fuera de la esfera del Estado. Lo común, sin embargo, no se reduce a lo meramente estatal, sería válido entonces, extender su sentido y dominio a fenómenos tales como el de la sociedad civil. Los llamados a la libertad, la igualdad y la fraternidad fueron apropiados por una visión que alteró su potencial emancipador. La ultraderecha asume hoy -en la Argentina y en el mundo-, el lugar de la rebeldía, intento autoritario al interior de las democracias. La igualdad se entendió no como igualdad de oportunidades; o igualdad entre diferentes sino, como una igualdad elocuentemente más pobre, edulcorada, homogeneizante. Lo viejo se viste de ropajes nuevos. Habrá que recordar que es lo público lo que asegura la igualdad. Su oferta universal legitima a la propia democracia.

Lo público ha sido un concepto que desde su creación moderna ha estado presente en la mayoría de las teorías o conceptualizaciones sobre la política y la sociedad. Todos lo invocan, al mismo tiempo que se los reivindica en los proyectos que se piensan democráticos. Sea esto como lugar de escenificación de la política, o de su representación - lugar donde diferentes actores generan acuerdos, emprenden batallas y negociaciones-; sea como elemento condensador de la civilidad de los procesos políticos y sociales -ligados a la construcción de la ciudad, de



la ciudadanía y de la esfera intelectual y sus devenires contemporáneos-. Básicamente, tres son los sentidos que constituyen la semántica de lo público: “lo común” relacionado con lo que es de todos y en contraposición a lo individual y/o particular; “lo visible”, asociado a lo manifiesto, frente a lo secreto u oculto; y “lo abierto” asociado a lo accesible, frente a lo cerrado. Estas propiedades parten de asociar lo público a un interés colectivo, no exclusivamente estatal, dando lugar al reconocimiento jurídico-estatal de una pluralidad de nuevos actores políticos y sociales.

Más allá de los formatos clásicos de representación política habrá que repensar la relación compleja entre diferentes conceptualizaciones de la política y las del espacio público. Habrá que preguntarnos una vez más, acerca de si el espacio público deriva de la política; o la política es condición de posibilidad de su existencia. El espacio público se encuentra siempre en tensión e invariablemente en disputa; lo que implicará la construcción de definiciones móviles y situadas en los contextos socio políticos determinados. Hay que articular límites, potencialidades y exclusiones sobre lo político con las prácticas que actúan sobre y en lo público. Las definiciones serán siempre contingentes, cambiantes, conflictivas lo que nos acercará a diferentes nociones de la política.

Entre lo político y lo público se construye una relación tensa y compleja, que resultará fundamental para el análisis de la política contemporánea, los procesos sociales y las experiencias colectivas que buscan disputar o trastocar el orden social. La distinción entre lo político y la política; así como: lo social, el poder, la ideología, la hegemonía, el antagonismo, las identidades colectivas son las más abordadas en la teoría social y la política contemporánea. E. Laclau no distingue entre la política y lo político. Todo orden social es para este autor, precario, provisional, abierto. Lo político y lo social se conectan mediante un nexo paradójico: se excluyen y requieren para que exista una configuración política. En ésta, lo político es la instancia conflictiva articuladora de lo social, definición en la que entra en juego el antagonismo, la lucha y el poder. Cualquier intervención política efectiva debe tener dos momentos: uno negativo, de suspensión; otro positivo, de hegemonización. Lo social como espacio de prácticas rutinarias, recurrente, necesarias, naturalizadas; y lo político como instancia de descubrimiento de la contingencia originaria de lo social y de institución de nuevas relaciones sociales. La política

partirá de la escisión fundamental entre lo político, como instancia conflictiva; y lo social, como las prácticas allí sedimentadas. Desde Laclau, lo contingente de todo orden social evidencia la imposibilidad de sutura, de un cierre definitivo, o meramente concluyente. Este planteará la imposibilidad de pensar a la sociedad –a diferencia de L. Althusser- como una estructura; y como una totalidad. Todo orden social será instituido políticamente. Lo político será constitutivo del orden. Existe -para este autor- una primacía ontológica de lo político sobre lo social. Para alcanzar ese propósito propondrá teorizar la política y la hegemonía. Para ello, entenderá que es necesaria una articulación política que aglutine y ponga en relación las diferencias; y genere un “suplementario compartido común” que constituya una voluntad colectiva.

Para C. Mouffe tanto el conflicto como el pluralismo son lo específico de la democracia moderna. Mouffe diferencia la política, de lo político. La primera, designa el conjunto de prácticas correspondientes a la actividad política; el segundo, refiere al modo en que se instituye la sociedad. Lo político es asumido desde un carácter conflictual, antagónico; la política refiere a las prácticas e instituciones orientadas a establecer un orden. No hay forma de conciliar libertad con soberanía, sin establecer un límite entre ambas. La autora propondrá un modelo adversarial que explicitaría las diferencias y permitiría la apertura a una multiplicidad de voces. Este es precisamente el desafío de este tiempo; este es el nudo a desatar. La dimensión antagónica es constitutiva de “lo político” y está presente en toda vida social. El enfoque agonista es la condición necesaria para comprender el desafío al cual la política democrática hoy en estos meses, se enfrenta. La cuestión principal de la política democrática es y será la de constituir formas de poder compatibles con los valores democráticos. Por último, ¿Qué entendemos por comunidad? Es el carácter común de nuestra existencia. Existimos gracias a la relación (con el otro); a lo que produce lazo; lo que no se resuelve en el ser, ni en la unidad; al conjunto de una igualdad primordial e irreductible. Nada está dado. Habrá que invertir el orden donde la comunidad viene después de la individualidad. Tan sólo aquí, habrá emancipación. Hay que resignificar las palabras de justicia, igualdad y equidad. El derecho también tiene algo que decir en este sentido. Hagámoslo entonces. Trabajemos en esto.

## DERECHOS HUMANOS Y CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

DAMIAN M. LORETI<sup>1</sup>

*El autor agradece a Horacio Diez, Gustavo Silva Tamayo y al personal de la Biblioteca de la PTN por las respectivas colaboraciones para la redacción del presente.*

Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados y Abogadas del Estado |  
Octubre 2023 | Año 7 N° 9 | Buenos Aires, Argentina (ISSN 2796-8642) |  
pp. 362-382

1 Damían M. Loreti. Abogado por la Universidad de Buenos Aires. Doctor en Ciencias de la Información por el Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Complutense de Madrid. Profesor de grado y posgrado en libertad de expresión desde 1988. Profesor titular plenario de la cátedra de Derecho a la Información de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. Profesor a cargo del Seminario IV Libertad de Expresión como derecho humano en la carrera de Derecho del IUNMA. Director de la carrera de Ciencias de la Comunicación (2002-2006) y vicedecano (2006-2010) de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. Ha sido titular de la Cátedra Unesco sobre Libertad de Expresión en la Facultad de Periodismo de la Universidad Nacional de La Plata hasta 2012. Ha sido director de las Maestrías en Periodismo; y de Servicios de Comunicación Audiovisual, ambas de la Universidad de Buenos Aires y del Observatorio de Comunicación y Derechos (Facultad de Ciencias Sociales UBA). Miembro de comisión de Postdoctorado (Facultad de Ciencias Sociales – Universidad de Buenos Aires). Secretario del Centro de Estudios Legales y Sociales (Argentina). Vicepresidente del Board Internacional de la Asociación Mundial de Radios Comunitarias (AMARC) – 2015/2021. Ha sido perito ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos convocado por la CIDH en casos de libertad de expresión. Ha publicado entre otras: “La tensión entre la libertad de expresión y la protección contra la discriminación. Incidencia de las regulaciones sobre censura previa” en el libro “ El límite democrático de las expresiones de odio: principios constitucionales, modelos regulatorios y políticas públicas” Víctor Abramovich... [et al.]; coordinación general de Víctor Abramovich; María Capurro Robles; María José Guembe. – 1a ed. – Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Teseo ISBN 978-987-723-296-7 Ed. Teseo 2021. “El derecho a comunicar: los conflictos en torno a la libertad de expresión en las sociedades contemporáneas”. (en coautoría con Luis Lozano) Siglo Veintiuno Editores. Buenos Aires. Argentina. 286 Pags. ISBN 978-987-629-367-9. Abril de 2014. “Medios: discurso único y negocios a la sombra del terrorismo de Estado”, en Cuentas pendientes: Los cómplices económicos de la dictadura. Ed. Horacio Verbitsky y Juan Pablo Bohoslavsky. Siglo Veintiuno Editores. Buenos Aires. Argentina. Pags. 361 a 381. ISBN 978-987-629-344-0. Septiembre de 2013. Reedición en Inglés: The Economic Accomplices to the Argentine Dictatorship Outstanding Debts Cambridge University Press. ISBN: 9781107114197

Acercarnos a los cuarenta años de la reinstalación de los gobiernos de la democracia en diciembre de 1983, así como la cercanía con los cuarenta años de la ratificación por ley de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos por medio de la ley 23054 hace propicia la oportunidad para acercar algunas inquietudes alrededor del derecho administrativo y su relación de sujeción a los principios de derechos humanos emergentes del control de convencionalidad.

### I. EL RESPETO A LOS DERECHOS Y EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

El control de convencionalidad es una de las obligaciones del Estado resultante de la ratificación de los instrumentos interamericanos del sistema de protección de derechos humanos. Ello se basa en los principios del cumplimiento de los estándares y mandatos convencionales. En las garantías resultantes de la aplicación de los arts 1.1. y 2 de la Convención Americana<sup>2</sup>. Estas obligaciones de respeto importan cumplir directamente con la norma establecida en la Convención, ya sea absteniéndose de actuar o efectuando una actividad de prestación. La Administración Pública y el derecho administrativo que conforma el marco jurídico al que se encuentra sujeta, tienen pautas de conducta que parten de las reglas de la buena fe, pero que además están contempladas en el *ius cogens* y en la letra, estándares y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos que son superiores al propio poder del Estado<sup>3</sup>.

#### 2 Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos

1. 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 ó de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

#### Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el Artículo 1 no estuvieren ya garantizados 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.

#### 3 Conf Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Excepciones



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

La Corte IDH ha destacado que, como consecuencia de esta obligación, los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la CADH, procurando, además, el restablecimiento, de ser posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños<sup>4</sup>. También ha señalado que *“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, [implica también] 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”*<sup>5</sup>.

Sentado ello, diremos que una de las formas de dar cumplimiento a estas obligaciones de los arts. 1.1. y 2 es la sujeción a las reglas del control de convencionalidad. Todas las instancias del Estado están obligadas por la Convención Americana en la esfera de su competencia, a dar cumplimiento de buena fe a sus términos, de acuerdo con los modos en que cada Estado haya resuelto.

Pero esta obligación no se agota en realizar dichos actos —tal el control de convencionalidad— con mención a la Convención Americana en las condiciones en que la Corte IDH determina. Vale plantearse que no alcanza con invocar en las decisiones, dictámenes, normas, reglamentos o actos el tratado de la Convención, sino aplicarlas en las condiciones e interpretaciones que la propia Corte IDH ha hecho.

La doctrina del control de convencionalidad surge en el año 2006 en el caso “Almonacid Arellano vs. Chile”<sup>6</sup>, aun cuando en casos

Preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No. 1.

4 Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez párr. 167. Corte IDH. Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala. Corte IDH. Caso Véliz Franco y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2014. Serie C No. 277.párr. 183. Corte IDH. Corte IDH. Caso Hermanos Landaeta Mejías y otros Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de agosto de 2014. Serie C No. 281.párr. 214.

5 Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No. 1. párr. 167.

6 Caso Almonacid Arellano vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, prs. 123 a 125.

previos<sup>7</sup> habían existido consideraciones a este respecto. Corresponde tanto en relación con la jurisprudencia de casos contenciosos ante la Corte IDH como de las Opiniones Consultivas.

Dice al respecto la jurisprudencia de la Corte IDH: *“Por otro lado, se ha acuñado en la jurisprudencia interamericana el concepto del ‘control de convencionalidad’, concebido como una institución que se utiliza para aplicar el Derecho Internacional, en este caso el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y específicamente la Convención Americana y sus fuentes, incluyendo la jurisprudencia de este Tribunal. “Así, en varias sentencias la Corte ha establecido que es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte en un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, también están sometidos al tratado, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, de modo que decisiones judiciales o administrativas no hagan ilusorio el cumplimiento total o parcial de las obligaciones internacionales. Es decir, 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, 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”*. (citas del original omitidas)<sup>8</sup>.

7 Votos concurrentes del juez Sergio Garcia Ramirez en los Casos Corte IDH. Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101. párr. 27; Corte IDH. Caso Tibi Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114., párr. 3; Corte IDH. Caso Vargas Areco Vs. Paraguay. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 155., párrs. 6 y 12

8 Cfr. Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Competencia. Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Serie C No. 54, párr. 37, y Caso Barrios Altos Vs. Perú. Supervisión de cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 7 de septiembre de 2012,

En el mismo fallo, la Corte IDH establece que esas obligaciones de control de convencionalidad tienen dos manifestaciones distintas. La primera, cuando la aplicación de la norma convencional aplica a un caso en el que un determinado Estado es parte. Esta circunstancia pone bajo análisis las reglas aplicadas a efectos de la aplicación concreta e individualizada de una decisión. Las alternativas circundantes al caso “Ministerio”<sup>9</sup>, y las decisiones de la Corte IDH en “Fontevecchia I”<sup>10</sup> y “Fontevecchia II”<sup>11</sup> ameritan quizás otras notas sobre de qué modo podrían regularse estas obligaciones, instancias legislativas que otros países del continente han saldado.

La segunda manifestación del control de convencionalidad se verificará al analizar la sujeción de los estados cuando estos no han sido parte de una controversia ante la Corte IDH, sino que son alcanzados por el orden público interamericano o “bloque de convencionalidad”, en los dichos del juez Eduardo Ferrer Mc Gregor<sup>12</sup>.

En este supuesto, por el solo hecho de ser Parte un Estado en la Convención Americana, todas sus autoridades públicas y todos sus órganos, están sujetos a la CADH, por lo cual deben ejercer, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, un control de convencionalidad tanto en la emisión y aplicación de normas, en cuanto a su validez y compatibilidad con la Convención, como en la determinación, juzgamiento y resolución de situaciones particulares y casos concretos, teniendo en cuenta el propio tratado y, según corresponda, los precedentes o

---

considerando quinto.

9 “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso ‘Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina’ por la Corte Interamericana de Derechos Humanos” CSJN 14/2/17

10 Corte IDH. Caso Fontevecchia y D’Amico Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Serie C No. 238.

11 Corte IDH. Caso Fontevecchia y D’Amico Vs. Argentina. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 18 de octubre de 2017.

12 Eduardo Ferrer Mac-Gregor Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad Voto Razonado Corte IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220.

lineamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana<sup>13</sup>.

Del mismo fallo “Gelman” resulta: “...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, 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”<sup>14</sup>.

Ello pone, entonces, bajo la luz, analizar cuáles son o serían las obligaciones del Estado, al menos en breves referencias, para cumplir con estos mandatos y ver si —en algún sentido— el derecho administrativo interno se ve impactado en sus mecanismos para dar cumplimiento a estos mandatos.

Desde otra perspectiva, a fin de insistir sobre el rol de las administraciones y sus normas de derecho, diremos además con Abramovich: “(el) proceso de globalización de estándares de derechos humanos, si bien no ha alcanzado igual grado de desarrollo en toda la región y está sujeto en ocasiones a la precariedad de los sistemas de justicia, ha tenido una indudable incidencia positiva en la transformación de esos mismos sistemas y ha generado una mayor atención en las autoridades estatales a los principios y reglas que se fijan en el escenario interamericano. También ha favorecido este proceso la paulatina conformación de una burocracia estatal especializada en el manejo de estos temas, que suele incidir en algunos aspectos de la gestión pública, tales como oficinas y comisiones de derechos humanos, defensorías del pueblo y funcionarios especializados”<sup>15</sup>.

También recurriremos a Ferrajoli para poner en crisis nuestras propias conformidades sobre el rol del Estado desde la formalidad del derecho administrativo y la clásica división de poderes a fin de

---

13 Cfr. Caso Gelman Vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20/03/2013, párrafo 69.

14 Ibid., párrafo 66.

15 Abramovich, Víctor “Una Aproximación al Enfoque de Derechos en las Estrategias y Políticas de Desarrollo de América Latina”. Disponible en [https://dhls.hegoa.edu.us/uploads/resources/4664/resource\\_files/enfoque\\_de\\_dchos\\_en\\_estrategias\\_y\\_politicas\\_desarrollo\\_Am\\_Lat.pdf](https://dhls.hegoa.edu.us/uploads/resources/4664/resource_files/enfoque_de_dchos_en_estrategias_y_politicas_desarrollo_Am_Lat.pdf)



garantizar principios y garantías enraizadas en las reglas de derechos humanos como paradigma.

Veamos: “Propondré, por tanto, una modificación de la tipología tradicional de los poderes: en primer lugar, reemplazando la tripartición tradicional por una bipartición, diferenciando entre *funciones de gobierno* y *funciones de garantía*, en correspondencia con la antigua distinción entre *gubernaculum* y *iurisdictio*; en segundo lugar, incluyendo entre las funciones de garantía, además de las clásicas funciones jurisdiccionales que he denominado *funciones de garantía secundaria*, también las funciones administrativas de garantía de los derechos fundamentales, y en particular de los derechos sociales, que he denominado *funciones de garantía primaria*; en tercer lugar, ampliando el principio de la separación a los poderes extrainstitucionales que son, de un lado, los poderes sociales de las fuerzas políticas, y, de otro lado, los poderes de tipo económico y financiero”<sup>16</sup>.

Es la aplicación de la ley en garantía de los derechos de las personas la base de legitimidad de las funciones estatales. En palabras de Ferrajoli: “*con el desarrollo del estado social y, sobre todo, con el cambio de paradigma que se ha producido en nuestros sistemas políticos con la constitucionalización de los derechos sociales como el derecho a la educación y a la salud se han desarrollado instituciones y funciones —la escuela y la sanidad públicas, públicas, la seguridad y la asistencia social— que obviamente eran desconocidas en la experiencia jurídica del siglo XVIII. Estas funciones, que no son reconducibles al seno del poder legislativo o el poder judicial, han quedado situadas en el interior de ese gran contenedor que son las administraciones públicas, quedando sometidas al control del poder ejecutivo y compartiendo con él, pese a no corresponderle, la misma fuente de legitimación de tipo político y mayoritario*”<sup>17</sup>.

Y, si efectivamente creemos en un Estado que cumpla con las premisas de los arts. 1.1 y 2 en forma activa, que cabalmente se comprometa a que la lucha por los derechos en contra de la discriminación y la explotación requiere no solo la abstención de la discriminación

16 Ferrajoli, Luigi. *Iura Paria: Los fundamentos de la democracia constitucional (Estructuras y Procesos. Derecho)* (Spanish Edition) (p. 99). Trotta. Edición de Kindle.

17 Ferrajoli, Luigi. *Iura Paria: Los fundamentos de la democracia constitucional (Estructuras y Procesos. Derecho)* (Spanish Edition) (p. 108). Trotta. Edición de Kindle.

en sí, sino la adopción de medidas concretas que tiendan a reparar tal déficit, podremos concluir en que creemos en un modelo de Estado con perspectiva de derechos humanos o basado en las reglas de la soberanía popular<sup>18</sup>.

Allí es dónde queremos plantear la importancia de reflexionar sobre el modo de respetar y cumplir con los paradigmas de derechos humanos desde un estado social y democrático de derecho. En cada acto administrativo, de alcance particular o general. Y para ello nos inmiscuiremos en las formas en que deberían permear, o ya permean, estos principios, estas perspectivas, en las tomas de decisiones y procedimientos.

Dice Gordillo “La gran pregunta liminar que debemos formularnos quienes nos preocupamos de los problemas de la existencia o inexistencia de derechos y garantías individuales y libertades públicas frente a la administración, y del sistema de derechos humanos en general, es si tampoco habremos de brindarles al menos una perspectiva jurídica e institucional que les proporcione la dosis de acceso al poder a que en una democracia de objetivos igualitarios deberían tener derecho (...) Razonemos con el derecho supraconstitucional y con la constitución, no con las leyes antiguas; señalemos el camino a la jurisprudencia, no nos limitemos a seguirla y menos si es regresiva

18 El segundo significado que puede asociarse a la expresión ‘soberanía popular’, en conexión con el paradigma de la democracia constitucional, es el que hace referencia a su nexos con los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos. .... y no podrá expresarse libremente mientras no esté protegida por garantías no solo de los derechos políticos, sino también de los derechos de libertad y de los derechos sociales. .... Pero esto significa, en concreto, que ella no es más que la suma de los poderes y contrapoderes de todos —derechos políticos, derechos civiles, derechos de libertad y derechos sociales— que la Constitución establece como derechos fundamentales: los cuales, por tanto, no son solamente límites a la democracia política, sino que son además la sustancia democrática, en tanto en cuanto se refieren al pueblo —a todos y cada uno de sus miembros en carne y hueso— en un sentido mucho más concreto y denso que la propia representación política. Atribuidos a todas y cada una de las personas, tales derechos constituyen, en definitiva, otros tantos fragmentos de soberanía del conjunto del pueblo. De ahí que cualquier violación de los derechos no conlleva solamente una lesión para las personas que son sus titulares, sino que es una violación de la soberanía popular misma. Ferrajoli, Luigi. *Iura Paria: Los fundamentos de la democracia constitucional (Estructuras y Procesos. Derecho)* (Spanish Edition) (p. 74). Trotta. Edición de Kindle.



va, como a veces ocurre<sup>19</sup>.

De esta forma, surge el desafío ante la Administración Pública, conjunto de personas e instituciones que se encargan de administrar los recursos del Estado para lograr la satisfacción de los intereses de los gobernados.

Ahora bien, hablar de Derechos Humanos puede resultar tan impreciso como ancho, lo mismo ocurrirá si nos referimos a la “Administración Pública”. Para ello elegiremos algunos tópicos que pongan relieve a la preocupación que nos trae. Cómo actuar las obligaciones de los estados en materia de control de convencionalidad y actuación de acuerdo con los arts. 1.1 y 2 de la CADH.

En 2024 se cumplirán 30 años desde la reforma de la Constitución Nacional. Aún con los efectos de la decisión de la Corte Suprema en el mencionado caso “Ministerio”<sup>20</sup>, la incorporación de los instrumentos internacionales a la Constitución impone diferentes y novedosos marcos al desempeño de todos los órganos del Estado. Mayormente se indica que estas obligaciones recaen sobre los integrantes del Poder Judicial pero ya hemos visto que no es así.

Entonces, habremos de preguntarnos si no fue (o es) hora de plantear nuevos paradigmas en el modo de pensar el derecho administrativo. Como fue la incorporación del artículo 7 del Código Civil y Comercial de la Nación en la reforma del 2015. Ello tanto en lo sustantivo como en lo procedimental. En los actos y en los reglamentos. En las licitaciones y en los dictámenes. En palabras de Alianak: *“Vivimos en una época en que el sistema interamericano y el corpus iuris internacional de derechos humanos, impacta y atraviesa de modo transversal en forma relevante la disciplina que nos convoca, el Derecho Administrativo, en aspecto sustantivos, procedimentales y procesales. Las nuevas miradas que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (incluso siguiendo criterios del Tribunal Europeo de Derechos Humanos) aporta a tópicos fundamentales de esta disciplina, produce y producirá transformaciones profundas en esta rama del derecho, y su obligatorio seguimiento por todos los órganos del Estado, incluidos los órganos administrativos”*<sup>21</sup>.

19 Gordillo, Agustín. :Derechos Humanos. 5ta edición Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires. 2005, cap I - 10

20 Ver nota 8

21 “El renovado derecho administrativo, a la luz del control de convencionalidad” Raquel Cynthia Alianak, Revista Eurolatinoamericana de

Finalmente, los Estados partes, conforme al Art. 2 de la Convención Americana, en pos de la adecuación a la convencionalidad, tienen el deber de adoptar en el derecho interno las medidas necesarias para que los derechos y libertades reconocidas en el Pacto sean efectivas, y para ello deben suprimir normas y prácticas que violen la Convención o que desconozcan o dificulten el ejercicio de los derechos; y además, deben expedir normas y prácticas para hacer efectivas esas garantías, y para evitar que se repitan hechos similares.

Gil Domínguez recoge los distintos modos de realizar el control de convencionalidad, partiendo del primario del poder Judicial y luego comprometiendo a la Administración, agrega: *“En primer lugar, en la emisión de las normas: cada vez que emite normas, la administración debe hacerlo ejerciendo el control de convencionalidad, ya sea normas de carácter general o normas de carácter particular. Segundo, de oficio, haciendo un control de convencionalidad administrativo que la lleva a depurar o derogar todas aquellas normas emitidas por la administración que sean contrarias a la convencionalidad. En tercer lugar, realizando en el ejercicio de la administración pública interpretaciones conformes a las leyes vigentes en términos de convencionalidad”*<sup>22</sup>.

Así, entonces, se alcanzará cumplir que el Estado *“es el principal garante de los derechos humanos de la personas, de manera que, si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es el propio Estado quien tiene el deber de resolver el asunto a nivel interno y, [en su caso,] reparar, antes de tener que responder ante instancias internacionales como el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, lo cual deriva del carácter subsidiario que reviste el proceso internacional frente a los sistemas nacionales de garantías de los derechos humanos”*<sup>23</sup>.

Derecho Administrativo 2015, 2(1)

22 Gil Domínguez, Andrés, El control de constitucionalidad y convencionalidad en sede administrativa, en La revisión constitucional de las leyes y el control judicial de la administración pública. Principios y tendencias. SCJBA - [https://www.scba.gov.ar/institucional/Rev\\_Const\\_de\\_las\\_Leyes.pdf](https://www.scba.gov.ar/institucional/Rev_Const_de_las_Leyes.pdf). Noviembre 2022. La Plata Peia de Buenos Aires.

23 El proceso contencioso administrativo frente al Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos. Análisis de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de reparaciones. Pablo Octavio Cabral. Disponible en [http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/66702/Documento\\_completo.pdf-PDFA](http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/66702/Documento_completo.pdf-PDFA).

## II. BREVÍSIMA CONSIDERACIÓN SOBRE LAS FUNCIONES DEL ESTADO SUPERADORAS DE LAS CLÁSICAS

Parece de toda obviedad que los Estados a la fecha difieren en sus funciones y alcances de aquellas consideraciones clásicas sobre las que fue fundado el Derecho Administrativo, sobre todo teniendo en cuenta la ideología del derecho público como aquello a ser enseñado en las escuelas de derecho para explicar de qué modo se protegía a los particulares de los excesos de la regulación.

Pero, y con cierto afán y necesidad de ser económico en la exposición sobre este aspecto, en la obra traída ya a colación Ferrajoli sostiene que *“con el desarrollo del estado social y en la realización de los derechos sociales constitucionalmente establecidos, en la geografía de los poderes públicos han irrumpido funciones como la educación, la asistencia sanitaria, la seguridad social y la integración, que no existían hace dos siglos y medio y que, con seguridad, no son asimilables a ninguno de los tres poderes clásicos de la tipología de Montesquieu”*<sup>24</sup>. Suma a ello la incidencia de los poderes financieros y multinacionales globales como factores extra institucionales quedan cuenta de que la existencia de la división tradicional de los poderes está, al menos, si no caducada, puesta muy en debate.

III. El debido procedimiento previo como requisito esencial del acto administrativo. Los dictámenes

Líneas atrás destacábamos que el control de convencionalidad debía registrarse tanto en la actuación sustantiva como procedimental de la Administración Pública. La Ley Nacional de Procedimientos Administrativos (LNPA) prescribe en forma expresa que el procedimiento es un requisito esencial de todo acto administrativo. El artículo 7, inciso d) de la LNPA 19.549 señala que antes de la emisión de un acto administrativo “deben cumplirse los procedimientos esenciales y sustanciales previstos y los que resulten implícitos del ordenamiento jurídico. Sin perjuicio de lo que establezcan otras normas especiales, considérese también esencial el dictamen proveniente de los servicios permanentes de asesoramiento jurídico cuando el acto

pdf?sequence=1&isAllowed=y

24 Ferrajoli, Luigi. *Iura Paria: Los fundamentos de la democracia constitucional (Estructuras y Procesos. Derecho)* (Spanish Edition) (pp. 98-99). Trotta. Edición de Kindle.

pudiere afectar derechos subjetivos e intereses legítimos”.

Ello forma parte de los extremos del debido proceso administrativo, cuestión en la que no habremos de adentrarnos en este aporte. Es decir que hace a una garantía tanto de proceso como de tipo sustancial. Y allí aparece este requisito que es imprescindible.

Si bien los dictámenes jurídicos no son actos administrativos, dado que no producen efectos jurídicos directos a los particulares, y aun siendo opiniones no vinculantes que permiten que la autoridad decida conforme a derecho, los servicios jurídicos emisores de tales pareceres no dejan de estar obligados a cumplir con las reglas de convencionalidad. De tal modo, y a los fines de presentar algunas inquietudes doctrinarias en este aporte, habremos de indagar dos cuestiones: a) de qué modo los dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación han dado cuenta del control de convencionalidad (en su versión secundaria – es decir ligada a los principios de la Convención y la jurisprudencia y no como resultado de una sentencia contra el Estado Nacional) y b) de qué forma las autoridades que reciben un dictamen que no se involucra en cumplirlo y se limita a la legalidad estrictamente vigente, pueden actuar en cumplimiento de los arts. 1.1 y 2 de la CADH.

El precedente del apartamiento en caso de leyes inconstitucionales cómo aplica al problema: ¿los dictámenes de la PTN han incorporado el control de convencionalidad? ¿Ello importaría dejar de aplicar leyes por contrarias a la Convención Americana sobre derechos humanos? ¿Ocurre?

Ha sido dicho por Marienhoff como Procurador del Tesoro que la Administración “debe abstenerse de aplicar una ley inconstitucional (e. g. por resultar manifiestamente contraria a nuestra Constitución Nacional o por existir pronunciamientos reiterados y uniformes de los tribunales que así la han declarado). Tal 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 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”<sup>25</sup>.

25 Dictámenes, 84:102. Opinión luego sostenida en su Tratado de Derecho Administrativo, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1.º edición, 1970, Tomo I, pág. 397. En idéntico sentido: COMADIRA, Julio R. La posición de la Administración Pública ante la ley inconstitucional en su Derecho

Al revisar los buscadores y referencias de la Procuración del Tesoro de la Nación, que tiene especial y obvia relevancia como cabeza de los cuerpos jurídicos del Estado, encontraremos algunos antecedentes de interés.

En Dictámenes Tomo 294 Página 036<sup>26</sup> la PTN dice corresponde revocar por razones de ilegitimidad una Resolución del Ministerio de Seguridad y reincorporar una agente separada previamente en base a la categoría psicológica de “trastorno de identidad sexual” (categoría que fue dejada sin efecto por la ciencia y que de todos modos no sirve de sustento para la PTN por irrelevante) a fin de restablecer la juridicidad del obrar de la Administración. En particular se menciona que esa resolución importó desconocer el derecho a la identidad de género de la agente y se invoca: “*La Convención Americana sobre Derechos Humanos, ratificada por la Ley N.º 23.054 y con rango constitucional a partir de la reforma constitucional del año 1994, por imperio de su nuevo artículo 75, inciso 22, determina en su artículo 1.º 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, 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. Asimismo, su artículo 23 dispone, en lo que aquí interesa, que todos los ciudadanos deben gozar del derecho a tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país pudiéndose reglamentar dicho ejercicio, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal. Por último, su artículo 24 consigna que todas las personas son iguales ante la ley y, en consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección, legal*”.

Para así decir, además, invoca el fallo “Atala Riffo vs Chile” a fin de destacar que los tratados de derechos humanos son instrumentos

Administrativo, Lexis Nexis, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2.º edición, 2003, págs. 735-746. 55. Cuya minuciosa reseña puede consultarse en BIDEAIN, Carlos M, El control de constitucionalidad y la Procuración del Tesoro en 120 años de la Procuración del Tesoro de la Nación, 1863-1983, 1983, págs. 34-49.

26 Dictamen N.º 159/15, 2 de julio de 2015. Expte. PTN N.º S04:0052196/14. Ministerio de Seguridad. (Dictámenes 294:36)

vivos y que la interpretación evolutiva de los mismos es consecuente con el artículo 29 de la Convención.

Si bien, entonces, no se indica que se tamiza el análisis del caso a dictaminar bajo la luz del control de convencionalidad, es claro que la revocación del acto cuestionado aplica esas perspectivas, pero destacando el hecho de que la CADH está incorporada a la Constitución Nacional en el art. 75 inc 22.

Otro precedente para considerar es Dictámenes Tomo 298 Página 301<sup>27</sup>.

El caso refiere a la solicitud de reconocimiento de los derechos de Angela Urondo Raboy patrocinada por el Centro de Estudios Legales y Sociales, y la aplicación de leyes reparatorias por la sustitución de identidad que sufriera luego del asesinato de su padre y desaparición de su madre. La PTN tomó intervención luego de que la Dirección General de Asuntos Jurídicos de la Subsecretaría de Coordinación del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos entendiera que no correspondía el rubro indemnizatorio por sustitución de identidad invocando un dictamen previo de la PTN por la similitud de las situaciones.

Al expedirse, la PTN entiende que corresponde otorgar el rubro, y, en lo que nos interesa, luego de citar los casos “Gelman vs Uruguay”<sup>28</sup> y “Suárez Rosero vs Ecuador”<sup>29</sup> y que las convenciones tienen jerarquía constitucional (v. art. 75. Inc 22) recoge las obligaciones convencionales de este modo: “Los Estados parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) son internacionalmente responsables por el cumplimiento de las obligaciones del derecho interamericano conforme a las reglas del Derecho Internacional Público. En particular, en el marco de la Convención Americana de Derechos Humanos, los Estados asumen dos obligaciones de carácter general. Por un lado, el respeto y garantía de los derechos (v. art. 1.1.); y, por el otro, la adecuación del derecho interno (v. art. 2). El criterio que aquí se sigue, entonces, se encuentra en línea con las pautas fijadas por la Corte en los casos aludidos, lo que permite, además, cumplir los compromisos asumidos en materia de derechos

27 Expte. N.º S04:0020077/11, 19 de septiembre de 2016. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (Dictámenes 298:301).

28 Corte IDH Caso Gelman vs. Uruguay, Sentencia de fondo y reparaciones, Serie C 22; 24-2-11, párr. 122.

29 Caso Suárez Rosero vs. Ecuador, Sentencia de Fondo del 12-11-97 Serie C 44 párr. 108),

humanos por el Estado Nacional.”

Nuevamente, no se da cuenta de haberse realizado un proceso concreto de “control de convencionalidad” pero se ancla la decisión en las interpretaciones de la CADH que ha dado la Corte Interamericana por formar parte de la Constitución Nacional. Estamos ante un modo informal de cumplir con las obligaciones de control de convencionalidad en su versión secundaria o es la aplicación de la posición expuesta por Marienhoff más arriba.

En Dictámenes 309:253<sup>30</sup> la PTN se aparta de los servicios jurídicos permanentes del RENAPER Y del Ministerio de Obras Públicas y Vivienda que no habían hecho lugar a una petición de no consignar el sexo en un documento.

Allí indica para tal fin las obligaciones convencionales y cita expresamente el precedente de la Opinión Consultiva 24/17 a fin de concluir que la solicitud es procedente y sugiere al Director del RENAPER que dado que la opinión se refiere al caso concreto “proponga las modificaciones normativas de distinto rango que pudieran corresponder”.

En Dictámenes Tomo 321 Página 122<sup>31</sup>, con la misma metodología de la invocación de la letra e interpretación de la Convención Americana se aceptó reconocer los alcances del art. 9º de la ley Nacional de Obras Sociales para los integrantes del Servicio Exterior de la Nación, pese a la regulación específica de estos agentes del Estado, cuestión que había determinado la negativa previa.

Más allá de la eventualidad de la interpretación de cuál sería la norma más propicia, (si la específica de las reglas de Obras Sociales o la del Servicio Exterior) lo cierto es que se trajo como paradigma el concepto de “familia” resultante del fallo “Atala Riffo” de la Corte IDH, con su consagración propia en el artículo 5º de la CADH incorporada a la Constitución Nacional.

En Dictámenes Tomo 319 Página 264<sup>32</sup>, en relación a si las pres-

30 Dictamen IF-2019-58211732-APN-PTN, 28 de junio de 2019. EX-2019-08877083-APN-DNI#RENAPER. Registro Nacional de las Personas (Dictámenes 309:253).

31 Dictamen N.º IF-2022-40791155-APN-PTN, 26 de abril de 2022. EX-202173355044-APN-DGD#MRE. Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto. (Dictámenes 321:122)

32 Dictamen N.º IF-2021-106304264-APN-PTN, 3 de noviembre de 2021.

tadoras privadas de seguro de salud tenían facultades para rechazar el ingresos de personas embarazadas o requerir carencias o exigencias similares, la PTN se expidió diciendo:

“La interpretación que propone la Superintendencia de Servicios de Salud resulta inconstitucional por oponerse a la clara directiva contenida en el artículo 75, inciso 23, 2.º párrafo de nuestra Constitución Nacional; e inconvencional por contradecir normas incluidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 17) y en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer -art. 14, inc. 2, apartado b)-, las que forman parte de nuestro ordenamiento jurídico -art. 75, inc. 22) de la CN-.”

De lo que resulta claramente en este caso que se ha hecho un control de convencionalidad explícito.

#### IV. Algunas conclusiones, dudas y desafíos

A lo largo de este artículo hemos intentado explicitar brevemente que los estados tienen varias obligaciones en materia de derechos humanos. Las que surgen de los arts. 1.1 y 2 de la CADH y la de realizar control de convencionalidad.

Y también creemos haber aportado en el entendimiento de que el “estado” no está reflejado en varios casos por la idea propia del siglo XVIII, que las expresiones del poder estatal y las obligaciones de cumplimiento de prestaciones no puede ser pensada como hace doscientos años.

Luego creemos haber dado cuenta que la cabeza del cuerpo jurídico del Estado Nacional ha tomado nota del cambio del paradigma que implica la sujeción a los instrumentos internacionales de derechos humanos, en particular la Convención. Y que, de distintas maneras, fue dando cuenta de las obligaciones de control de convencionalidad. Cosa que no necesariamente podemos decir del Poder Judicial a la luz de decisiones como “Ministerio”<sup>33</sup>, Villamil<sup>34</sup> “Ingenieros”<sup>35</sup> donde claramente hay un apartamiento de la jurisprudencia de la

EX-201825171835-APN-SGSUSS#SSS. Ministerio de Salud. (Dictámenes 319:264)

33 Ver nota 8

34 CSJN Villamil, Amelia Ana c/ Estado Nacional s/ Daños y perjuicios. 28 de Marzo de 2017

35 CSJN Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Ingenieros, María Gimena c/ Techint Sociedad Anónima Compañía Técnica



Corte IDH <sup>36</sup>. Es decir, no hay control de convencionalidad en sus versiones primaria o secundaria.

Dicho esto, es deber decir que la PTN va marcando orientación. Pero también cabe preguntarse qué más cabe hacerse en un contexto en el que la ley 19549 sigue tratando a las personas como “el administrado”.

Con cierta audacia, así como el Código Civil y Comercial de la Nación incorporó en su artículo 2° que la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta las disposiciones que surgen de los tratados de derechos humanos (lo que importa hacerlo en las condiciones que los órganos de aplicación de los mismos entienden que debe hacerse) habría que reflexionar si las pautas del dictado de los actos administrativos, los debidos procesos administrativos, y los dictámenes no debieran pasar por un tamiz similar.

Si efectivamente los roles del Estado como administrador son tan variados como los referidos, cosa que creemos que es así, y que las obligaciones de prestación forman parte de las políticas a adoptarse en función de los arts. 1.1 y 2 de la CADH, desde las licitaciones hasta los actos individuales deberían pasar por un análisis concreto de convencionalidad o compatibilidad con la CADH u otros instrumentos aplicables al caso.

Sin perjuicio de ello, también habría que considerar de qué modo las autoridades pueden actuar frente a un dictamen que se atuviera a la regla de la ley y ella fuera previa a los compromisos internacionales (recordemos que tenemos reglas que rigen el funcionamiento de áreas de la APN con más de cinco décadas y más aún) o contradictoria la opinión con una mirada más protectoria de los derechos humanos por decisiones de la Corte IDH, por citar un ejemplo.

En este caso el apartamiento de los términos del dictamen no sería por razones de oportunidad, mérito o conveniencia. Sería por ilegitimidad. Pero bien quizás vendría que fuera parte de las obligaciones de los Servicios Jurídicos, de modo explícito, que, así como se analiza la constitucionalidad se pase de solo mencionar que existe el art. 75 inc 22 para pasar a aplicar los estándares que surgen del

Internacional s/ accidente - ley especial

Rosenkrantz - Highton de Nolasco (según su voto) - Maqueda (en disidencia) - Lorenzetti(según su voto) - Rosatti (en disidencia) 9 de Mayo de 2019

36 Caso “Órdenes Guerra y otros vs. Chile (Fondo, Reparaciones y Costas)”. Sentencia de 29 de noviembre de 2018.

Sistema Interamericano (al menos). ¿Sería una forma de atender los estándares del dictamen que establecía que si bien no se declararía la inconstitucionalidad se podría dejar de lado una norma manifiestamente contraria a la CN? Al mismo tiempo, si todo acto de la Administración goza de la presunción de legitimidad (art. 12 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos), esa presunción no debería involucrar no solo su compatibilidad con nuestra Constitución Nacional, sino también con la CADH, en las condiciones de interpretación y control de convencionalidad que emanan de la jurisprudencia de la Corte IDH.

Ello en tanto ha cambiado, como vimos, la normatividad constitucional por la incorporación de los tratados cuando porque la propia Corte IDH obliga a hacer el control de convencionalidad. Ahora, cabe preguntarse si esta obligación para todos los órganos del Estado -y en sus distintas jerarquías - no impacta sobre la regla de que la APN no puede declarar la inconstitucionalidad de las normas. Porque no podría decir la Administración Pública Nacional que una norma es inconstitucional, pero si está obligada a decir que es incompatible con la Convención Americana, tal como acaba de hacerlo en el antecedente invocado más arriba.

#### FUENTES CITADAS

Abramovich, Víctor “Una Aproximación al Enfoque de Derechos en las Estrategias y Políticas de Desarrollo de América Latina” [https://dhls.hegoa.ehu.eus/uploads/resources/4664/resource\\_files/enfoque\\_de\\_dchos\\_en\\_estrategias\\_y\\_politicas\\_desarrollo\\_Am\\_Lat.pdf](https://dhls.hegoa.ehu.eus/uploads/resources/4664/resource_files/enfoque_de_dchos_en_estrategias_y_politicas_desarrollo_Am_Lat.pdf)

Bidegain, Carlos M, El control de constitucionalidad y la Procuración del Tesoro en 120 años de la Procuración del Tesoro de la Nación, 1863-1983, 1983, págs. 34-49.

Cabral, Pablo El proceso contencioso administrativo frente al Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos. Análisis de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de reparaciones. Disponible en

[http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/66702/Documento\\_completo.pdf-PDFA.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/66702/Documento_completo.pdf-PDFA.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

Comadira, Julio R. La posición de la Administración Pública ante la ley inconstitucional en su Derecho Administrativo, Lexis Nexis, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2.º edición, 2003, págs. 735-746. 55.

Corte IDH Caso “Órdenes Guerra y otros vs. Chile (Fondo, Reparaciones y Cos-



- tas)". Sentencia de 29 de noviembre de 2018.
- Corte IDH Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Competencia. Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Serie C No. 54, párr. 37, y Caso Barrios Altos Vs. Perú. Supervisión de cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 7 de septiembre de 2012, considerando quinto.
- Corte IDH Caso Almonacid Arellano vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, prs. 123 a 125.
- Corte IDH Caso Gelman vs. Uruguay, sentencia de fondo y reparaciones, 24-2-11, Serie C 221
- Corte IDH Caso Gelman Vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20/03/2013,
- Corte IDH. Caso Fontevecchia y D'Amico Vs. Argentina. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 18 de octubre de 2017.
- Corte IDH. Caso Fontevecchia y D'Amico Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Serie C No. 238.
- Corte IDH. Caso Hermanos Landaeta Mejías y otros Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de agosto de 2014. Serie C No. 281
- Corte IDH Caso Suárez Rosero vs. Ecuador, Sentencia de Fondo del 12-11-97, Serie C 44
- Corte IDH. Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No. 1.
- Corte IDH. Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala. Corte IDH. Caso Véliz Franco y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2014. Serie C No. 277
- CSJN caso Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso 'Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina' por la Corte Interamericana de Derechos Humanos"
- CSJN Caso Villamil, Amelia Ana c/ Estado Nacional s/ Daños y perjuicios.
- CSJN Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Ingegnieros, María Gimena c/ Techint Sociedad Anónima Compañía Técnica Internacional s/ accidente - ley especial.
- Dictamen IF-2019-58211732-APN-PTN, 28 de junio de 2019. EX-2019-08877083- APN-DNI#RENAPER. Registro Nacional de las Personas (Dictámenes 309:253).
- Dictamen N.º IF-2021-106304264-APN-PTN, 3 de noviembre de 2021. EX-201825171835-APN-SGSUSS#SSS. Ministerio de Salud. (Dictámenes 319:264)

- Dictamen N.º IF-2022-40791155-APN-PTN, 26 de abril de 2022. EX-202173355044-APN-DGD#MRE. Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto. (Dictámenes 321:122)
- Dictamen N.º 159/15, 2 de julio de 2015. Expte. PTN N.º S04:0052196/14. Ministerio de Seguridad. (Dictámenes 294:36)
- Dictámenes, 84:102. Opinión luego sostenida en su Tratado de Derecho Administrativo, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1.º edición, 1970, Tomo I, pág. 397.
- Dictámenes 298:301 Expte. N.º S04:0020077/11, 19 de septiembre de 2016. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos ().
- Ferrajoli, Luigi. Iura Paria: Los fundamentos de la democracia constitucional (Estructuras y Procesos. Derecho) (Spanish Edition) Trotta. Edición de Kindle.
- Ferrer Mac-Gregor Eduardo Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad Voto Razonado Corte IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220.
- Gil Dominguez, Andrés, El control de constitucionalidad y convencionalidad en sede administrativa, en La revisión constitucional de las leyes y el control judicial de la administración pública. Principios y tendencias. SCJBA - [https://www.scba.gov.ar/institucional/Rev\\_Const\\_de\\_las\\_Leyes.pdf](https://www.scba.gov.ar/institucional/Rev_Const_de_las_Leyes.pdf). Noviembre 2022. La Plata Pcia de Buenos Aires.
- Gordillo, Agustín. :Derechos Humanos. 5ta edición Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires. 2005, cap I – 10.
- Raquel Cynthia Alianak "El renovado derecho administrativo, a la luz del control de convencionalidad" Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo : 2015.
- Votos concurrentes del juez Sergio Garcia Ramirez en los Casos Corte IDH. Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101. párr. 27; Corte IDH. Caso Tibi Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114., párr. 3; Corte IDH. Caso Vargas Areco Vs. Paraguay. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 155., párrs. 6 y 12.
- Acercarnos a los cuarenta años de la reinstalación de los gobiernos de la democracia en diciembre de 1983, así como la cercanía con los cuarenta años de la ratificación por ley de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos por medio de la ley 23054 hace propicia la oportunidad para acercar algunas inquietudes alrededor del derecho administrativo y su relación de sujeción a los principios de derechos humanos emergentes del control de convencionalidad.
- El artículo invita a reflexionar sobre si las pautas del dictado de los actos administrativos, los debidos procesos administrativos, y los dictámenes no debieran tener un control explícito de convencionalidad para garantizar su compatibilidad en el marco de los arts. 1.1 y 2 de la Convención Americana.

Del mismo modo, también convoca a analizar qué hacer como resultado del cambio de la normatividad constitucional por la incorporación de los tratados cuando porque la propia Corte IDH obliga a hacer el control de convencionalidad. Ello en tanto cabe preguntarse si esta obligación para todos los órganos del no impactaría sobre la regla de que la APN no puede declarar la inconstitucionalidad de las normas, pero si está obligada a decir que es incompatible con la Convención Americana.

Approaching the fortieth anniversary of the reinstatement of democratic governments in December 1983, as well as the proximity of the fortieth anniversary of the ratification by law of the American Convention on Human Rights by means of Law 23054, provides an opportunity to raise some concerns about administrative law and its relationship to the principles of human rights emerging from the control of conventionality.

The article invites us to reflect on whether the guidelines for the issuing of administrative acts, due administrative processes, and rulings an explicit control of conventionality in order should not have to guarantee their compatibility within the framework of articles 1.1 and 2 of the American Convention.

Similarly, it also calls for an analysis of what to do because of the change in constitutional norms due to the incorporation of treaties when the IACHR Court itself obliges a conventionality control. The question arises as to whether this obligation for all the organs of the Court an impact on the rule would have that the APN cannot declare the unconstitutionality of norms, but it is obliged to say that they are incompatible with the American Convention.

#### Palabras claves

**Acto dictamen control convencionalidad**

**Act, ruling, control, conventionality**

## EL TRÁNSITO HACIA EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO ELECTRÓNICO. SU IMPACTO EN LOS PROCESOS JUDICIALES

LUIS EDUARDO REY VÁZQUEZ<sup>1</sup>

Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados y Abogadas del Estado |  
Octubre 2023 | Año 7 N° 9 | Buenos Aires, Argentina (ISSN 2796-8642) |  
pp. 383-400

**Resumen:** Se analizan las reformas introducidas a la Ley de procedimientos administrativos de la Provincia de Corrientes por las que se introdujo a su texto, por un lado, el deber de incentivar el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones con miras a la celeridad de los procedimientos, y por otro, se reguló la posibilidad de que los actos administrativos se emitan por medios electrónicos, con el propósito de garantizar la igualdad de acceso a la administración pública, a través de vías gratuitas, permitiendo incluso el uso alternativo de otros procedimientos. También los avances operados en los procesos judiciales en el uso de las nuevas tecnologías.

**Palabras claves:** Automatización – Gratuidad – Información

**Abstract:** The reforms introduced to the Administrative Procedures Law of the Province of Corrientes are analyzed by which the text was in-

<sup>1</sup> 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). 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 en diversas carreras de posgrado en diferentes universidades. Profesor en la Escuela de Abogados y Abogadas del Estado, tanto en la Especialización ABOGAR, como en la Maestría de Abogacía del Estado (ECAE-UNTREF). 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.



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

roduced, on the one hand, the duty to encourage the use of information and communication technologies with a view to the speed of procedures, and on the other, the possibility of administrative acts being issued by electronic means was regulated, with the purpose of guaranteeing equal access to public administration, through free channels, even allowing the alternative use of other procedures. Also the advances made in judicial processes in the use of new technologies.

**Keywords:** Automation – Gratuity – Information

## I. INTRODUCCIÓN

En el año 2013, por medio de la Ley 6250<sup>2</sup> de la Provincia de Corrientes se introdujeron diversas y sustanciales reformas al Código Fiscal – Ley 3037 –, se creó el Impuesto a los premios obtenidos en juegos realizados en máquinas tragamonedas y, sobre el final, se introdujeron dos agregados a sendos artículos (arts. 4 inciso d y 113) de la Ley de Procedimientos Administrativos (Ley 3460)<sup>3</sup>.

Sin embargo, y a pesar de la aparente inocuidad de la reforma a esta última, produjo dos innovaciones relevantes no sólo en cuestiones procedimentales, sino también sustantivas, que por su relevancia no sólo carecieron de la previa difusión, sino que tampoco luego ha sido objeto de mayor atención, al menos, por la doctrina vernácula.

La primera modificación, dentro de los principios generales del procedimiento administrativo, y concretamente, en el de “Celeridad, Economía, Sencillez y Eficacia, expresaba ya originalmente “En sus trámites”, agregándose luego mediante Ley N° 6250 (art. 50) “... a los efectos de la aplicación práctica del principio de celeridad en los trámites administrativos, las autoridades incentivarán el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones, a los efectos de que los procedimientos se adelanten con diligencia, dentro de los

2 Del 6-12-2013, B.O. 16-12-2013.

3 El hallazgo se produjo mediante la consulta a la página web del Senado Provincial, tendiente a localizar las modificaciones efectuadas a la Ley 3460 de procedimientos administrativos, y amén de las ya conocidas, surgió la operada por Ley 6.250, que produjo las mentadas reformas a dos artículos, pero que es una ley que fundamentalmente versaba sobre reformas tributarias al Código Fiscal, pero que por su trascendencia, justificaban un tratamiento separado, o al menos dotarlas de la difusión suficiente, pues se procura por su intermedio brindar al ciudadano un mayor acceso a la información y al uso de herramientas tecnológicas para articular sus peticiones ante las autoridades administrativas.

términos legales y sin dilaciones injustificadas”.

En la segunda innovación, ya reglando sobre el “acto ejecutorio”, así denominando al acto unilateral de contenido concreto, quedó el art. 113 redactado de la siguiente forma: “El acto ejecutorio se manifestará expresamente y por escrito o por medios electrónicos en los casos y con las condiciones que determine la reglamentación que se dictará al efecto por el Poder Ejecutivo.

Para garantizar la igualdad de acceso a la administración pública, la Autoridad deberá asegurar mecanismos suficientes y adecuados de vías gratuitas a los medios electrónicos o permitir el uso alternativo de otros procedimientos”.

## II. ANTECEDENTES NORMATIVOS EN LA PROVINCIA DE CORRIENTES RESPECTO AL USO DE MEDIOS ELECTRÓNICOS

En virtud de la remisión que el art. 5° de la Ley 3460<sup>4</sup> efectúa hacia otras normas locales, entre las que se encuentra el Código Procesal Civil y Comercial, ya antes de la reforma, cuando estaba en vigencia el Código ritual aprobado por Decreto Ley 14/2000, consagraba en su Art. 126 – respecto a las audiencias, lo siguiente: “Versión taquigráfica e impresión fonográfica. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo anterior a pedido de parte, a su costa y sin recurso alguno, podrá ordenarse que se tome versión taquigráfica de lo ocurrido o que se lo registre por cualquier otro medio técnico, siempre que se solicitare con anticipación suficiente. El juez nombrará de oficio a los taquígrafos, o adoptará las medidas necesarias para asegurar la autenticidad del registro y su documentación. Las partes podrán pedir copia del acta”.

Con posterioridad, por reforma introducida mediante Ley 5.956

4 Art. 5° - El orden jurídico administrativo integra un sistema orgánico que tiene autonomía respecto de otras ramas del Derecho. Si no hay norma administrativa escrita que regule el caso, se aplicarán las normas administrativas no escritas y a falta de ellas regirá el Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial, el Código de Procedimientos en lo Penal, y las demás leyes de la Provincia, en ese orden. Si aun así no pudiese resolverse la cuestión planteada se atenderá a los principios en que se sustenta el orden jurídico local.

Sólo si el asunto sigue sin encontrar solución se recurrirá a las leyes análogas de Derecho Nacional y a los principios en que ese derecho se funda.

a la citada norma procesal, se incorporó el art. 134 bis, que rezaba lo siguiente: “Notificación por correo electrónico. La notificación por correo electrónico podrá sustituir a la notificación por cédula, siempre que sea expresamente consentido por las partes y el contenido de la misma respete lo dispuesto por el artículo 136...”<sup>5</sup>, remitiendo su entrada en vigor “a partir de la fecha que disponga por Acordada el Superior Tribunal de Justicia”.

Dicha previsión legal permitió sortear las dificultades operadas con motivo de la pandemia, pues fue necesario en ese período instaurar a través de diversos Acuerdos Extraordinarios del STJ, un “Marco Regulatorio de Emergencia General (MREG)”, con base en la aplicación de herramientas tecnológicas disponibles, el uso de medios electrónicos idóneos al alcance, para las comunicaciones y otros actos que puedan ser cumplidos con eficacia, previéndose la atención al público bajo la modalidad de turnos y la presentación de escritos, promoción de nuevas demandas y notificaciones a través del sistema FORUM desarrollado por la Dirección de Informática, habilitándose también la realización de audiencias por sistemas de videoconferencias y/o plataformas a distancia, para poder trabajar en un entorno diferente a lo que el usuario se encontraba habituado<sup>6</sup>.

Las normas apuntadas rigieron hasta la sanción y entrada en vigor del Código Procesal Civil y Comercial<sup>7</sup> – Ley 6.556 -, donde como veremos se prevé ya el uso del expediente electrónico. No obstante, se erigen en un antecedente necesario que llevó a la necesidad de consagrar tales previsiones en las nuevas normas procesales.

Retomando las reformas introducidas – hace una década – a la ley de procedimientos administrativos, tenemos que por un lado ponen en cabeza de las autoridades el deber de incentivar el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones, haciendo gala del principio de celeridad, y además, en punto a las formalidades del acto administrativo y el acceso a los procedimientos previos y posteriores a su dictado, enfatiza acerca de la necesidad del uso de medios elec-

5 Se exceptuaban las notificaciones previstas en los incisos 1, 2, 3, 4, 7, 8, 11, 12 y 14 del artículo 135.

6 Sobre el tema remito a Rey Vázquez, Luis E., “La función administrativa en la órbita judicial. Principales manifestaciones”, publicado en *Temas de Derecho Administrativo*, Editorial Erreius, Director Carlos Francisco Balbín, Agosto 2021, pp. 631-653, Cita digital: IUSDC3288474A.

7 Ley 6.556 (B.O. 13-05-2021), en vigencia a partir del 1º-12-2021.

trónicos, poniendo en cabeza del Poder Ejecutivo su reglamentación (bien entendido que en su órbita de actuación, pues podrían los otros poderes hacer lo propio en su esfera), sino que además, para garantizar la igualdad de acceso a la administración pública, impone a la Autoridad el deber de asegurar mecanismos suficientes y adecuados de vías gratuitas a los medios electrónicos o permitir el uso alternativo de otros procedimientos.

Respecto al uso de medios electrónicos, con bastante antelación a la mentada reforma, ya Revidatti expresaba en 1985, aludiendo a la forma del acto ejecutorio, además de la escrita y la verbal, que existen “... comunicaciones mediante sonido y signos mecánicos: el semáforo o la barrera son signos mecánicos, al igual que la sirena que utilizan ciertos vehículos afectados a servicios públicos esenciales; mientras que el sonido, emitido por un silbato por ejemplo, es una forma bastante frecuentemente utilizada...”<sup>8</sup>

Ello en circunstancias “normales”, sin contar con las excepcionales ya vividas con motivo de la pandemia COVID-19<sup>9</sup>, donde claramente cobraron vigor aquellas prescripciones que postulaban el uso de medios electrónicos, apareciendo destacados trabajos doctrinarios en tal sentido<sup>10</sup>.

Prácticamente todos los organismos públicos cuentan con su página web, desde la cual se pueden articular numerosos trámites que no requieren la presencialidad física ni el uso del papel, aun cuando debiera expandirse su uso a toda la Administración Pública.

Pero lo importante – y que es lo que entiendo no ha sido suficientemente abordado – es que con las reformas ya en vigor, están dadas las condiciones para avanzar hacia un expediente electrónico en la órbita administrativa, que desburocratice y otorgue celeridad, economía, sencillez y eficacia a los trámites, conforme reza el principio homónimo.

Si atendemos especialmente a la segunda innovación introducida en

8 Revidatti, Gustavo A. (1985), *Derecho Administrativo*, Tomo 2, Fundación Derecho Administrativo, Buenos Aires, p. 223.

9 Rey Vázquez, Luis E. (2023), “La legalidad de recambio en épocas de emergencia”, en Contte-Grand, Julio M. y Libardo Rodríguez Rodríguez (Directores), *Perspectivas constitucionales, administrativas y convencionales del Ministerio Público. En el derecho argentino y comparado*, Ábaco, Buenos Aires, pp. 586-603.

10 Por ejemplo, el excelente libro de Lacava, Federico J. (2022), *Acto Administrativo Automático*, Astrea, Buenos Aires.

la Ley de procedimientos administrativos, cuando luego de expresar que el “acto ejecutorio” se manifestará expresamente y por escrito o por medios electrónicos..., puntualizó que “...Para garantizar la igualdad de acceso a la administración pública, la Autoridad deberá asegurar mecanismos suficientes y adecuados de vías gratuitas a los medios electrónicos o permitir el uso alternativo de otros procedimientos”.

De allí cabría preguntarse el rol que tomarían las redes sociales institucionales, o incluso las personales de algunos altos funcionarios, para que la ciudadanía pueda interactuar con ellos.

En efecto, en Chile se ha postulado la utilización de la red social twitter tanto respecto de las cuentas institucionales<sup>11</sup>, como las personales de los funcionarios que utilizan públicamente, llegando incluso a sostenerse que no podrían bloquearse a los usuarios que a través de ellas interactúen, especialmente tratándose de cuentas institucionales<sup>12</sup>.

Resulta evidente que la previsión tan generosa en punto al uso alternativo de otros procedimientos, bien podrían incluir el uso de las redes sociales, siendo cada vez más frecuente la expresión o el adelanto de informaciones relevantes a través de tales canales.

Entiendo que debiera procederse a una reglamentación tendiente a prever el uso de tales medios, pero mientras ello no ocurra, y mientras no se cuente con un procedimiento administrativo electrónico con un software ya culminado, bien puede echarse mano de todas las herramientas al alcance del ciudadano para interactuar con la Administración.

El desarrollo de un programa que consagre el procedimiento administrativo electrónico en la provincia de Corrientes, se alinearía con el camino trazado en los últimos años, a partir de la entrada en vigor de nuevos Códigos Procesales en la provincia, todos los cuales coinciden en apostar al uso de las nuevas tecnologías para la gestión de los procesos judiciales.

En efecto, se han sancionado ya cuatro Códigos Procesales: El Penal, el Civil y Comercial, el de Familia, Niñez y Adolescencia y el Código Procesal Administrativo.

11 Román Cordero, Cristián, “#Twitter y @Administración”, *Revista de Derecho Administrativo Económico*, N° 25 [julio-diciembre 2017] pp. 27-43.

12 Román Cordero, Cristián, “Twitter: El derecho a no ser bloqueado por los órganos de la Administración (Comentario sobre el Dictamen N° 18.671-2019 de la Contraloría General de la República)”, *Revista de Derecho Administrativo Económico*, N° 30 [julio-diciembre 2019] pp. 203-217.

Las principales novedades de cada uno de ellos:

1. Código Procesal Penal<sup>13</sup>, en vigor ya en las 5 circunscripciones judiciales, conforme a un esquema gradual de implementación, comenzando en septiembre de 2020, y finalizando el 8 de noviembre de 2022 (en la ciudad Capital). 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 Comercial<sup>14</sup>. 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. Código Procesal de Familia, Niñez y Adolescencia<sup>15</sup>. Prevé el acceso a la justicia de personas en situación de vulnerabilidad, desarrollando el estándar del Interés superior del niño.
4. Código Procesal Administrativo<sup>16</sup> (en adelante CPA): 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 (por ejemplo, el Código Procesal Civil y Comercial establece las

13 Sancionado por Ley 6518 (B.O. 27-11-2019, y su fe de erratas del 6-12-2019).

14 Ley 6.556 (B.O. 13-05-2021), en vigencia a partir del 1°-12-2021.

15 Ley 6.580 (B.O. 27-10-2021), en vigencia a partir del 1°-03-2022.

16 Ley 6.620 (B.O. 23-11-2022, en Anexo), promulgado por Decreto N° 3420 del 22-11-2022 (B.O. 23-11-2022), en vigencia a los 60 días de la publicación.



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.

Respecto de la puesta en marcha del nuevo Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia que empezó a regir a partir del 1° de diciembre del año 2021, se enfatizó en las adaptaciones realizadas al sistema de gestión, las re-funcionalizaciones edilicias, compras de equipamientos de audio, video y tecnológicos necesarios, habilitación de nuevas salas de audiencia, como así también de las cámaras especializadas de entrevistas, recalándose la necesidad de seguir trabajando con los Talleres de Capacitación para seguir mejorando y unificando los criterios de gestión.

También debe destacarse la importancia que significó repensar todo el sistema de gestión de los procesos de los fueros no penales, diseñando nuevas herramientas para implementar la aplicación de las normas procesales de acuerdo a lo establecido por el legislador, en razón del verdadero cambio de paradigma y consecuente cambio cultural de la labor judicial, con base en un proceso por audiencia a través de canales digitales de acuerdo a la estructura tecnológica actualmente disponible.

En ese marco, se continuó realizando actualizaciones a las plataformas FORUM y IURIX, para lograr mayor compatibilidad en la vinculación de ambos sistemas informáticos y gestionar los expedientes judiciales bajo formato digital con tecnología disponible y a fin de sustituir progresivamente el tradicional expediente en soporte papel, aplicándose el “Régimen de Gestión Electrónica” que contiene las normas reglamentarias necesarias para el uso de las plataformas FORUM y IURIX en la tramitación de todas las causas sustanciadas o que se sustancien por ante los Tribunales: Civiles y Comerciales; Concursos, Quiebras y Sociedades; Familia, Niñez y Adolescencia; Laborales, Contenciosos Admi-

nistrativos, Justicia de Paz, Centros Judiciales de Mediación y otras Áreas del Poder Judicial de la Provincia de Corrientes. Todo lo cual sigue demandando mucho esfuerzo en busca de tratar de optimizar y aprovechar los recursos económicos disponibles<sup>17</sup>.

### III. INCIDENCIA DE LAS REFORMAS OPERADAS POR DECRETO N° 894/17 A LA REGLAMENTACIÓN DE LA LEY NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS

Mediante el Decreto N° 894/2017<sup>18</sup>, se aprobó el texto ordenado del Reglamento de Procedimientos Administrativos<sup>19</sup>, sustituyendo los artículos 1°, 2°, 3°, 4°, 5°, 7°, 8°, 9°, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 17, 19, 20, 21, 22, 23, 25, 26, 27, 30, 31, 32, 33, 38, 41, 46, 58, 60, 90, 92, 96, 100, 101 y 105, e incorporando los artículos 107, 108, 109 y 110 al texto anterior.

Si bien las reformas apuntan más a lo relacionado al procedimiento administrativo, y a la utilización de las tecnologías de la información y la comunicación en provecho de aquél, y, fundamentalmente, del ciudadano<sup>20</sup>, al menos en el mediano plazo, considero que las mentadas reformas impactan en el proceso judicial, especialmente, en lo relacionado con las notificaciones electrónicas, el cómputo de los plazos, y el domicilio electrónico, aspectos que sumados a los ya existentes en el orden federal en el ámbito judicial, conducen por un lado a la simplificación de los trámites, y a otro, a lograr una mayor certeza en punto a la fecha de interposición de recursos o reclamos – con miras al agotamiento de la vía administrativa -, y al cómputo de los plazos de caducidad de la acción judicial.

Asimismo, dada la previsión del Expediente administrativo elec-

17 Tomado parcialmente de la Memoria Anual del año 2022 del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Corrientes, aprobada por Acuerdo Extraordinario N° 2 del 23-02-2023 (disponible en <https://www.juscorrientes.gov.ar/wp-content/uploads/acuerdos/pdf/2023/ace02-2023.pdf>).

18 De fecha 1°-11-2017, publicada en el Boletín Oficial del 02-11-2017,

19 Decreto 1759/72 T.O. 1991.

20 Artículo 4°.- Las autoridades administrativas, actuarán de acuerdo con los principios de sencillez y eficacia, procurando la simplificación de los trámites, y facilitando el acceso de los ciudadanos a la administración a través de procedimientos directos y simples por medios electrónicos.

trónico y su gradual implementación, constituye una prueba fundamental para el subsiguiente proceso judicial, razón por la que impone adaptar las normas procesales a la valoración de tales medios probatorios electrónicos.

En tal sentido, señala LUQUI<sup>21</sup> que: “Como conceptos que se manejan en esta nueva técnica tenemos: a) el documento electrónico; b) la firma electrónica; c) la firma digital; d) el documento digital; e) el certificado digital; f) la plataforma digital; g) sitio web; y h) la página web”.

Seguidamente añade que “Hay que diferenciar el documento electrónico del documento digital, aun cuando muchas veces se emplean ambos términos como sinónimos. El primero es el contenido en un soporte magnético; y para ser visualizado, se requiere una pantalla que lo reproduzca textualmente o una pantalla gráfica o dispositivo de emisión de audio, video, etc., según sea el tipo de información que contenga. El documento digital, en cambio, es la representación en medio digital de un documento, texto, imagen, sonido o video. Un documento digital tiene codificada la información en bits; y para recuperarla, es necesario un programa que la convierta y la transmita en palabras, números, sonidos, imágenes, etc. Los datos de entrada son convertidos en dígitos inteligibles para la máquina, pero no para los sentidos humanos. El documento electrónico es conservado en el equipo y reproducido tal cual está, mientras que el documento digital es convertido en dígitos y recuperado por un programa”.

Las citadas referencias imponen una gradual adaptación del lenguaje a los nuevos paradigmas, e imponen su introyección por los operadores jurídicos, en especial, por los magistrados y justiciables.

Resulta destacable la paulatina incorporación de los medios electrónicos al proceso judicial, merced en parte – al menos en el orden federal – a la modificación del Reglamento Nacional de Procedimientos Administrativos, y la verificación de tales cambios también en las órbitas provinciales, tanto del procedimiento como del proceso, lo que impone las necesarias adaptaciones normativas y tecnológicas.

21 Luqui, Roberto E., “Nuevas regulaciones del procedimiento administrativo nacional”, *La Ley*, 2-05-2018, pp. 1-6, en especial p. 3.

#### IV. SUSPENSIÓN DE PLAZOS DURANTE EL AÑO 2020<sup>22</sup>

A raíz de la situación de pandemia global motivada por el Covid-19, los gobiernos han adoptado una serie de medidas restrictivas de los derechos individuales, inspiradas en razones de interés público, en este caso, encarnado por la adecuada tutela de la salud pública.

En Argentina, el Poder Ejecutivo Nacional amplió la emergencia en materia sanitaria a través de un primer DNU el 260/20<sup>23</sup>, disponiendo luego mediante otro D.N.U. el 297/20 el denominado ASPO (Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio)<sup>24</sup>, algo ocurrido prácticamente en todo el mundo.

Siguiendo esa línea, mediante Decreto 298/2020<sup>25</sup>, se dispuso:

1. Suspender el curso de los plazos, dentro de los procedimientos administrativos regulados por la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos N.º 19549 y por otros procedimientos especiales, a partir del 20 de marzo y hasta el 31 de marzo de 2020, sin perjuicio de la validez de los actos cumplidos o que se cumplan.
2. Exceptuar de la suspensión dispuesta a los trámites administrativos relativos a la emergencia declarada por Ley N.º 27541 ampliada por el Decreto 260/2020 y sus normas modificatorias y complementarias.
3. Facultar a las jurisdicciones, entidades y organismos contemplados en el artículo 8 de la Ley de Administración Financiera N.º 24156 para disponer excepciones a la suspensión de plazos prevista con carácter general, en el ámbito de sus respectivas competencias.

Con posterioridad, se prorrogó la suspensión del curso de los pla-

22 Sobre el tema me he ocupado en Rey Vázquez, Luis E., “La suspensión de los plazos en los procedimientos administrativos nacionales con motivo de la pandemia del Covid-19, el principio (derecho) al plazo razonable y el acceso a la justicia”, en Rodríguez-Arana Muñóz, Jaime (Director), *El Derecho Administrativo ante el COVID-19*, IJ Editores, 2021, Cita: IJ-MXI-272, ISBN: 978-987-8459-26-4, <https://www.ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=17e1682f5dfdf2c0307c03a064c442bd>. También en el link: <https://ar.lejister.com/pop.php?option=articulo&Hash=17e1682f5dfdf2c0307c03a064c442bd>

23 Se amplía la emergencia que ya se había decidido por el Congreso Nacional mediante Ley 27.541 de diciembre de 2019 (B.O. 23/12/2019).

24 Luego prorrogado sucesivamente por diversos DNU.

25 B.O. 20/03/2020.

zos<sup>26</sup>, la que se mantuvo hasta fines de noviembre de 2020.

Es deseable que, en un futuro, de acaecer un fenómeno similar, se acuda como última ratio a la suspensión de plazos, pues con la instauración de un procedimiento administrativo electrónico no debiera tener incidencia en el curso normal de aquéllos, siendo justamente la ventaja de poder compulsar a través de una plataforma virtual los expedientes administrativos, pudiendo realizar presentaciones y practicarse notificaciones por medios electrónicos.

## V. LEY NACIONAL DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA N° 27.275<sup>27</sup>

Resta señalar que, a partir del dictado de dicha norma legal, en el orden federal, se ha consagrado claramente el derecho de acceso a la información pública<sup>28</sup>, la que a tenor de su artículo 1º, tiene “por

26 Por Decreto 298/20 desde el 1 al 12 de abril de 2020 inclusive, mediante el Decreto 327/2020; desde el 13 al 26 de abril de 2020 inclusive, por el Decreto 372/2020; desde el 27 de abril hasta el 10 de mayo de 2020 inclusive, por el Decreto 410/2020; desde el 11 de mayo hasta el 24 de mayo de 2020 inclusive, por el Decreto 458/2020; desde el 25 de mayo hasta el 7 de junio de 2020 inclusive, mediante el Decreto 494/2020; desde el 8 de junio hasta el 28 de junio de 2020 inclusive, por el Decreto 521/2020; desde el 29 de junio hasta el 17 de julio de 2020 inclusive por el Decreto 577/2020; desde el 18 de julio hasta el 2 de agosto de 2020 inclusive, por el Decreto 604/2020; desde el 3 de agosto hasta el 16 de agosto de 2020 inclusive, por el Decreto 642/2020; desde el 17 de agosto hasta el 30 de agosto de 2020 inclusive, por el Decreto 678/2020; mediante Decreto N° 715/2020 se prorroga la suspensión del curso de los plazos desde el 31 de agosto hasta el 20 de septiembre de 2020; mediante Decreto N° 755/2020 se prorrogó desde el 21 de septiembre hasta el 11 de octubre de 2020; por Decreto N° 794/2020 desde el 12 hasta el 25 de octubre de 2020; por Decreto N° 815/2020 desde el 26 de octubre hasta el 8 de noviembre de 2020, y finalmente mediante Decreto N° 876/2020 se prorroga la suspensión del curso de los plazos desde el 9 hasta el 29 de noviembre de 2020, inclusive, momento en el que fenece finalmente la suspensión.

27 B.O. 29-09-2016.

28 Expresa en su Artículo 2º “Derecho de acceso a la información pública. El derecho de acceso a la información pública comprende la posibilidad de buscar, acceder, solicitar, recibir, copiar, analizar, reprocesar, reutilizar y redistribuir libremente la información bajo custodia de los sujetos obligados enumerados en el artículo 7º de la presente ley, con las únicas limitaciones y excepciones que establece esta norma. Se presume pública toda información que generen, obtengan, transformen, controlen o custodien los sujetos obligados alcanzados por esta ley”.

objeto garantizar el efectivo ejercicio del derecho de acceso a la información pública, promover la participación ciudadana y la transparencia de la gestión pública...”

Consagra los siguientes principios:

**Presunción de publicidad:** toda la información en poder del Estado se presume pública, salvo las excepciones previstas por esta ley.

**Transparencia y máxima divulgación:** toda la información en poder, custodia o bajo control del sujeto obligado debe ser accesible para todas las personas. El acceso a la información pública sólo puede ser limitado cuando concurra alguna de las excepciones previstas en esta ley, de acuerdo con las necesidades de la sociedad democrática y republicana, proporcionales al interés que las justifican.

**Informalismo:** las reglas de procedimiento para acceder a la información deben facilitar el ejercicio del derecho y su inobservancia no podrá constituir un obstáculo para ello. Los sujetos obligados no pueden fundar el rechazo de la solicitud de información en el incumplimiento de requisitos formales o de reglas de procedimiento.

**Máximo acceso:** la información debe publicarse de forma completa, con el mayor nivel de desagregación posible y por la mayor cantidad de medios disponibles.

**Apertura:** la información debe ser accesible en formatos electrónicos abiertos, que faciliten su procesamiento por medios automáticos que permitan su reutilización o su redistribución por parte de terceros.

**Disociación:** en aquel caso en el que parte de la información se encuadre dentro de las excepciones taxativamente establecidas por esta ley, la información no exceptuada debe ser publicada en una versión del documento que tache, oculte o disocie aquellas partes sujetas a la excepción.

**No discriminación:** se debe entregar información a todas las personas que lo soliciten, en condiciones de igualdad, excluyendo cualquier forma de discriminación y sin exigir expresión de causa o motivo para la solicitud.

**Máxima premura:** la información debe ser publicada con la máxima celeridad y en tiempos compatibles con la preservación de su valor.

**Gratuidad:** el acceso a la información debe ser gratuito, sin perjuicio de lo dispuesto en esta ley.

**Control:** el cumplimiento de las normas que regulan el derecho de acceso a la información será objeto de fiscalización permanente. Las resoluciones que denieguen solicitudes de acceso a la información, como el silencio del sujeto obligado requerido, la ambigüedad

o la inexactitud de su repuesta, podrán ser recurridas ante el órgano competente.

**Responsabilidad:** el incumplimiento de las obligaciones que esta ley impone originará responsabilidades y dará lugar a las sanciones que correspondan.

**Alcance limitado de las excepciones:** los límites al derecho de acceso a la información pública deben ser excepcionales, establecidos previamente conforme a lo estipulado en esta ley, y formulados en términos claros y precisos, quedando la responsabilidad de demostrar la validez de cualquier restricción al acceso a la información a cargo del sujeto al que se le requiere la información.

**In dubio pro petitor:** la interpretación de las disposiciones de esta ley o de cualquier reglamentación del derecho de acceso a la información debe ser efectuada, en caso de duda, siempre en favor de la mayor vigencia y alcance del derecho a la información.

**Facilitación:** ninguna autoridad pública puede negarse a indicar si un documento obra, o no, en su poder o negar la divulgación de un documento de conformidad con las excepciones contenidas en la presente ley, salvo que el daño causado al interés protegido sea mayor al interés público de obtener la información.

**Buena fe:** para garantizar el efectivo ejercicio del acceso a la información, resulta esencial que los sujetos obligados actúen de buena fe, es decir, que interpreten la ley de manera tal que sirva para cumplir los fines perseguidos por el derecho de acceso, que aseguren la estricta aplicación del derecho, brinden los medios de asistencia necesarios a los solicitantes, promuevan la cultura de transparencia y actúen con diligencia, profesionalidad y lealtad institucional.

Lo importante es que, en punto a la legitimación activa, prescribe: “Artículo 4° Legitimación activa. Toda persona humana o jurídica, pública o privada, tiene derecho a solicitar y recibir información pública, no pudiendo exigirse al solicitante que motive la solicitud, que acredite derecho subjetivo o interés legítimo o que cuente con patrocinio letrado”<sup>29</sup>.

Al respecto, sostiene Basterra que “El carácter amplio de la apti-

29 Un comentario de dicha norma legal, y de su decreto reglamentario 206/17, puede verse con provecho en Basterra, Marcela I., *Acceso a la información pública y transparencia, Ley 27.275 y decreto reglamentario, Comentados, anotados y concordados*, Prólogo de Jorge Reinaldo Vanossi, Astrea, Buenos Aires, 2017.

tud procesal para el ejercicio de esta prerrogativa fundamental, es relevante para cumplimentar con una saludable tendencia en el derecho constitucional contemporáneo como es la de otorgar el mayor grado de participación a los ciudadanos y a las organizaciones no gubernamentales, las que tienen un lugar preponderante en el proceso de desestatización y control del Estado”<sup>30</sup>.

Debe señalarse que el acceso a la información debe canalizarse también por medios electrónicos.

## VI. REFLEXIONES FINALES

Las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación se erigen como una herramienta fundamental para su aplicación a la tramitación tanto de los procedimientos administrativos, como de los procesos judiciales.

Respecto de los primeros, como una manera de aportar mayor celeridad, economía, sencillez y eficacia a los trámites, lo que requiere el desarrollo de softwares adecuados para tal fin.

Paralelamente, merece rescatarse la alusión, conjuntamente a la celeridad, economía, sencillez y eficacia, al principio de gratuidad, como implícito en el articulado, por cuya aplicación se ha sostenido oportunamente que resultaba inadmisibles la inclusión, en los pliegos de bases y condiciones de las denominadas “garantías de impugnación” (PTN, Dictámenes 257:151)<sup>31</sup>.

En el orden federal ya se encuentra previsto un sistema de gestión, y en algunas provincias se ha avanzado bastante, al menos, en su previsión normativa.

Resta llevar adelante una completa implementación de los programas adecuados, previo desarrollo.

Lo propio ha ocurrido en los procesos judiciales, los que cuentan con diferente grado de avance, con un camino que apunta al expediente electrónico o digital, con la realización de actos procesales a través de plataformas virtuales, incluyendo incluso el uso de inteligencia artificial para la realización de actividades estandarizadas.

Ha sido también crucial el estudio de otras disciplinas no jurídicas pero que aportan a la buena gestión pública, como ocurre con las

30 Basterra, Marcela I., *Acceso a la información...*, p. 62.

31 Tawil, Guido Santiago, “¿El fin de la garantía de impugnación en materia licitatoria?”, *EDA* 2007-446.



neurociencias y su estudio del funcionamiento del cerebro humano en la toma de decisiones, para el reconocimiento de patrones, acerca de cómo la información que proviene del exterior es sintetizada, recordada, extraída en nuestro cerebro, es decir, cómo procesa la inteligencia humana la información para resolver un problema.

Es que, para poder usar la inteligencia artificial, primero hay que reconocer cómo funciona la inteligencia humana. El cerebro, órgano biológico, tiene un funcionamiento complejo, y no actúa igual a cómo la máquina va a procesar la información para resolver un problema.

A través del tiempo, el ser humano fue produciendo una constelación de innovaciones técnicas que fueron desarrollándose a través del ingenio, y que en un momento coexisten, unos son más complejos, otros requieren un ecosistema más robusto para funcionar.

La memoria humana no funciona como una cámara que reproduce fielmente el entorno, sino que es una suerte de acto creativo. La máquina no tiene limitación de con qué finalidad pueden captar el dato, y pueden almacenar información casi infinita. Esta primera limitación, editamos lo que recordamos, el olvido tiene que ver con algo más sofisticado, capacidad que tenemos de transmitir información y conocimiento entre nuestra propia especie.

Aparecen los sesgos como una suerte de fenómenos que transcurren en nuestro cerebro, según los cuales no hay forma que pueda entender todo el contexto informativo mientras se está realizando una tarea<sup>32</sup>.

La persona comienza a omitir considerar información relevante, producto del cansancio, y la consecuente pérdida de energía. Es importante retener esta limitación. Las máquinas van a jugar un rol importante cómo ayudarnos a que los sesgos no retaceen información. Habrá que compatibilizar o mejorar esas limitaciones, y al mismo tiempo, tenerlas en cuenta, buscando cómo hacer que las máquinas no reproduzcan los sesgos.

Ello requerirá considerar los denominados “nuevos principios y nuevos derechos de la actividad administrativa automatizada”<sup>33</sup>, como ser los de Autodeterminación algorítmica, Transparencia algo-

32 Kahnman, Daniel; Sibony, Olivier y Sunstein, Cass R. (2021), *Ruido. Una falla en el juicio humano*, Debate, Buenos Aires.

33 Corvalán, Juan G. (Director), (2021), *Tratado de la Inteligencia artificial*, La Ley, Buenos Aires, 3 tomos, tomo I, p. 235.

rítmica y trazabilidad; Derecho de acceso a la información algorítmica; Motivación algorítmica y No discriminación algorítmica (cuyo análisis excede el objeto del presente). Asimismo, debiera analizarse la posible condición de reglamentos de los algoritmos<sup>34</sup>, postulado por una importante doctrina española.

Resulta fundamental poder lograr el desarrollo tecnológico, incluso el uso de la inteligencia artificial, sin desatender los aspectos éticos y el respeto de los derechos humanos<sup>35</sup>.

## BIBLIOGRAFÍA

- Basterra, Marcela I. (2017), Acceso a la información pública y transparencia, Ley 27.275 y decreto reglamentario, Comentados, anotados y concordados, Prólogo de Jorge Reinaldo Vanossi, Astrea, Buenos Aires.
- Boix Palop, Alex (2020), “Los algoritmos son reglamentos: la necesidad de extender las garantías propias de las normas reglamentarias a los programas empleados por la Administración para la adopción de decisiones”, *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, Vol. 1, 2020, Madrid, pp.223-270.
- Corvalán, Juan G. (Director), (2021), *Tratado de la Inteligencia artificial*, La Ley, Buenos Aires, 3 tomos.
- Danesi, Cecilia (2022), *El imperio de los algoritmos. IA inclusiva, ética y al servicio de la humanidad*, Galerna, Buenos Aires.
- Kahnman, Daniel; Sibony, Olivier y Sunstein, Cass R. (2021), *Ruido. Una falla en el juicio humano*, Debate, Buenos Aires.
- Lacava, Federico J. (2022), *Acto Administrativo Automático*, Astrea, Buenos Aires.
- Luqui, Roberto E., “Nuevas regulaciones del procedimiento administrativo nacional”, *La Ley*, 2-05-2018, pp. 1-6
- Revidatti, Gustavo A. (1985), *Derecho Administrativo*, Tomo 2, Fundación Derecho Administrativo, Buenos Aires.
- Rey Vázquez, Luis E. (2023), “La legalidad de recambio en épocas de emergencia”, en Contte-Grand, Julio M. y Libardo Rodríguez Rodríguez (Directores), *Perspectivas constitucionales, administrativas y convencionales del Ministerio*

34 Boix Palop, Alex (2020), “Los algoritmos son reglamentos: la necesidad de extender las garantías propias de las normas reglamentarias a los programas empleados por la Administración para la adopción de decisiones”, *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, Vol. 1, 2020, Madrid, pp.223-270.

35 Danesi, Cecilia (2022), *El imperio de los algoritmos. IA inclusiva, ética y al servicio de la humanidad*, Galerna, Buenos Aires.



- Público. En el derecho argentino y comparado, *Ábaco*, Buenos Aires, pp. 586-603.
- Rey Vázquez, Luis E. (2022), “El nuevo Código Procesal Administrativo de la provincia de Corrientes”, *EDA* 12-2022, pp. 7-10.
- Rey Vázquez, Luis E., “Algunos aspectos del proceso contencioso-administrativo. Incidencia de las nuevas tecnologías”, publicado en la *Revista Institutas* - Número 8 - Septiembre 2018, IJ Editores, Cita: IJ-DXXXIX-337.
- Rey Vázquez, Luis E., “La función administrativa en la órbita judicial. Principales manifestaciones”, publicado en *Temas de Derecho Administrativo*, Editorial Erreius, Director Carlos Francisco Balbín, Agosto 2021, pp. 631-653, Cita digital: IUSDC3288474A
- Román Cordero, Cristián, “#Twitter y @Administración”, *Revista de Derecho Administrativo Económico*, N° 25 [julio-diciembre 2017] pp. 27-43.
- Román Cordero, Cristián, “Twitter: El derecho a no ser bloqueado por los órganos de la Administración (Comentario sobre el Dictamen N° 18.671-2019 de la Contraloría General de la República)”, *Revista de Derecho Administrativo Económico*, N° 30 [julio-diciembre 2019] pp. 203-217.
- Tawil, Guido Santiago, “¿El fin de la garantía de impugnación en materia licitatoria?”, *EDA* 2007-446.

## LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL RÉGIMEN DISCIPLINARIO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA NACIONAL

CLAUDIO ALBERTO SCHIFER<sup>1</sup>  
 RODOLFO HÉCTOR FASSI<sup>2</sup>

Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados y Abogadas del Estado |  
 Octubre 2023 | Año 7 N° 9 | Buenos Aires, Argentina (ISSN 2796-8642) |  
 pp. 401-421

**Resumen:** El presente trabajo aborda la protección de los derechos humanos en el régimen disciplinario de la Administración Pública Nacional, a partir de las sentencias y opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, los dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación, y la normativa nacional e internacional aplicable a la materia.

Se mencionan, entre los diversos institutos analizados, el control de convencionalidad, el debido proceso adjetivo o legal, la potestad disciplinaria de la Administración Pública Nacional y el procedimiento sumarial.

Producto de las políticas públicas llevadas adelante por el Gobier-

1 Claudio Alberto Schifer: Director Nacional de Sumarios e Investigaciones Administrativas de la Procuración del Tesoro de la Nación. Doctor en Derecho; Magister en Derecho y Posgrado en Derecho Constitucional y Derechos Humanos por la Universidad de Palermo. Abogado egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

2 Rodolfo Héctor Fassi: Sub-Director Nacional de Sumarios e Investigaciones Administrativas de la Procuración del Tesoro de la Nación. Abogado egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.



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

no Nacional, destinadas a la ampliación de derechos en el procedimiento administrativo disciplinario, que redundaron en el dictado del nuevo Reglamento de Investigaciones Administrativas (Decreto N° 456/2022), son desarrolladas con especial consideración, las garantías en el ejercicio pleno del derecho de defensa de las personas sumariadas o imputadas, el establecimiento de requisitos más rigurosos para suspender preventivamente a agentes involucrados o involucradas en una causa penal, la violencia de género ejercida en el ámbito laboral, el empleo de medios electrónicos de notificación, y la celebración de audiencias a distancia para supuestos de excepción.

**Summary:** The following text is focused on the protection of human rights in the disciplinary regime of the National Public Administration, based on the judgments and advisory opinions of the Inter-American Court of Human Rights, the judgments of the Supreme Court of Justice of the Nation, the opinions of the Office of the Treasury of the Nation, and the national and international regulations applicable to the matter.

Among the multiple institutes analyzed, conventionality control, objective or legal due process, the disciplinary power of the National Public Administration and the summary procedure are mentioned.

Product of the public policies carried out by the National Government, destined to the extension of rights in the disciplinary administrative procedure, which will result in the issuance of the new Regulation of Administrative Investigations (Decree No. 456/2022), are developed with special consideration, the guarantees in the full exercise of the right to defense of the people investigated or accused, the establishment of more rigorous requirements to preventively suspend agents involved in a criminal case, the gender violence exercised in the workplace, the use of electronic means of notification, and the holding of remote hearings for exceptional cases.

## 1. EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

La creación del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, con la aprobación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que adoptó la Carta de la Organización de los Estados Americanos que proclamó los “Derechos fundamentales de la persona humana”, constituye uno

de los principios fundamentales en los que se funda la Organización. Sus organismos rectores son, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en la IX Conferencia Internacional Americana (Bogotá, Colombia; 1948), reafirma en sus Considerandos el sustrato de los derechos humanos, al señalar, “Que, en repetidas ocasiones, los Estados americanos han reconocido que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana”.

Por cierto, los derechos humanos constituyen la esencia de toda sociedad democrática y del Estado de derecho; si bien, es la propia persona humana, la que precede al ordenamiento jurídico. Los derechos humanos se caracterizan por ser universales y naturales de todas las naciones, no siendo ajenos a ninguna cultura. Resultan fundamentales en la vida de cada individuo, en orden a su conformación y determinación, en condiciones de libertad, igualdad y respeto a la dignidad humana. Receptados en el derecho positivo a partir de su creación y consagración normativa, exigen igual respeto en todo sistema jurídico.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, sobre ello, dispone:

- “Artículo 1°. Obligación de Respetar los Derechos: 1. 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. 2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano”.

En el orden internacional de los derechos humanos impera el principio *pro homine*, que tiene por fundamento la aplicación de la norma más favorable a la persona humana<sup>3</sup>. El principio, en su ampli-

<sup>3</sup> “1. Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de

tud, se observa claramente en el texto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos:

- “Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) Permitir a alguno de los Estados partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) Limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) Excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) Excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza” (art. 29).

La Corte IDH afirma, que “[s]i a una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana. Si la propia Convención establece que sus regulaciones no tienen efecto restrictivo sobre otros instrumentos internacionales, menos aún podrán traerse restricciones presentes en esos otros instrumentos, pero no en la Convención, para limitar el ejercicio de los derechos y libertades que ésta reconoce” (Corte IDH. Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. La Colegiación Obligatoria de Periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos); párrafo 52).

En relación a la protección internacional de los derechos humanos, la Corte IDH ha sostenido que los Estados al comparecer ante el Tribunal no lo hacen como sujetos en un proceso penal.

La Corte no impone penas a las personas culpables de violar los derechos humanos, pues su función es la de proteger a las víctimas

cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él.

2. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado”. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 5°).

y determinar la reparación de los daños ocasionados por los Estados responsables de tales acciones. Por lo expuesto, no debe confundirse la protección internacional de los derechos humanos, con la justicia penal (“Bámaca Velásquez Vs. Guatemala”; Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70; párrafo 98).

La Corte IDH es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Así lo sostiene, cuando afirma, que si un “[E]stado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana” (Corte IDH. Caso “Almonacid Arellano y otros Vs. Chile”. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154; párrafo 124).

En esta inteligencia, la Convención Americana (art. 2; Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno) es muy clara, al señalar, que si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1° de la CADH 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.

Por último, se señala, que “Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes” (art. 68.1; CADH), en un proceso internacional concreto en el cual esa decisión fue dictada, y exclusivamente con relación al proceso en cuestión. En igual forma, las decisiones de la Corte no tienen efectos generales, *erga omnes*, sobre otros casos similares existentes en el mismo u otro Estado.

## 2. EL DEBIDO PROCESO ADJETIVO O LEGAL

Los órganos del Estado que ejercen funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tienen la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal, en los términos del artículo 8° de la CADH, que dispone, que “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter” (art. 8°.1; CADH).

El artículo citado establece en sus demás incisos, los derechos a la presunción de inocencia, y a las garantías mínimas de ser asistido gratuitamente por un traductor o interprete, de comunicación previa y detallada de la acusación formulada, de la concesión al inculpado del tiempo y los medios para la preparación de su defensa, de ser asistido por un defensor, a no declarar contra sí mismo, ni a declararse culpable, y de recurrir la sentencia.

La Corte IDH sostuvo, que “Si bien el artículo 8° de la Convención Americana se titula, “Garantías Judiciales”, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, “sino al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales” a efectos de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos” (Corte IDH. Caso del “Tribunal Constitucional Vs. Perú”. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71; párrafo 69).

En este sentido, el Alto Tribunal lo amplía, a cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, en los que se debe respetar el debido proceso legal<sup>4</sup>. Así dispone, que “[E]n cualquier materia,

4 La Corte IDH opinó, “[p]ara que exista “debido proceso legal” es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables. Al efecto, es útil recordar que el proceso es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia. A ese fin atiende el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso legal. El desarrollo histórico del proceso, consecuente con la protección del individuo y la realización de la justicia, ha

inclusive en la laboral y la administrativa, la discrecionalidad de la administración tiene límites infranqueables, siendo uno de ellos el respeto de los derechos humanos. Es importante que la actuación de la administración se encuentre regulada, y ésta no puede invocar el orden público para reducir discrecionalmente las garantías de los administrados. Por ejemplo, no puede la administración dictar actos administrativos sancionatorios sin otorgar a los sancionados la garantía del debido proceso” (“Baena Ricardo y otros Vs. Panamá”. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72; párrafo 126).

La Corte IDH entiende que los Estados no pueden sustraerse de esta obligación argumentando que no se aplican las debidas garantías del artículo 8° de la CADH, en el caso de sanciones disciplinarias y no penales. Así dispuso, en el citado caso “Baena Ricardo y otros Vs. Panamá”, que “Permitirle a los Estados dicha interpretación equivaldría a dejar a su libre voluntad la aplicación o no del derecho de toda persona a un debido proceso” (párrafo 129).

La Constitución Nacional, sobre la base del principio *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*, principio de legalidad, establece en su artículo 18, que “Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos [...]”.

Por su parte, el artículo 14 bis de la Carta Fundamental, garantiza que el trabajo en sus diversas formas gozará de la protección

traído consigo la incorporación de nuevos derechos procesales. Son ejemplo de este carácter evolutivo del proceso los derechos a no autoincriminarse y a declarar en presencia de abogado, que hoy día figuran en la legislación y en la jurisprudencia de los sistemas jurídicos más avanzados. Es así como se ha establecido, en forma progresiva, el aparato de las garantías judiciales que recoge el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al que pueden y deben agregarse, bajo el mismo concepto, otras garantías aportadas por diversos instrumentos del Derecho Internacional” (Corte IDH, OC-16/99, “El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal; párrafo 117).



de las leyes, las que asegurarán al trabajador, entre otros derechos, la protección contra el despido arbitrario y su estabilidad como empleado público.

En nuestro país, diversos tratados con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22; CN), reconocen en su texto, el debido proceso adjetivo o legal. Por caso, lo incluyen, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. XVIII, “Derecho de justicia”), la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 10) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14).

Así también, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al afirmar, que “1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter” (art. 8°; “Garantías Judiciales”).

Para la Ley Marco de Regulación del Empleo Público Nacional, “El personal comprendido en ámbito de aplicación del presente régimen tiene derecho a que se le garantice el debido proceso adjetivo, en los términos del artículo 1° inciso f) de la Ley 19.549 o la que la sustituya” (art. 29).

El artículo 1°, f de la Ley N° 19.549 señala, que el “Derecho de los interesados al debido proceso adjetivo”, comprende la posibilidad del derecho a ser oído, de ofrecer y producir pruebas y a una decisión fundada.

Sobre lo expuesto precedentemente, la CSJN, en “Rodríguez Peireyra, José Luis y otra c/ Ejército Argentino s/ daños y perjuicios”, (27/11/2012; R. 401. XLIII) sostuvo, que la jurisprudencia reseñada no deja lugar a dudas de que los órganos judiciales de los países que han ratificado la CADH están obligados a ejercer, de oficio, el control de convencionalidad, descalificando las normas internas que se opongan a dicho tratado.

“[R]esultaría, pues, un contrasentido aceptar que la Constitución Nacional que, por un lado, confiere rango constitucional a la mencionada Convención (art. 75, inc. 22), incorpora sus disposiciones al derecho interno y, por consiguiente, habilita la aplicación de la regla interpretativa -formulada por su intérprete auténtico, es decir, la Corte Interamericana de Derechos Humanos- que obliga a los tribunales nacionales a ejercer de oficio el control de convencionalidad, impida,

por otro lado, que esos mismos tribunales ejerzan similar examen con el fin de salvaguardar su supremacía frente a normas locales de menor rango”.

### 3. LA POTESTAD DISCIPLINARIA

La potestad disciplinaria de la Administración Pública Nacional (APN), es una facultad inherente al Estado Nacional. La misma conlleva que dicho Estado esté por sí mismo investido del rol sancionatorio y disciplinario que surge de nuestro ordenamiento jurídico, a partir de la Constitución Nacional y los Tratados incorporados en su artículo 75, inciso 22, con jerarquía constitucional.

El citado régimen disciplinario coordina la acción de los órganos administrativos, tras una finalidad común, esto es asegurar y mantener el buen orden y el normal desenvolvimiento de la APN, en miras a lograr un eficaz y eficiente desarrollo de la actividad administrativa. La potestad disciplinaria de la APN y el propio régimen disciplinario del personal de planta permanente, está regulado en la LMREP, N° 25.164 y su decreto reglamentario.

Se destaca entre sus aspectos sustantivos y sobre la base del Estado de derecho, el principio de juridicidad, que importa, que el ejercicio de la actividad administrativa se desempeñe conforme a la ley. Respecto de la acción administrativa, que es el resultado del poder atribuido en forma previa por la ley, debe distinguirse el poder sancionador, del disciplinario, por considerarse a este último, una especie dentro del poder sancionador; género entre ambas facultades. En tal sentido, el derecho disciplinario administrativo encuentra en su objeto la facultad sancionatoria de la conducta (por acción u omisión) realizada por la o el agente público que lesione el buen funcionamiento de la APN y que surja de la inobservancia de los deberes inherentes a su función. Por ende, el sistema requerirá de la o él agente, que se desempeñe con rectitud en el ejercicio de sus funciones, en forma profesional, eficiente y ética; siendo necesario asegurar el correcto funcionamiento de la APN, mediante la función preventiva.

La Carta Iberoamericana de la Función Pública sostiene, que “[1] a función pública está constituida por el conjunto de arreglos institucionales mediante los que se articulan y gestionan el empleo público y las personas que integran este, en una realidad nacional determinada. Dichos arreglos comprenden normas, escritas o informales,



estructuras, pautas culturales, políticas explícitas o implícitas, procesos, prácticas y actividades diversas cuya finalidad es garantizar un manejo adecuado de los recursos humanos, en el marco de una administración pública profesional y eficaz, al servicio del interés general [...]” (Capítulo Primero, 2).

Sobre la potestad disciplinaria, la Procuración del Tesoro de la Nación, en su Dictamen 300:206, señaló, que el artículo 27 de la Ley N° 25.164, dispone, que “[E]l personal vinculado por una relación de empleo público regulada por la presente ley, y que revista en la planta permanente, no podrá ser privado de su empleo ni ser objeto de medidas disciplinarias, sino por las causas en las condiciones que expresamente se establecen”, y sostuvo, que “[e]ntender que el citado artículo 27 no resulta operativo respecto a los agentes con situaciones de revista diferentes a la planta permanente se contrapone con la finalidad perseguida por la norma, en cuanto establece la potestad disciplinaria de la Administración Pública respecto de todo el personal vinculado al Estado mediante una relación de empleo público y, finalmente, el cumplimiento de los cometidos estatales [...] A su vez, el carácter programático y no operativo en el caso en particular, vulneraría el principio del debido procedimiento -derivado del derecho de defensa en juicio consagrado en el artículo 18 de la Constitución Nacional y el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 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 y que, eventualmente, serán objeto de reproche”.

#### **4. AGENTE, EMPLEADA/O Y FUNCIONARIA/O PÚBLICA/O**

Otro tema de importancia, vinculado a los agentes, empleadas/os y funcionaria/os públicos, se relaciona con su categorización normativa, en el orden nacional e internacional.

Para la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, Ley N° 26.097, “funcionario público” es, “i) toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un Estado Parte, ya sea designado o elegido, permanente o temporal, remunerado u honorario, sea cual fuere la antigüedad de esa persona en el cargo; ii) toda otra persona que desempeñe una función pública, in-

cluso para un organismo público o una empresa pública, o que preste un servicio público, según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese estado parte; iii) toda otra persona definida como “funcionario público” en el derecho interno de un Estado Parte” (art. 2°). Sobre algunas medidas incluidas en el capítulo II de la citada Convención, podrá entenderse por “funcionario público”, a toda persona que desempeñe una función pública o preste un servicio público según se defina en el derecho interno del Estado Parte, aplicado a la esfera de su propio ordenamiento jurídico.

La Carta Iberoamericana de la Función Pública señala, que “[l]os sistemas de función pública pueden incluir uno o más tipos de relación de empleo entre las organizaciones públicas y sus empleados, más o menos próximas al régimen laboral ordinario. La función pública de un país puede albergar relaciones de empleo basadas en un nombramiento o en un contrato, reguladas por el derecho público o por el derecho privado, y cuyas controversias se sustancian ante órganos judiciales especiales o ante tribunales comunes” (cap. primero, 3, c).

La Convención Interamericana contra la Corrupción, Ley N° 24.759, define en su artículo I, a la “Función Pública”, como toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos, y por “Funcionario Público, Oficial Gubernamental o Servidor Público”, a cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos.

En el orden nacional, para el Código de Ética en la Función Pública, Decreto N° 41/1999, “función pública”, es “toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona humana en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos” (art. 2°); texto que reproduce de igual forma, en su artículo 1°, la Ley de Ética en el Ejercicio de la Función Pública, N° 25.188.

En el Código Penal argentino, los términos “funcionario público y empleado público” designan a todo el que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas, por elección popular o nombramiento de autoridad competente (art. 77).

La Ley Marco de Regulación del Empleo Público Nacional (LMREP), N° 25.164, en su artículo 3° establece, que “La presente normativa regula los deberes y derechos del personal que integra el Servicio Civil de la Nación. Este está constituido por las personas que habiendo sido designadas conforme lo previsto en la presente ley, prestan servicios en dependencias del Poder Ejecutivo, inclusive entes jurídicamente descentralizados [...]”.

## 5. EL SUMARIO ADMINISTRATIVO

El conjunto de atribuciones legales y reglamentarias que configura el régimen disciplinario, tiene por objeto investigar y, en su caso, aplicar las sanciones que establece la LMREP, N° 25.164 (apercibimiento, suspensión, cesantía y exoneración; art. 30) y su Decreto Reglamentario, N° 1421/2002, una vez verificadas aquellas conductas de las o los agentes estatales que lesionen el buen funcionamiento de la Administración Pública Nacional (APN) y que se originen en la inobservancia de los deberes y prohibiciones inherentes a su relación de empleo público.

El Código Civil y Comercial de la Nación precisa, 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” (art. 1766).

La sustanciación de las informaciones sumarias y de los sumarios se efectuará en la Oficina de sumarios del área respectiva y estará a cargo de instructoras o instructores que deben ser funcionarias letradas o funcionarios letrados de planta permanente. El nuevo Reglamento de Investigaciones Administrativas, aprobado por el Decreto N° 456/2022 (RIA) dispone, que excepcionalmente, cuando se acredite una necesidad administrativa debidamente justificada, la Procuración del Tesoro de la Nación (PTN) podrá autorizar que funcionarias letradas o funcionarios letrados no pertenecientes a la planta permanente, puedan desempeñarse como instructoras o instructores sumariantes (art. 6°. Instructoras o instructores).

En orden a lo expuesto, la PTN “[c]onsideró pertinente la designación transitoria de instructores sumariantes en casos en los que se acreditase la existencia de un estado de necesidad administrativa que no pudiera ser satisfecho por otro mecanismo” (Dictamen 291:114);

como así también, que resultaba “[p]ertinente la designación transitoria de instructores sumariantes en casos en los que se acreditara la existencia de un estado de necesidad administrativa que no pudiera ser satisfecho por otro mecanismo, con la finalidad de privilegiar la continuidad de la actividad administrativa [...]” (Dictamen 292:105).

Con relación a la sustanciación de una información sumaria o sumario, el RIA dispone: “[C]uando un hecho, por acción u omisión, pueda significar responsabilidad disciplinaria, exista o no perjuicio fiscal, para cuyo esclarecimiento se requiera una investigación, esta se sustanciará como información sumaria o sumario [...]” (art. 3°. Investigación previa. Sumario. Puesta en conocimiento. Intervención).

El Reglamento de Investigaciones Administrativas, en su artículo 39 (Informe final) señala: “La instructora o el instructor elaborará un informe final de lo actuado en el que propondrá la instrucción o no de sumario”.

La autoridad competente, en el plazo de diez días de recibido el informe final, dictará el acto administrativo en el que se deberá resolver la instrucción o no de sumario. Dicho acto será notificado a la persona imputada (art. 40. Acto conclusivo).

En los casos en los que la autoridad competente resolviera que existe mérito para la apertura de sumario administrativo, la información sumaria será cabeza de este (art. 41. Cabeza de sumario).

El sumario disciplinario en el ámbito de la APN, es un procedimiento administrativo vinculado a la relación del empleo público, sustanciándose de oficio, por denuncia o como consecuencia de una información sumaria previa. La orden del sumario deberá indicar las circunstancias de tiempo, modo y lugar de ejecución del hecho objeto de investigación.

De existir solamente, estado de sospecha, respecto de la o el agente, la instructora o el instructor podrá llamarla/o para prestar declaración en calidad de imputada/o sobre hechos personales que pudieran implicarla/o. En tal caso, estará amparada o amparado por las garantías establecidas para la declaración de la sumariada o del sumariado (art. 62. Declaración de la imputada o del imputado).

En cambio, “Cuando hubiere motivo suficiente para considerar que una o un agente es responsable del hecho que se investiga, se procederá a recibirle declaración; ese llamamiento implicará su vinculación como sumariada o sumariado” (art. 61. Declaración de la sumariada o del sumariado).

El RIA recepta la tutela administrativa efectiva en el plano admi-

nistrativo disciplinario, reconocida en la Convención (arts. 8° y 25), en orden al pleno ejercicio del derecho de defensa en materia sumarial, y el principio de presunción de inocencia, conforme a la doctrina y jurisprudencia forjadas en el ámbito nacional e interamericano. Así, dispone, que “A efectos de ejercer su derecho de defensa, la persona sumariada o imputada tendrá acceso a las actuaciones desde el llamamiento a prestar declaración en los términos del artículo 61 o 62” (art. 47. Alcance); sin perjuicio de mantener la vigencia del secreto de las actuaciones, hasta la clausura de la etapa de investigación. En este sentido, el artículo 46 (Secreto) del RIA, precisa, que “El sumario será secreto hasta que la instructora o el instructor dé por terminada la prueba de cargo y no se admitirán en él debates ni defensas, salvo la solicitud de medidas de prueba”.

El artículo 52, “Beneficio de la duda”, del nuevo RIA, a diferencia de su anterior (“In dubio pro reo”), incorpora a la persona imputada en su redacción, señalando, que “En caso de duda, deberá estarse siempre por la solución que sea más favorable a la persona sumariada o imputada”.

El RIA brinda, en los casos en que la persona imputada o sumariada contara con asistencia letrada, el derecho de ésta a mantener una entrevista previa a su declaración con la/el profesional que la asiste; estableciendo requisitos más rigurosos y acordes a las garantías constitucionales para suspender preventivamente a una o un agente involucrada/o en una causa penal, dada la naturaleza de la medida, en concordancia con el principio de presunción de inocencia.

Sobre la suspensión preventiva dispone, que si “[a] la o al agente se le hubiera dictado auto de procesamiento firme o se encuentre alcanzada o alcanzado por institutos equivalentes previstos en los códigos procesales locales y la naturaleza del delito que se le imputa fuere incompatible con su desempeño en la función, en el caso de que no fuere posible asignarle otra tarea, excepcionalmente podrá disponerse su suspensión preventiva hasta tanto recaiga pronunciamiento definitivo en la causa penal a su respecto, sin perjuicio de la sanción que correspondiere en el orden administrativo” (art. 58. Agente vinculada o vinculado a proceso penal).

También establece, que “La incomparecencia de la persona sumariada o imputada, así como su silencio o negativa a declarar, no harán presunción alguna en su contra” (art. 63. Incomparecencia. Silencio o negativa), y que “En ningún caso se exigirá a la persona sumariada o imputada juramento o promesa de decir verdad, ni se ejercerá

contra ella coacción o amenaza, ni medio alguno para obligarla, inducirla o determinarla a declarar contra su voluntad, ni se le podrán hacer cargos o reconvenciones tendientes a obtener su confesión, ni podrá ser obligada al reconocimiento de documentos privados que obraren en su contra” (art. 64. Dispensa del juramento o promesa de decir verdad), en consonancia con las garantías del debido proceso adjetivo, y lo dispuesto por la Corte IDH, respecto del deber de “[a] asegurar que se cumplan las exigencias del debido proceso legal, con plenas garantías de audiencia y defensa” (“Corte IDH. Caso “De La Cruz Flores Vs. Perú”. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de noviembre de 2004. Serie C No. 115”; párrafo 118).

Se advierte, sobre lo señalado, que la inobservancia de lo establecido en el citado artículo 64 del RIA, hará nulo el acto. También provocará la nulidad de la declaración la omisión de hacerle conocer a la o al declarante que puede abstenerse de declarar, contar con la asistencia letrada prevista en el artículo 50 y ampliar su declaración conforme a lo que establece el artículo 74 (art. 65. Inobservancia. Nulidad).

El Reglamento amplía los plazos para las partes y la Instrucción, adecuándolos a lo dispuesto en la Ley de fondo; corrigiendo así, la falta de armonización contenida en el reglamento anterior.

El cumplimiento de los deberes de las instructoras y los instructores relacionado a la instrucción de la información sumaria o el sumario en la jurisdicción donde se produzca el hecho, comprende, entre otros aspectos, investigar los hechos, reunir pruebas, determinar responsables y encuadrar la falta cuando la hubiere; dar oportuna intervención a la Procuraduría de Investigaciones Administrativas, y en caso de corresponder, a la Oficina Anticorrupción y a la SIGEN; fijar y dirigir las audiencias de prueba y realizar personalmente las demás diligencias a su cargo; dirigir el procedimiento dentro de los límites expresamente establecidos en el RIA, y aplicar la perspectiva de género en todas las instancias y actuaciones llevadas a cabo dentro del procedimiento; como así también, del estricto cumplimiento de los plazos en el sumario administrativo, de suma importancia en materia disciplinaria.

Se cita al respecto, el caso “Losicer, Jorge Alberto y otros c/ BCRA – Resol. 169/05 - (expte.105.666/86 SUM FIN 708)” (CSJN; 26/06/2012; L.216.XLV), en el cual, la CSJN sostuvo la garantía del plazo razonable, revocando la sentencia que desestimó los recursos

de apelación interpuestos contra la resolución del BCRA, que impuso multas por infracciones al régimen financiero cometidas por quienes actuaron como directores o síndicos de una sociedad anónima, pues los prolongados lapsos de inactividad procesal, puestos de manifiesto por la propia autoridad administrativa, atribuibles inequívocamente a dicha entidad financiera, se presentaron como el principal motivo de la dilación del sumario que tuvo resolución después de haber transcurrido 18 años desde el acaecimiento de los hechos que generaron la supuesta infracción y tras 15 años de haberse dispuesto su apertura, por lo que la irrazonable dilación del procedimiento administrativo resultaba incompatible con el derecho al debido proceso amparado por nuestra Constitución (art. 18) y [la CADH \(art. 8°\)](#).

## 6. LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN EL ÁMBITO LABORAL

En consonancia con las políticas gubernamentales sobre derechos humanos, el nuevo RIA constituye un claro avance en materia de género, al incorporar en su texto, en más de 80 artículos, las voces que reconocen a la mujer en forma expresa, en cada uno de sus roles específicos; como así también, al disponer la protección de la mujer afectada por situaciones de violencia de género en el ámbito laboral.

La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979) señala, que los Estados Partes condenan en todas sus formas, y convienen en seguir por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y con tal objeto, se comprometen a “Adoptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer”.

Para la Convención, la expresión discriminación contra la mujer “[d]enota toda distinción, exclusión o restricción, basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”.

Para la “Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra La Mujer-Convención de Belem do

Pará” (Ley N° 24.632), “[d]ebe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado” (art. 1°). Así dispone, entre otros aspectos, que la violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica que tenga lugar dentro de la familia, unidad doméstica, relación interpersonal, comunidad, lugar de trabajo, instituciones educativas, establecimientos de salud, o cualquier otro lugar y que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, dondequiera que ocurra.

La Ley N° 26.485, modificada por las Leyes Nros. 27.501 y 27.533, entiende por violencia contra las mujeres, “[t]oda conducta, por acción u omisión, basada en razones de género, que, de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, participación política, como así también su seguridad personal. Quedan comprendidas las perpetradas desde el Estado o por sus agentes. Se considera violencia indirecta, a los efectos de la presente ley, toda conducta, acción, omisión, disposición, criterio o práctica discriminatoria que ponga a la mujer en desventaja con respecto al varón” (art. 4°; sustituido por el art. 2° de la Ley N° 27.533).

La Ley N° 26.485 categoriza las diversas formas de violencia contra las mujeres, en física, psicológica, sexual, económica, patrimonial, simbólica y política, y define los ámbitos y modalidades en los cuales se ejerce violencia contra las mujeres, en doméstica, institucional, laboral, contra la libertad reproductiva, obstétrica, mediática, en el espacio público y pública-política (art. 6°; modificado por las Leyes N° 27.501 y N° 27.533).

El apego obligatorio a estas normas exige seguir por todos los medios y sin dilaciones, el ejercicio de la función encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer en los procesos disciplinarios, con estricta aplicación de la “Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer - Convención de Belem do para” (Ley N° 24.632), de la Ley N° 26.485 de “Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los Ámbitos en que Desarrollen sus Relaciones Interpersonales”, reglamentada por el Decreto N° 1011/2020, y de la Decisión Administrativa N° 1012/2021, que aprobó el “Protocolo Marco para el Abordaje de las Violencias por Motivos de Género en



el Sector Público Nacional”.

Resultan aplicables, en igual forma, la Ley N° 26.743 de “Identidad de Género”, y la Ley N° 27.499, “Ley Micaela de Capacitación Obligatoria en Género para todas las Personas que Integran los tres poderes del Estado”, en todos sus niveles y jerarquías.

El nuevo RIA establece, respecto de la perspectiva de género, que “Son deberes de las instructoras y los instructores: [...] e) aplicar la perspectiva de género en todas las instancias y actuaciones llevadas a cabo dentro del procedimiento” (art. 10. Deberes).

El nuevo Reglamento, en su artículo 125, incorpora la temática relacionada con la violencia laboral y la violencia de género ejercida en el ámbito laboral; aspectos ausentes en el reglamento anterior. Así, señala:

“Cuando el objeto de la investigación versare sobre violencia laboral o de género ejercida en el ámbito laboral, la Instrucción adoptará las medidas que prevengan un injustificado aumento de las molestias que produzca la tramitación del procedimiento, concentrará las intervenciones de la persona presuntamente afectada en la menor cantidad de actos posibles y evitará convocatorias recurrentes y contacto innecesario con la persona imputada o sumariada.

La Instrucción mantendrá un trato respetuoso, que no menoscabe la dignidad de la persona presuntamente afectada, sin intromisión ni indagación en aspectos íntimos que no resulten conducentes para el esclarecimiento de los hechos. En los casos en que fuera procedente la realización de un careo que involucre a la persona presuntamente afectada, dicha medida probatoria deberá efectuarse conforme los términos del artículo 93.

La persona presuntamente afectada tendrá derecho, una vez clausurada la etapa de investigación, a recibir información acerca del estado de las actuaciones.

La Instrucción, en caso de tratarse de una denuncia por violencia de género ejercida en el ámbito laboral, observará lo establecido en el Protocolo Marco aprobado por la Decisión Administrativa N° 1012 del 22 de octubre de 2021 o la normativa que resultare de aplicación”.

El referido artículo 93 (medio careo) establece, que “En el supuesto previsto en el artículo 125 tercer párrafo, la Instrucción deberá recurrir al medio careo con el fin de evitar el contacto entre las personas convocadas a la diligencia”.

Como complemento de lo expuesto, se cita el Dictamen 308:21bis,

de la Procuración del Tesoro de la Nación (15/01/2019), que al resolver un sumario administrativo, sostuvo, que “[Q]uien se desempeñe en la función pública, sea como funcionario de carrera o como funcionario político, debe encaminar su obrar siguiendo estándares de comportamiento adecuados a la regla moral y a la finalidad ética que sustenta el Estado. En virtud de lo dispuesto por el artículo 24 de la Ley Marco de Regulación de Empleo Público Nacional N° 25.164 el personal queda sujeto a diversas prohibiciones, entre ellas: desarrollar toda acción u omisión que suponga discriminación por razón de raza, religión, nacionalidad, opinión, sexo o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. Por su parte el artículo 32 de esa misma norma legal prevé que son causales para imponer la cesantía el incumplimiento de los deberes establecidos en los artículos 23 y 24, cuando por la magnitud o gravedad de la falta así correspondiere”.

## 7. LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS Y EL PROCEDIMIENTO SUMARIAL

La necesidad en el acceso y empleo de las plataformas que brindan las tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC) se acrecentó en la pandemia por Covid-19, principalmente por el aislamiento social, preventivo y obligatorio (ASPO) dispuesto por el Decreto N° 297/2020 y sus modificatorios.

En este período, una gran parte de los agentes de la Administración Pública Nacional cumplía funciones en forma remota.

El nuevo Reglamento de Investigaciones Administrativas, atendiendo a dichas circunstancias y a lo establecido en la Ley de Firma Digital y el Sistema de Gestión de Documentación Electrónica (GDE), añadió a las vías de notificación ya existentes, los medios de comunicación electrónicos, posibilitando a la/el interesada/do, optar por ellos, donde podrá ser válidamente notificada/do; una nueva forma de ampliar y asegurar el derecho de defensa de la persona imputada o sumariada.

El texto establece que las notificaciones sólo serán válidas si se efectúan, entre otros medios especificados en la normativa y a opción de la persona interesada, por medios electrónicos a través de la plataforma de Trámites a Distancia (TAD), al usuario GDE o al correo electrónico que hubiere denunciado al efecto en el primer acto procesal en el que intervenga; en estos casos, la notificación se tendrá



por perfeccionada cuando su contenido esté disponible en la cuenta de destino, comenzando a correr dichos plazos, desde el primer día hábil siguiente a esa fecha. La normativa prevé otros mecanismos de notificación electrónica que en adelante incorpore el Reglamento de Procedimientos Administrativos (Decreto N° 1759/72 - T.O. 2017).

Sin perjuicio de priorizar el carácter presencial de las declaraciones previstas en el RIA, el texto introduce la posibilidad de tomar audiencias a distancia a través de medios electrónicos, en las cuales, la instructora o el instructor podrá disponer su celebración, en el caso que una persona citada a declarar se encontrare fuera del radio de la sede de la Oficina de sumarios, o bien, se vea imposibilitada de concurrir; como también, ante situaciones de excepción, debidamente acreditadas.

Los métodos que se llevan a cabo para la toma de audiencias a distancia (imputados, sumariados y testigos), incluyen además, las soluciones establecidas para su realización, las que han sido especificadas en sucesivos informes elaborados por la Dirección Nacional de Sumarios e Investigaciones Administrativas y refrendados por la Dirección Nacional de Dictámenes; ambas, integrantes de la Procuración del Tesoro de la Nación.

## CONCLUSIÓN

El régimen disciplinario constituye un sistema tendiente a coordinar la acción de los órganos administrativos tras una finalidad común, esto es asegurar y mantener el buen orden y el normal desenvolvimiento de la Administración Pública Nacional, en miras a lograr un eficaz y eficiente desarrollo de la actividad administrativa, para lo cual resulta necesario contar con un régimen procedimental general y uniforme en materia de investigaciones.

Como se ha podido observar, el citado régimen se encuentra en constante evolución, advirtiéndose ello, en la prolífica normativa y casuística dictada en la especialidad. En este sentido, la novedad para el sector ha sido el dictado del nuevo Reglamento de Investigaciones Administrativas, que además de ampliar derechos, actualizó y mejoró el procedimiento disciplinario, jerarquizando las facultades de las instructoras y los instructores, en el ejercicio de su función.

Por lo expuesto, anhelamos que la incorporación de aspectos sustantivos en materia de derechos humanos, receptada en el nuevo RIA, coadyuve para el fortalecimiento del procedimiento administrativo disciplinario de nuestro país.

## SENTENCIAS Y DICTÁMENES

- Corte IDH. “Bámaca Velásquez Vs. Guatemala”. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70; párrafo 98.
- Corte IDH. Caso del “Tribunal Constitucional Vs. Perú”. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71; párrafo 69.
- Corte IDH. “Baena Ricardo y otros Vs. Panamá”. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72; párrafos 124 y 129.
- Corte IDH. “Almonacid Arellano y otros Vs. Chile”. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154; párrafo 126.
- Corte IDH. “De La Cruz Flores Vs. Perú”. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de noviembre de 2004. Serie C No. 115; párrafo 118.
- Corte IDH. Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos); párrafo 52.
- Corte IDH. Opinión Consultiva OC-16/99 01/10/1999, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos “El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal”; párrafo 117.
- CSJN. “Losicer, Jorge Alberto y otros c/ BCRA – Resol. 169/05 - (exp- te.105.666/86 SUM FIN 708)”. (L.216.XLV). (26/06/2012).
- CSJN. “Rodríguez Pereyra, José Luis y otra c/ Ejército Argentino s/ daños y perjuicios”. (27/11/2012). (R. 401. XLIII).
- Procuración del Tesoro de la Nación. Dictámenes 291:114; 292:105; 300:206 y 308:21bis.