

Nuevo Estado, nuevo derecho

Aportes para repensar
el derecho público argentino

Alessandra Minnicelli - Homero Bibiloni - Gabriela Stortoni
Coordinadores

Nuevo Estado, nuevo derecho

Aportes para repensar
el derecho público argentino



Alak, Julio

Nuevo Estado, nuevo derecho : aportes para repensar el derecho público argentino / Julio Alak ; coordinación general de Alessandra Minnicelli ; Gabriela Stortoni ; Homero Bibiloni. - 1a ed. adaptada. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Infojus, 2015.

456 p. ; 23 x 16 cm.

ISBN 978-987-3720-41-3

1. Derecho Público. I. Minnicelli , Alessandra, coord. II. Stortoni, Gabriela , coord. III. Bibiloni, Homero, coord. IV. Título.
CDD 340

ISBN: 978-987-3720-41-3

Nuevo Estado, nuevo derecho. Aportes para repensar el derecho público argentino
1^{ra}. edición - octubre 2015

Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Sarmiento 329,
C.P. 1041AFF, C.A.B.A.

Editado por la Dirección Nacional del Sistema Argentino de Información Jurídica.
Directora Nacional: María Paula Pontoriero

Directora de Ediciones: Laura Pereiras

Coordinadoras de contenido: María Rosa Roble - Cecilia Vanin

Responsable de diseño gráfico: Gabriela Fraga

Correo electrónico: ediciones@infojus.gov.ar

Esta publicación se encuentra disponible en forma libre y gratuita en: infojus.gob.ar

El contenido de esta publicación expresa solo la opinión de su autor y no necesariamente la del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

Todos los derechos reservados. Distribución gratuita. Prohibida su venta. Se permite la reproducción total o parcial de este libro, su almacenamiento en un sistema informático, su transmisión en cualquier forma, o por cualquier medio, electrónico, mecánico, fotocopia u otros métodos, con la previa autorización del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

AUTORIDADES



PRESIDENCIA DE LA NACIÓN

Dra. Cristina Fernández de Kirchner

MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS

Dr. Julio Alak

SECRETARÍA DE JUSTICIA

Dr. Julián Álvarez

SUBSECRETARÍA DE ACCESO A LA JUSTICIA

Lic. María Florencia Carignano

DIRECCIÓN NACIONAL DEL SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

Dra. María Paula Pontoriero

DIRECTOR



JULIO ALAK

COORDINADORES



ALESSANDRA MINNICELLI

HOMERO BIBILONI

GABRIELA STORTONI

COLABORADORA



MARIANA L. GALLI BASUALDO

PRÓLOGO



JULIO ALAK⁽¹⁾

La presente obra jurídica colectiva, *Nuevo Estado, nuevo derecho. Aportes para repensar el derecho público argentino*, nace de la necesidad de plasmar, para las generaciones futuras, parte de los logros de esta década de conmemoración del Bicentenario de nuestra Patria: ni más ni menos que la ampliación de derechos de nuestros ciudadanos y ciudadanas.

Estas páginas dan cuenta de los elementos y fundamentos que dieron origen a esos logros, alcanzados en virtud de un intenso trabajo en defensa de los DDHH y de todos aquellos otros que hacen a la dignidad humana.

De esa tarea han participado hombres y mujeres que, por distintas razones, no integran esta obra, pero acompañan nuestro quehacer diario, que dio origen a la refundación de nuestra Patria y de la Patria Grande por la cual lucharon incansablemente, hasta dar la vida, los presidentes Néstor Kirchner y Hugo Chávez Frías.

El sistema jurídico argentino se construyó en base a la aplicación de reglas jurídicas foráneas. Con el tiempo, la doctrina y la jurisprudencia consolidaron un régimen dogmático, generalmente alejado de la problemática local. Así, el sistema constitucional de 1853, basado en la Constitución de EEUU (con algunas notas de lo regional en relación al sistema presidencialista tomadas de la Constitución de Chile) convivió con un derecho interno —público o privado— formado en las fuentes del sistema continental europeo.

En definitiva, se generaron dos sistemas de derecho contradictorios y, *prima facie*, incompatibles. Por un lado, uno con fundamento en el *common law* y las reglas del derecho anglosajón. Por el otro, un sistema de base

(1) Ministro de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

romana, codificado, recibido, previa factura hispánica, con aires del derecho francés napoleónico y algunas influencias del derecho alemán.

Este régimen jurídico, por lo tanto, estaba lejos de configurar un sistema vernáculo y con raíces latinoamericanas. Recién en 1994, con la reforma de la Constitución Nacional, comenzó a desarrollarse un cuerpo legal autóctono que recibió un impulso monumental a partir de 2003.

Esta respuesta se inspiró en la excelente Constitución de 1949, que consagraba los derechos sociales como objeto a custodiar para garantizar el bienestar del pueblo. Esta norma fundamental, sancionada durante el primer gobierno de Juan Perón, establecía el rol de un Estado presente y activo, garante —incluso— de la prestación de los servicios públicos.

En este sentido, vale la pena recordar el art. 39 CN: "El capital debe estar al servicio de la economía nacional y tener como principal objeto el bienestar social. Sus diversas formas de explotación no pueden contrariar los fines de beneficio común del pueblo argentino".

1. Derecho constitucional de los derechos humanos

Entre la normativa que ha enriquecido el derecho nacional, debe destacarse la jerarquía constitucional de los derechos humanos, la incorporación de los tratados internacionales y la tutela de nuevos derechos en materia de servicios públicos, cuidado del medioambiente y derechos colectivos, cuya existencia el Estado garantiza.

El camino recorrido por el Estado argentino, especialmente a partir de los gobiernos de los Presidentes Néstor Kirchner y Cristina Fernández de Kirchner, ha colocado a nuestro país en una posición de liderazgo a nivel global en la construcción de un orden internacional más justo.

Hoy, la nueva dimensión de la justicia se construye a través del aseguramiento de los derechos humanos, algo que es propio de nuestro sistema actual. En efecto, a más de 30 años de la recuperación democrática y a casi 12 de la reapertura de las causas judiciales, es posible afirmar que no hay precedente de una política de acción penal y juzgamiento de un fenómeno criminal como el que se ha llevado a cabo en el país respecto de los delitos contra la humanidad.

Otro de los grandes logros de Argentina en materia de derechos humanos se refleja en el proyecto de reforma del Código Penal, que introduce

como Título Primero a los Delitos Contra la Humanidad, convirtiendo a nuestro país en uno de los pocos en el mundo y el único en la región en establecerlo de esa manera.

2. Un derecho autóctono

La elaboración del Anteproyecto de nuevo Código Penal estuvo cargo de una comisión que, presidida por el entonces Ministro de la Corte Suprema, E. Raúl Zaffaroni, reunió a destacados juristas de las principales fuerzas políticas: Ricardo Gil Lavedra (UCR), Federico Pinedo (PRO), León Carlos Arslanián (PJ) y María Elena Barbagelata (Socialismo).

La iniciativa, que recupera un cuerpo normativo que había sido desbaratado por innumerables reformas parciales, fue sometido a la evaluación de expertos de todas las universidades nacionales.

De esta recuperación del ordenamiento jurídico forma parte también el nuevo Código Civil y Comercial (CCyC), que vino a reemplazar al Código de Vélez Sarsfield —sancionado en 1869, vigente desde 1871 (es decir, casi un siglo y medio atrás) y aprobado “a libro cerrado”—.

Es importante destacar el contexto y los antecedentes de la elaboración y la sanción del nuevo Código Civil y Comercial:

- El Código de Vélez Sarsfield, inspirado en el Código Civil napoleónico de 1804, fue concebido como la pieza central del derecho privado que regularía las relaciones entre los particulares, derivado de los procesos de codificación inspirados en el derecho europeo continental.
- Luego de más de 140 años de su entrada en vigencia, debía ser actualizado de acuerdo a la nueva visión del Hombre y el Estado establecida en la Constitución de 1994.
- Todos los intentos de aggiornamiento o unificación de lo civil y lo comercial habían fracasado.
- El Código Civil y Comercial unificado demandaba, sin dudas, la intervención de una comisión de juristas, que este caso estuvo integrada por 150 especialistas.
- El nuevo Código debía incorporar la visión de los derechos de todos, en armonía, abandonando la visión individualista del Código anterior —que, por ejemplo, en sus albores, no trataba a la propiedad en función de lo social y reconocía la posibilidad de su uso abusivo—.
- La construcción de un Código moderno y democrático tenía que sostener los nuevos derechos y las nuevas garantías consagrados en la Constitución

de 1994, en los tratados y convenciones internacionales, en los antecedentes de reformas integrales y en leyes como las de Identidad de Género, Salud Mental y Matrimonio Igualitario.

- Debía garantizar la identidad cultural propia e incorporar el reconocimiento de los derechos de los pueblos originarios y su propiedad comunitaria, así como una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado.
- También, fortalecer la protección de la persona humana a través de los derechos fundamentales, los derechos de incidencia colectiva, la tutela del niño, de las personas con capacidades diferentes, de la mujer, de los consumidores y de los bienes ambientales.
- Además, debía establecer una verdadera ética de los vulnerables, vedando todo tipo de discriminación en razón de género y de orientación sexual; reconocer los derechos de incidencia colectiva, en consonancia con la Constitución Nacional, con directa protección de los recursos naturales, y reconocer la realidad de una sociedad multicultural.

En este proceso histórico de actualización jurídica se destaca también un conjunto de leyes recientemente sancionadas a instancias del Poder Ejecutivo, que constituyen avances significativos.

La Ley de Responsabilidad del Estado, que permite el paso del régimen jurisprudencial a otro de base legal, brinda mayor previsibilidad jurídica a las relaciones de las autoridades públicas con los particulares y permite que el Estado sea juzgado por reglas y estándares normativos propios del derecho público.

La Ley de Regulación de Medidas Cautelares en los Casos en los que el Estado es Parte o Interviene, que apunta a terminar con el negocio y la inmoralidad de las medidas cautelares eternas y limita este aspecto de los procedimientos judiciales contra el Estado, de la misma manera que lo hacen todas las provincias argentinas y la Ciudad de Buenos Aires, a través de sus respectivos códigos de Procedimiento Contencioso Administrativo.

El paquete de leyes de defensa del consumidor, que modifica y actualiza las disposiciones en materia de abastecimiento; crea el Observatorio de Precios y Disponibilidad de Insumos, Bienes y Servicios; y establece el Fuero del Consumidor, que contempla un servicio de conciliación previa y de auditorías.

A esta visión se agrega la reforma del Código Procesal Penal de la Nación, que gira la mirada a lo local y regional en el marco de una visión política de cambio que se viene gestando en toda Latinoamérica; establece

el modelo de enjuiciamiento acusatorio; y tiene como objetivo central construir un modelo de persecución y enjuiciamiento penal eficiente, que amplía los derechos de la víctima y respeta los derechos y garantías del imputado y de los demás intervenientes en el proceso penal. Así, se ha optado por sustituir el modelo inquisitivo reformado, de raigambre colonial, por un modelo acusatorio que se vale de la experiencia del proceso de reforma en América Latina y de las provincias argentinas.

3. Derecho Internacional desde la Reafirmación Nacional

En esta revisión del nuevo derecho, en el marco del Consejo de Derechos Humanos se destaca la introducción en la agenda internacional del tema “derecho a la verdad”, cuyo desarrollo se centra en la prevención de las violaciones masivas de DDHH en el mundo. Desde el año 2009, presentamos iniciativas sobre genética forense y derechos humanos, colocando así a nuestro país en una posición de liderazgo internacional.

En el marco del fortalecimiento y evolución del Mercosur y la Unasur, hoy se encuentra en pleno debate la creación de una Corte Penal Suramericana, cuyo objetivo es combatir la delincuencia organizada transnacional con políticas públicas que afiancen la soberanía jurídica de nuestros Estados.

Se resalta aquí el instituto de la denominada **prórroga de jurisdicción** en tribunales internacionales, mecanismo recurrentemente empleado por nuestro país para aceptar la jurisdicción de tribunales internacionales de distinta índole. Ello, ya que una cosa es la prórroga de jurisdicción a favor de organismos regionales o de integración, y otra es la prórroga de jurisdicción en ámbitos de protección del derecho patrimonial, donde nuestra historia con los organismos internacionales reconoce menos luces.

El neoliberalismo trazó para la República Argentina un proyecto que no tuvo ningún prurito en aceptar jurisdicción internacional —principalmente la arbitral— de quienes, bajo el paraguas de un aparente reclamo de mayor seguridad jurídica, buscaron únicamente mayores beneficios en tribunales mal considerados imparciales e independientes.

Por ello, nuestro país ha promovido instancias más justas y más equilibradas, donde los derechos y las obligaciones de todas las partes involucradas en una disputa se encuentren efectivamente garantizadas. En los tratados sobre inversiones extranjeras se establecieron derechos exorbitantes a los inversores extranjeros y se fijaron las condiciones para que pudieran

demandar directamente a la Argentina ante tribunales internacionales de arbitraje, como el CIADI, sin necesidad de poner en marcha el histórico mecanismo de la protección diplomática. En este contexto, es relevante la negociación que llevan a cabo los países de la Unasur para crear un Centro de Solución de Controversias en materia de Inversiones.

En igual sentido, es menester recuperar el objetivo de aplicar la normativa local en las reglas de colocación de deudas en el mercado internacional, ya que emitir deuda pública en Nueva York, Londres, Frankfurt, Milán o Tokio implica, muchas veces, si las condiciones macroeconómicas del país son débiles y si el monto a colocar de títulos públicos es alto o si existe urgencia por obtener financiamiento, la necesidad de aceptar un banco de inversión que actúe como agente colocador en los mercados de la deuda soberana, y que dichos títulos estén sometidos a jurisdicción legal de las plazas que prestan los fondos y/o compran esos valores.

Argentina, que hoy cuenta con un bajo nivel de endeudamiento en moneda extranjera en relación a su PBI (de entre el 12 y el 18%), con una macroeconomía estable desde hace 12 años, bajo desempleo y un mercado interno robusto, puede solicitar fondos en el mercado global exigiendo que los instrumentos representativos de esa deuda sean regulados por legislación argentina. Un ejemplo de ello es la última emisión de deuda, que somete parte de ella a la jurisdicción nacional.

Nuestro país es hoy un buen ejemplo en ese sentido. Ha podido reestructurar el 92,40% de su deuda en default, heredada por este Gobierno, sin afectar el crecimiento de su economía; y asociar el crecimiento al empleo, al salario y a la protección social. Naturalmente, el ataque especulativo de los fondos buitres cuestiona este modelo de reestructuración de deuda soberana por el interés económico usurario en los reclamantes y por el efecto “demostración” para otras naciones endeudadas de cómo enfrentar al capital financiero global.

Es necesario que el concepto de equilibrio vuelva a surgir para que las decisiones sean lo más justas posibles; ese es nuestro deber. Por eso, celebro el camino recorrido. Quedan aún desafíos por abordar, pero estoy convencido de que dejamos las bases de un nuevo derecho constitucional, administrativo, civil, comercial y penal más humano, más igualitario y más justo. Dejamos un nuevo Estado.

Eso nos hace soberanos y, por eso, más libres.

PALABRAS PRELIMINARES



JULIÁN ÁLVAREZ⁽¹⁾

Desde el año 2003, la Argentina encaró un proceso político inclusivo económico, social y cultural que permitió que nuestro país saliera de la profunda crisis en la que estaba sometido como consecuencia de la aplicación de políticas neoliberales que habían dejado a más de la mitad de la sociedad argentina sumida en la pobreza. Así, a través de distintas políticas públicas, los gobiernos de los Presidentes Néstor Kirchner y Cristina Fernández de Kirchner promovieron una profunda transformación social y expansión de derechos que, a su vez, motivaron diversas iniciativas legislativas cuyo objetivo fue acompañar dichos avances y consolidar la seguridad jurídica para el presente y las futuras generaciones.

El presente libro, *Nuevo Estado, nuevo derecho. Aportes para repensar el derecho público argentino*, plasma los principios y fundamentos jurídicos que dan sustento a las referidas innovaciones en materia legislativa, constituyéndose en una obra fundamental para conocer, analizar y debatir la incidencia que la ampliación de derechos, la inclusión social y el aseguramiento de los derechos humanos tuvieron en el campo del derecho público, pero también en la sociedad argentina toda.

Toda vez que la presente obra se propone el estudio de los aportes que, desde la gestión pública, se llevaron a cabo para que el sistema jurídico sea más justo e inclusivo, creemos necesario realizar una breve mención de las principales políticas públicas que se concretaron en materia jurídica:

1. Digesto Jurídico Argentino: Representa el cumplimiento de la máxima obra de consolidación jurídica cuyo fundamento estriba en las disposiciones

(1) Secretario de Justicia de la Nación.

de los arts. 24 y 75, inc. 12 CN —de los que emana el mandato de actualizar la legislación y dictar los Códigos en cuerpos normativos unificados o separados— y que tuvo un único antecedente en la historia argentina.⁽²⁾

El *Digesto* constituyó un trabajo de depuración que permitió eliminar todas las normas caducas, las derogadas en forma expresa e implícita, y aquellas otras que fueron unificadas con normas posteriores sobre la misma materia. Así, de un total de 32.207 normas generales relevadas, se concluyó que, al 31 de mayo de 2011, solamente se encontraban en vigencia 3134 de alcance general.

Con la elaboración del *Digesto Jurídico Argentino*, el Gobierno concreta una obra de consolidación legislativa que simplifica y sistematiza la legislación vigente; facilita el conocimiento del derecho y el acceso a los derechos individuales —lo que conlleva una democratización del derecho en general—; otorga seguridad y previsibilidad al sistema jurídico; y realiza un invaluable aporte al proceso de fortalecimiento de la calidad institucional de la Argentina, acompañando la dimensión histórica de los tiempos del Bicentenario de nuestra Patria.

2. Código Civil y Comercial de la Nación: La transformación social y expansión de derechos que impulsó el Poder Ejecutivo Nacional significó un proceso de modernización sin precedentes de la legislación del país, que incluye iniciativas tales como la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual; Ley de Matrimonio Igualitario; Ley de Identidad de Género; Ley Nacional de Salud Mental; Ley de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres; Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas/os y Adolescentes; Ley de Prevención y Sanción de la Trata de Personas y Asistencia a sus Víctimas; Ley de Muerte Digna, entre otras.

No obstante, uno de los ejemplos más emblemáticos de esa voluntad política transformadora del Poder Ejecutivo Nacional, de su compromiso con la consolidación de las instituciones y la seguridad jurídica para el presente y las futuras generaciones, fue la aprobación del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (CCyC).

(2) La obra de recopilación y ordenamiento de 100 años de legislación nacional (1854-1954) aprobada por el Senado de la Nación el 12 de mayo de 1955, en cumplimiento de lo dispuesto en el Segundo Plan Quinquenal de la presidencia del General Juan Domingo Perón, trabajo que quedó sin efecto en virtud del decreto-ley 356/1955 dictado por el gobierno de facto militar que había usurpado el poder.

Teniendo siempre como norte la necesidad de ampliar el sistema jurídico con más y mejores derechos, el CCyC fue elaborado sobre la base de dos pilares fundamentales: la recepción en la normativa civil y comercial de las prescripciones del ordenamiento jurídico constitucional vigente en la Argentina y la adecuación del derecho privado a la realidad social de los tiempos que corren.⁽³⁾

Nunca en nuestra historia se había dado un proceso tan participativo, tan democrático, tan amplio y tan plural de discusión y debate en torno a una de las piezas centrales del sistema jurídico. En tal sentido, el camino transitado hasta alcanzar la aprobación del nuevo cuerpo normativo resulta especialmente relevante y dice mucho sobre nuestra madurez democrática: la participación, en el ámbito del Congreso de la Nación, se concretó en una gran cantidad de audiencias públicas destinadas a la recepción de ponencias y al debate de las normas propuestas, que se llevaron a cabo a lo largo de dos años.

En definitiva, se logró con éxito aprobar un Código que se nutre de la realidad, que no la niega y que, por el contrario, la recepta y la regula. Un Código de la libertad, pero también de la igualdad y de la fraternidad. Un Código para una sociedad multicultural —nuestra sociedad del siglo XXI— en la que debe haber espacio normativo para el plan de vida de todos y todas. Un Código inclusivo y no excluyente.

3. Anteproyecto de Código Penal de la Nación: Mediante el decreto 678/2012, la Presidenta Cristina Fernández de Kirchner creó la “Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal” que, presidida por el entonces Ministro de la Corte Suprema de la Nación, Raúl E. Zaffaroni, funcionó con el apoyo técnico y organizacional del Ministerio de Justicia de la Nación.

De conformación multipartidaria, la Comisión buscó construir un texto a través del debate y consenso de las distintas fuerzas políticas, reconociendo así al Código Penal como el apéndice indispensable de la Constitución. Después de dos años de trabajo —que incluyó consultas a distintas instituciones académicas, universidades, organismos públicos y organizaciones

(3) Tanto el Código Civil como el Código de Comercio, que el nuevo Código reemplaza, constituyen cuerpos normativos gestados al abrigo de otros tiempos: pese a las numerosas modificaciones que se les introdujeron a lo largo de los años, sus previsiones habían quedado desfasadas respecto de la realidad actual. Recuérdese que el Código Civil, obra del Dr. Dalmacio Vélez Sarsfield fue sancionado el 25 de septiembre de 1869 y entró en vigencia el 1º de enero de 1871, mientras que el Código de Comercio se remonta a 1863.

civiles y juristas; y aportes de especialistas, docentes, profesores e investigadores—, el 13 de febrero de 2014 la Comisión presentó el Anteproyecto de Código Penal ante la Presidenta.

La confección de un nuevo Código Penal pretende cubrir la urgente necesidad de reunir en un solo cuerpo normativo toda la legislación vigente en la materia, ofreciendo así una solución al maltratado Código Penal de 1921 que, actualmente irreconocible, ha sufrido a lo largo del último siglo y a través de más de 900 modificaciones parciales, múltiples modificaciones que redundaron en un grado inadmisible de dispersión, contradicción y desproporción.

Es por ello que la relevancia de dicho Anteproyecto radica en que recomponen toda la legislación penal vigente en una única obra, al tiempo que corrige, sistematiza, organiza y precisa el texto del Código, lo que aporta previsibilidad y claridad al derecho penal.

4. Democratización de la justicia: Con miras a garantizar una adecuada prestación del servicio de justicia, se aprobaron seis leyes que, aunque diversas en sus campos de regulación, tienen como denominador común el objetivo de democratización de la justicia: la ley 26.853, que crea Cámaras Federales de Casación; la ley 26.854, que regula las medidas cautelares en los procesos en los que el Estado nacional o alguno de sus entes descentralizados sea parte; la ley 26.855, que modifica el Consejo de la Magistratura; la ley 26.856, que establece la publicación íntegra de acordadas y resoluciones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) y tribunales de segunda instancia; la ley 26.857, sobre la presentación Declaraciones Juradas Patrimoniales Integrales; y la ley 26.861, acerca del ingreso democrático e igualitario de personal al Poder Judicial de la Nación y al Ministerio Público de la Nación.

5. Responsabilidad del Estado. Mediante la ley 26.944, se estableció el ordenamiento destinado a regir la responsabilidad del Estado por los daños que su actividad o inactividad pudiera producir a los bienes o derechos de las personas. Así, se consolidó uno de los principios cardinales que dan fundamento al Estado constitucional de derecho vigente en la República y se definió el tránsito de un régimen jurisprudencial a otro de base legal.

En efecto, la Ley de Responsabilidad del Estado definió un régimen normativo propio del derecho administrativo en el que se consagró, de modo ordenado y sistemático, la consolidada jurisprudencia labrada por la CSJN con posterioridad a 1984, que había caracterizado al régimen de

responsabilidad del Estado con dos notas particulares: la autonomía y su carácter esencialmente local.

El sistema normativo de responsabilidad estatal exhibe modulaciones respecto del régimen jurídico de la responsabilidad patrimonial consagrada en el derecho privado, pues mientras en el derecho civil la responsabilidad focaliza su mirada en la víctima del daño, en el derecho público se tienen en cuenta los intereses de la víctima en armonía con los intereses públicos.

Al constituir la responsabilidad del Estado una cuestión propia del derecho administrativo, su regulación particularizada mediante normas y reglas propias de esa disciplina responde a la autonomía adquirida respecto del derecho privado, al tiempo que conforma un régimen normativo específico que aventa los riesgos de la cambiante interpretación sobre cuál es el alcance de la responsabilidad estatal, permitiendo que el Estado sea juzgado por reglas y estándares normativos propios del derecho público.

6. Nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Representa una reforma central del procedimiento penal en tanto consagra el sistema acusatorio para la investigación y el juzgamiento de las conductas delictivas. Por medio de esta modernización del procedimiento penal, se deja atrás el cuestionado sistema predominantemente inquisitivo, dando respuesta así a la postergada necesidad de superar, en el orden federal, un modelo de enjuiciamiento que no había logrado dar respuestas judiciales ágiles y efectivas —deuda que, a la luz de las sucesivas reformas llevadas a cabo en muchas provincias, se había tornado evidente—.

Entre las innovaciones del Código Procesal Penal de la Nación (CPPN) pueden mencionarse: la enunciación integral del sistema de garantías y la inclusión —en un Título específico— de aquellos derechos y garantías regulados en la CN y en diversos instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos; la incorporación de los principios de celeridad, oralidad, publicidad y desformalización de las decisiones, con el objetivo de resguardar las garantías constitucionales del debido proceso y de la defensa en juicio; el establecimiento de una duración máxima de dos años para todo el procedimiento y de seis meses para la etapa preparatoria (sin perjuicio de las prórrogas específicamente autorizadas o de los plazos previstos para la investigación de asuntos complejos); la atribución de la tarea investigativa de hechos susceptibles de constituir delitos de acción pública al Ministerio Público Fiscal —lo que le reserva a los jueces solo la función que les es

propia—; la consagración expresa del carácter voluntario de la declaración —y la obligación de que se lleve a cabo en presencia del defensor o que lleve su rúbrica, si se realiza por escrito—; el establecimiento del principio general de libertad durante el proceso, con el fin de evitar que el encierro cautelar se aplique mecánicamente; la previsión del juicio por jurados para casos en los cuales la pretensión punitiva del Ministerio Público supere los ocho años.

7. Implementación del Código Procesal Penal de la Nación. Con la finalidad de dotar de operatividad plena las reformas introducidas por el CPPN, y por iniciativa del bloque de legisladores del FpV y del Poder Ejecutivo Nacional, el Poder Legislativo sancionó la ley 27.145, sobre procedimientos para la designación de subrogantes; la ley 27.146, sobre organización y competencia de la Justicia Federal y Nacional Penal; la Ley 27.148 Orgánica del Ministerio Público Fiscal; la Ley 27.149 Orgánica del Ministerio Público de la Defensa y la ley 27.150, sobre la implementación del Código Procesal Penal de la Nación.

Con la sanción de las referidas leyes se procuró alcanzar el máximo grado de efectividad y eficiencia en materia de administración y organización de los recursos públicos inherentes al sistema de justicia penal, con el fin último de afianzar un cambio estratégico con visión de futuro que permita fortalecer la legitimidad y la transparencia de este servicio público fundamental.

8. Nueva legislación en materia de defensa del consumidor, producción y comercialización de bienes y servicios. Con el fin de dotar de operatividad al art. 42 CN garantizando el derecho de consumidores y usuarios a satisfacer sus necesidades, y de prevenir abusos en perjuicio de la parte vulnerable en las relaciones de consumo, el Poder Legislativo sancionó tres leyes promovidas por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas: la Ley 26.991 de Nueva Regulación de las Relaciones de Producción y Consumo; la Ley 26.992 sobre la Creación del Observatorio de Precios y Disponibilidad de Insumos, Bienes y Servicios; y la Ley 26.993 de Sistema de Resolución de Conflictos en las Relaciones de Consumo. Se trata de normas que, junto a la puesta en marcha de mecanismos de observación del comportamiento del sistema de precios y del grado de concentración económica, buscan empoderar al consumidor, generalmente la parte más desprotegida de las relaciones de consumo.

ÍNDICE



Principios de derecho administrativo y eficacia. La convergencia entre políticas públicas y acciones de responsabilidad social como ejes de reflexión. ALESSANDRA MINNICELLI p. 1

La dimensión transnacional del derecho administrativo. GABRIELA STORTONI p. 15

- | | |
|---|-------|
| 1. Introducción | p. 15 |
| 2. La importancia de los tratados internacionales antes de la Reforma de la Constitución de 1994 | p. 17 |
| 3. Los tratados internacionales en la Constitución reformada | p. 25 |
| 4. Integración regional y desarrollo | p. 30 |
| 5. Los tratados sobre derechos humanos y el impacto en la función administrativa | p. 46 |
| 6. Otras cuestiones relativas al impacto de los tratados de derechos humanos en el derecho administrativo | p. 49 |
| 7. Palabras finales | p. 59 |

Sustentabilidad ambiental real o dogmatismo jurídico academicista. HOMERO M. BIBILONI p. 61

- | | |
|---|-------|
| 1. Ambiente, ecosistemas, actores e intereses | p. 61 |
| 2. La idealización de lo ambiental con abstracción de sus enclaves concretos... p. 65 | |
| 3. Predicación de un deber ser principista y iuspositivista formal..... p. 66 | |
| 4. Sinceramiento académico conceptual | p. 68 |
| 5. Política y ambiente | p. 69 |
| 6. Ambiente, administración y derecho administrativo..... p. 70 | |
| 7. Dos precedentes históricos claves poco referidos en la doctrina ambiental argentina..... p. 70 | |
| 8. La nueva cuestión federal planteada por la CN (1994) | p. 73 |

9. Herramientas clásicas y aplicaciones novedosas para adecuar los medios a los fines y al objeto.....	p. 74
10. El ambiente como activo estratégico e intangible económico para preservar la ambición de los mercados.....	p. 75
11. Relevancia de un documento político casi ignorado: el acta de Gualeguaychú	p. 76
12. Doble amenaza.....	p. 78
13. ¿Hay opciones?	p. 81
14. Conclusiones.....	p. 83

Derecho Constitucional

La subordinación de la economía a la política. MARIANA GALLI BASUALDO y FELIPE GONZÁLEZ ARZAC	p. 87
1. Subordinación de la economía como arte ministerial de la política.....	p. 87
2. La desviación de la economía	p. 88
3. La apología del mercado y el neoliberalismo frente a los cambios del sistema..	p. 89
4. Breve referencia histórica y observación sobre los cambios sistémicos. Prevenciones. Argentina después de la crisis de 2001	p. 91

Defensa de la soberanía nacional. ALFREDO ERIC CALCAGNO	p. 95
--	-------

1. Introducción	p. 95
2. La teoría.....	p. 95
3. La práctica	p. 98
4. La historia	p. 100
5. La lucha del futuro: defender la soberanía.....	p. 106
6. Algunas conclusiones.....	p. 113

Descolonización y poder punitivo. E. RAÚL ZAFFARONI	p. 115
--	--------

Fundamentos del Estado. Notas sobre la regla de subordinación al derecho de la Constitución en la Argentina, Brasil, Colombia, Ecuador y México. RAÚL GUSTAVO FERREYRA.....	p.135
--	-------

1. Referencias iniciales	p. 135
2. Estrategia argumentativa	p. 139
3. Marco teórico	p. 140
4. La Constitución, cuarto elemento del Estado.....	p. 140
5. Las reglas constitucionales	p. 141

6. Regla sobre la subordinación	p. 145
7. Formulación y representación normativa de la regla sobre la subordinación ...	p. 153
8. Comentarios finales.....	p. 173

República, democracia y proceso. EFRAÍN QUEVEDO MENDOZA..... p.175

1. Localización del problema	p. 175
2. Dificultades desde la ciencia política.....	p. 179
3. La legitimación democrática del Poder Judicial.....	p. 183
4. Las exigencias del sistema republicano	p. 195

Derecho Administrativo

Violencia contra las mujeres. De la intimidad al estado público. SILVINA E. ZABALA

p. 201

El desafío de la eficacia en el paradigma de los derechos humanos fundamentales. El nuevo derecho que preanuncia el nuevo Estado. DIANA CAÑAL.....

p. 207

1. Los cambios en la realidad y su repercusión jurídica	p. 207
2. El paradigma de los derechos humanos fundamentales.....	p. 211

Control interno del Estado. Control concomitante. DANIEL REPOSO...p. 217

1. Introducción	p. 217
2. Misión, visión y valores de la SIGEN	p. 221
3. Funcionamiento	p. 221
4. Red Federal de Control Público	p. 227
5. Responsabilidad social y formación profesional.....	p. 232
6. Conclusión.....	p. 234

Responsabilidad social de los jueces. WALTER F. CARNOTA..... p. 235

1. Introducción	p. 235
2. El problema	p. 236
3. Para empezar: el precedente	p. 237
4. Para continuar: la argumentación	p. 239
5. La ponderación	p. 241
6. En la división de poderes.....	p. 241

7. La aparición del Ministerio Público	p. 242
8. Síntesis conclusiva	p. 243
La debilidad de la Administración. OSVALDO GUGLIELMINO	p. 245
1. Introducción	p. 245
2. La justicia cautelar	p. 246
3. Los amparos	p. 248
4. El daño que le hacemos al Estado cuando tenemos el poder es siempre circunstancial	p. 248
El Plan Energético Nacional 2004-2019. El marco regulatorio como sustento del cambio de paradigma nacional. RAFAEL ENRIQUE LLORENS, PABLO EMILIO CAMPI y ADRIÁN MARCELO BELLONE	p. 251
1. Introducción	p. 251
2. La construcción de la soberanía petrolera	p. 253
3. La recuperación de los recursos gasíferos	p. 257
4. Gas, electricidad y energía nuclear	p. 260
5. La reactivación del sector nuclear	p. 264
6. Invirtiendo en el futuro: las energías renovables	p. 265
7. Conclusiones.....	p. 265
Federalismo: descentralización de la obra pública. RAFAEL ENRIQUE LLORENS y MARÍA JOSÉ VILARIÑO	p.269
1. Introducción	p. 269
2. Desarrollo	p. 270
3. Conclusiones.....	279
Las Leyes de Responsabilidad del Estado y de Medidas Cautelares contra el Estado frente al principio de progresividad de los derechos sociales. PABLO OCTAVIO CABRAL	p.281
1. Introducción	p. 281
2. Concepciones hegemónicas y contrahegemónicas de los derechos humanos	p. 283
3. Las leyes nacionales en cuestión.....	p. 285
4. Postura doctrinaria en estudio	p. 287
5. El principio de progresividad y no regresividad en materia de derechos sociales	p. 288

6. Derechos protegidos por las leyes 26.944 y 26.854.....	p. 301
7. ¿El principio de progresividad se aplica a los derechos civiles?	p. 302
8. Conclusiones.....	p. 307

Medidas cautelares frente al Estado. Descripción y criterios jurisprudenciales sobre la ley nacional 26.854. JOSÉ IGNACIO LÓPEZp.309

1. Introducción	p. 309
2. La importancia de las medidas cautelares y su jerarquía constitucional	p. 310
3. Antecedentes mediatos e inmediatos.....	p. 311
4. Novedades del nuevo régimen de medidas cautelares en causas en las que el Estado es parte	p. 313
5. Conclusiones provisorias	p. 330

El régimen jurídico del sistema ferroviario. GABRIELA STORTONI y MARTÍN FERREIRO.....p.331

1. Introducción	p. 331
2. Breve referencia al régimen jurídico del transporte ferroviario en Argentina... p. 332	
3. Las concesiones y los procedimientos de readecuación contractual	p. 339
4. El régimen de la ley 26.352 y los nuevos procedimientos administrativos en materia ferroviaria	p. 347
5. La ley 27.132. La política de reactivación de los ferrocarriles de pasajeros y de cargas, renovación y mejoramiento de la infraestructura, incorporación de tecnologías y servicios	p. 359
6. Palabras finales	p. 370

Derecho administrativo y grupos desventajados. Los servicios jurídicos gratuitos de asesoramiento y patrocinio. JUAN IGNACIO AZCUNE y VÍCTOR EMIR LAFALCE.....p.371

1. Introducción	p. 371
2. La crisis del Estado de bienestar.....	p. 373
3. La teoría de los derechos humanos y sus garantías	p. 380
4. La nueva justicia contencioso administrativa de la provincia de Buenos Aires. Notas estructurales.....	p. 383
5. Justicia administrativa y tutela judicial efectiva en las provincias argentinas..p. 385	

6. El Ministerio Público Fiscal y Ministerio Público de la Defensa de la Nación en la defensa de los derechos humanos	p. 385
7. La tutela judicial efectiva y la posibilidad económica de alcanzar los servicios jurídicos de asesoramiento y patrocinio.....	p. 388
8. Conclusión.....	p. 393

Derecho Civil y Comercial

Protección cautelar del activo concursal. CARLOS DANIEL CREMASCHI	p.399
--	-------

1. Introducción	p. 399
2. El concurso preventivo: noción y notas distintivas	p. 400
3. La ineficacia en el concurso preventivo	p. 402
4. Ineficacia y acreedor postconcursal: deficiente regulación legal.....	p. 404
5. Casuística: inconvenientes comunes e ineficacia	p. 407
6. La problemática en la quiebra y en otras legislaciones	p. 410
7. Proposición de una solución preventiva.....	p. 413
8. Conclusión.....	p. 415

El Código Civil y Comercial vinculado al Federalismo Fiscal. Prescripción liberatoria e impacto en el derecho administrativo local. JERÓNIMO DE LA ARENA	p.417
---	-------

1. Introducción	p. 417
2. La prescripción en el Código Civil y Comercial	p. 418
3. Modificaciones generales	p. 418
4. Las novedades de alcance temporal	p. 419
5. Prescripción de tributos provinciales	p. 420
6. Recorrido jurisprudencial	p. 421
7. El cambio de paradigma.....	p. 426
8. ¿Quién establece el modo de contar el plazo, suspenderlo o interrumpirlo?..	p. 428
9. Aplicación anticipada del Código Civil y Comercial	p. 430
10. Conclusiones.....	p. 431



Principios de derecho administrativo y eficacia

La convergencia entre políticas públicas y acciones de responsabilidad social como ejes de reflexión

ALESSANDRA MINNICELLI⁽¹⁾



En primer lugar, quiero agradecer la posibilidad de participar de este trabajo y destacar la iniciativa colectiva de crear este primer documento de trabajo —al que se sumarán seguramente otros, juntos a más colegas y profesionales de distintas áreas del Estado nacional, provincial y municipal— porque es un ámbito necesario de reflexión y de profundización en una temática tan atractiva, dinámica y multifacética como es el derecho administrativo como herramienta para innovar y adaptarse a los tiempos y, con ello, a las nuevas formas de control y de gestión que, desde el Estado, se han dado en las últimas décadas y que han ido configurando un nuevo Estado y un nuevo derecho.

He puesto como título **Principios de derecho administrativo y eficacia y, como bajada, La convergencia entre políticas públicas y acciones de responsabilidad social como ejes de reflexión**, no solo porque esta ha sido

(1) Abogada (UBA). Doctora en Derecho (Universidad de Salamanca). Ex Síndica General Adjunta de la Nación. Docente. Investigadora (FCE-UBA). Consultora Unidad de Investigación y Transferencia en Responsabilidad Social Institucional. Grupo de Estudio de Trabajo y la Producción. Universidad Tecnológica Nacional (UTN). Presidenta FONRES S.A. y Fundación Observatorio de la Responsabilidad Social (FORS).

mi evolución personal en la temática, sino porque creo que la eficacia y el compromiso de todos con la responsabilidad social —la corresponsabilidad—, es uno de los objetivos más firmes a los que debe apuntar el Estado de bienestar, el Estado eficaz, el Estado inteligente y, con ese norte, es que hay que pensar creativamente en las políticas públicas que esta forma de gestionar el Estado genera; y también porque creo que la cohesión social, la sustentabilidad (como equilibrio entre hombre-naturaleza y economía) y el desarrollo local, que son la prioridad por las que trabajo día a día, son la forma de trabajo con la que debe encarar su tarea el Estado y es la forma responsable con la que el resto de los actores de la sociedad deben promover las acciones de responsabilidad social (RS).

Voy a dejar planteados aquí, tres temas para que queden abiertos a la reflexión y al debate y que creo deben ser materia de estudio en las escuelas de gobierno, en las casas de altos estudios, en las universidades, en los institutos y centros de capacitación; y deben estar presentes en cada actividad formativa de ciudadanos y profesionales competentes y comprometidos con la búsqueda de ciencia responsable, lúcida y abierta a la solución de los problemas sociales y ambientales de la humanidad y, en paralelo, abiertas a un desarrollo innovador y sostenible, si queremos que, tanto las acciones positivas desde el Estado, como las acciones de RS tengan el necesario arraigo local, en la realidad de cada rincón de nuestro país.

1. El primer punto para la reflexión está vinculado a las políticas públicas vistas desde el derecho administrativo, con base en los principios generales del derecho administrativo y, en especial, sobre el principio de eficacia.
2. El segundo será sobre la ligazón entre políticas públicas y responsabilidad social. Voy a hablar de su necesaria convergencia o complementariedad, que es el planteo que hacemos desde la Fundación Observatorio de Responsabilidad Social (FORS).
3. El tercero es una conclusión y una búsqueda que quiero compartir.

Mi tesis doctoral en Salamanca lleva por título “Principios Generales y Políticas Públicas: herramientas del derecho administrativo para optimizar la satisfacción de necesidades y universalizar los derechos humanos en un Estado eficaz”.⁽²⁾ Ese trabajo tiene mucho que ver con mis años de profesión, es el marco teórico de mi trabajo en la profesión. Trabajé en control

(2) *Principios generales y políticas públicas. Herramientas del derecho administrativo para optimizar la satisfacción de necesidades y universalizar los derechos humanos en un Estado eficaz*, La Ley, 2013.

y en gestión desde el Estado y hoy trabajo fuertemente para difundir un concepto que desarrolle la ligazón que existe o que debe existir entre las políticas públicas y la responsabilidad social.

El punto de partida ha sido relacionar el rico y vasto campo de acción de las políticas públicas, para emmarcarlas en el ámbito de los principios generales del derecho administrativo donde advertí que, habitualmente, la doctrina de los autores ha considerado a ambos objetos de estudio como áreas científicas separadas e inconexas, con grave detrimento al entendimiento integral de las políticas públicas y claramente, sobre su impacto en las comunidades. Para ello, es necesario profundizar de qué manera y con qué criterios el derecho administrativo, como ciencia jurídica de la actividad del Estado, estudia y resuelve la forma en que se desarrolla la actividad, teniendo en cuenta que la administración se organiza para la actuación de los múltiples fines del Estado.

Porque entiendo que es allí donde la objetividad de la Administración en el servicio de los intereses generales supone, en primer lugar, la aplicación objetiva, imparcial y estricta de la ley. Pero, como el interés general no resulta siempre totalmente determinado en la ley, esta se remite en ocasiones a la Administración, y surge entonces la discrecionalidad administrativa como concreción final de estos supuestos. Entonces, desde una mirada estrictamente jurídica del obrar de la Administración, de lo que sea el interés general, ha de hacerse bajo la dirección última del gobierno y en la instrumentación concreta del acto administrativo.

La base o paradigma actual es, sin duda alguna, el Estado social y democrático de derecho que, en nuestro derecho, no ha sido constitucionalmente configurado pero que debe recrearse como contexto de ideas y de experiencias que permitan focalizar el estudio de las políticas públicas desde el prisma que brinda el derecho administrativo actual, con el objeto de garantizar de la mejor manera el interés público y salvaguardar los derechos fundamentales que nosotros llamamos derechos humanos, que como dice Amartya Sen⁽³⁾ son un "privilegio" que corresponde a todos los seres humanos independientemente de su ciudadanía, nacionalidad, residencia, raza, clase o género.

(3) Ponencia del Dr. Amartya Sen, premio Nobel de Economía 1998 en la Apertura del Primer Congreso Internacional de Responsabilidad Social, publicada en la Memoria del Primer Congreso Internacional de Responsabilidad Social, 14, 15 y 16 de septiembre de 2013, Buenos Aires, Argentina, Ikon SA, distribuido gratuitamente por FORS, 2014.

Bajo tales premisas, y de conformidad con esos postulados, es que, como profesionales comprometidos con el derecho público, debemos aspirar a suministrar enfoques novedosos a categorías clásicas del derecho administrativo tales como interés público, responsabilidad de los agentes públicos y del Estado, empleo público, eficacia y eficiencia, como decantación de otras gravitantes cuestiones para el derecho público contemporáneo como la constitucionalización del ordenamiento jurídico en general, la apertura de nuevas fuentes de producción normativa oriundas del derecho comunitario; los desafíos de la descentralización territorial y los mayores niveles de participación de la sociedad civil, que exige y reclama crecientes márgenes de información y de protagonismo.

Porque claramente, y a pesar de haber sido incorporados en diversos tratados internacionales (desde la Declaración Universal de los Derechos del Hombre), en las constituciones de los países y en leyes, no han tenido una fuerza “universalista”, es decir, estas medidas jurídicas no han logrado darle o brindarle a estos derechos cobertura universal y, de ahí, el porqué de las políticas públicas. No cabe duda, en este marco, de la relevancia que aquí asume la actividad administrativa del Estado, cómo incide en toda ella el principio de eficacia, la importancia e influencia de la doctrina de las llamadas “leyes-medida”⁽⁴⁾ y la actuación de la denominada “jurisdicción administrativa”, como instrumentos idóneos para el reconocimiento y la tutela efectiva de los derechos humanos o derechos fundamentales. (art. 75.22 CN) que, sin duda, le han dado una especial coloración a nuestra ley fundamental, haciéndola parte del “paradigma de los derechos humanos” de modo explícito.

Metodológicamente, hace a la reflexión sobre este tema, el estudio de la evolución del Estado y consecuentemente, de las políticas públicas. Siempre es importante conocer la historia: la secuencia histórica con foco sobre los elementos relevantes diferenciadores y evolutivos de los momentos históricos y de los distintos regímenes jurídicos y el estudio del Estado social en el marco del derecho administrativo, abordando allí las temáticas de las acciones que desarrolla el Estado desde la mirada de los principios del derecho administrativo. Tengamos en cuenta que en el Estado liberal, el Estado como tal, no existe o se aparta y las reglas del mercado rigen en plenitud sin ningún freno o regulación y el

(4) GARCÍA DE ENTERRIA, EDUARDO, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Thomson Civitas, 2006.

interés público y el bienestar general se desvanecen como conceptos o quedan en la lógica filantrópica y de beneficencia de dar a los excluidos del sistema lo que les sobra a los más poderosos, podemos llamarlo como sea o describirlo más elíptica o descarnadamente; pero, sin duda, la realidad nos ha mostrado que así funciona la contraposición entre el Estado y el mercado.

Sumar a la indagación sobre los temas una mirada realista a partir del análisis de la normativa comparada aporta las bases de comparación, sobre todo luego de las consecuencias que siguen sucediéndose de la crisis económica financiera internacional que se explicitó en 2008 y, con ello, el fracaso del Estado de bienestar; y ver, con base en la situación de nuestro país, el valor que aporta preguntarse e indagar acerca de la eficacia de las acciones positivas desde el Estado, es decir, evaluar si los objetivos que se fijan como metas al diseñarse una política pública logran plasmarse efectivamente en lo que la realidad demanda.

Para ello, una mirada sobre el quehacer político del Estado y el encuadramiento en el derecho de la acción pública deben ser ejes de análisis de necesaria referencia porque, en definitiva, las políticas públicas son vistas como exteriorización de la orientación y contenido de la acción estatal, y deben cumplir una función primordial de satisfacción del bien común.

Esta mirada hace necesario analizar la razón de ser del derecho administrativo a partir del reconocimiento de la función social a cargo del Estado, que se expresa a través de políticas públicas que buscan conciliar criterios fiscales de aplicación de recursos públicos con el principio de subsidiariedad propio de la intervención estatal.⁽⁵⁾

Esa razón de ser del derecho administrativo funda un Estado presente, que promueve, que descentraliza, que trabaja en la identificación de problemáticas, que se aparta del concepto de desregulación y de Estado mínimo y plantea un nuevo conjunto de objetivos, de decisiones y de acciones estatales que requieren de una estructura administrativa que aporte racionalidad en la administración del gasto público, requieren de una acción público-privada coordinada que reconozca la realidad y actúe sobre ella con acciones positivas (como, en definitiva, exige nuestra Constitución) y requiere de un aumento en las tareas de gestión y control desde el Estado,

(5) Sobre todo en el marco de un Estado desguazado como el que recibió el Presidente Néstor Carlos Kirchner en 2003.

que, en forma concomitante, subsane las debilidades y las falencias operativas del quehacer público.

Y necesariamente las acciones que desarrolla el Estado deben poder contenerse, justificarse y encuadrarse desde la mirada de los principios del derecho administrativo, como derecho común de las administraciones públicas, que no está conformado solamente por normas positivas, sino también por principios generales del derecho que sirven para articular, interpretar y completar esas normas; para que, en definitiva, las decisiones públicas sean eficaces desde su formulación y durante todo el proceso de diseño, desarrollo y evaluación.

Esta es la forma jurídica de las normas (también llamadas leyes-medida) que implementan una política pública, porque solo así, es decir, desde su encuadre normativo y su contención en los principios generales del derecho, los podemos reconocer como encuadrados en derecho, como herramientas jurídicas, que se transforman en instrumentos de políticas concretas y cambiantes.

Sabemos que, mientras las normas responden a una cierta estructura lógica, donde tanto la proposición jurídica constituida por el supuesto de hecho que ella determina, como su consecuencia se encuentran formuladas con similar propósito de precisión, los principios aparecen con un margen de indeterminación y abstracción que los lleva a requerir siempre de un acto posterior que los precise en una formulación más detallada, ya sea en su incorporación al derecho positivo o, a falta de este, en su aplicación al caso concreto.

Tener claro este aspecto de la tarea del Estado de bienestar es tener claro también que las políticas públicas no pueden ser implementadas, ejecutadas, controladas o evaluadas —incluso juzgadas, en sede administrativa o judicial— sin una metodología propia que le aporte indicadores claros de gestión de medición y de evaluación de impacto (este es, para mí, uno de los temas que son el mayor desafío pendiente sobre el que trabajar). Porque en la dinámica del Estado, el ejercicio eficiente del poder —entendido como fuerza unitiva que da orden y sentido a todo el conjunto— no puede ser desordenado ni descoordinado; necesita trazarse un plan a partir de un diagnóstico real y, para ello, tiene que proponerse metas, objetivos y fines, tiene que valorar, tiene que escoger, tiene que medir resultados, tiene que seleccionar proyectos, moverse entre opciones, definir estrategias y tácticas.

En este marco, las políticas públicas son formuladas por el Estado y se proponen impactar en la sociedad. Y la administración pública tiene a su cargo las acciones necesarias y el aporte de los recursos para la implementación de las políticas y programas gubernamentales. En nuestro país la creciente descentralización desde el Estado nacional y las estrategias de desarrollo local han generado las condiciones para que las administraciones locales se involucren con sus propios recursos en los nuevos criterios de gestión territorial.

Para ello la herramienta de la planificación estratégica territorial, la plataforma tecnológica georeferencial,⁽⁶⁾ potencian y optimizan la gestión y el desarrollo local porque, de esa forma, se busca formular y ejecutar políticas públicas que permitan la interacción de los actores locales y que se consideren también las características y especificidad del lugar.

La inversión en infraestructura y la gestión de ordenamiento territorial como política pública ha sido prioritaria en nuestro país en estos últimos años. Empezó como una tarea de diagnóstico e identificación de prioridades para planificar su ejecución. Empezó como una tarea de complementariedad entre las actividades a promover y compenetación entre el tejido social y empresarial de la región, incluyendo a todas las actividades que son insumos obligados. Hoy hablamos de cohesión social y de mantener sustentabilidad, no olvidemos que entre 2001/2003 hablábamos de destrucción del tejido social y del entramado productivo.

Junto con esta planificación estratégica de prioridades y necesidades de infraestructura y equipamiento, hoy colectado en la Plataforma de Identificación de Prioridades que señalé, se fue dando un modelo de gobernanza multinivel, con el liderazgo del Poder Ejecutivo Nacional que determinó la aparición en escena de un numeroso arsenal de políticas públicas y, con ellas, no solo un control de legalidad o de juridicidad, que son los que recogen habitualmente las colecciones jurisprudenciales y doctrinales, sino también de orientación hacia la obtención de resultados y su medición, dependiendo del entramado de circunstancias de tiempo, modo y lugar, basándose en el desarrollo sustentable o sostenible, como equilibrio adecuado entre el crecimiento económico y el respeto a la naturaleza.

(6) Plataforma de Identificación de Prioridades del Ministerio de Planificación Federal Inversión Pública y Servicios, creada inicialmente en 2004, como herramienta interna de trabajo del Ministro Julio De Vido y luego, puesta a disposición de toda la sociedad como instrumento de transparencia, comunicación y trabajo colaborativo.

También tenemos que tener en cuenta que, en nuestro país, la descentralización de la gestión en el espacio local ha impuesto la necesidad de controlar y evaluar el impacto de los programas y políticas públicas, ello derivó en la creación de herramientas de control como lo es la Red Federal de Control Público, como experiencia institucional de control gubernamental de la que me tocó participar desde la Sindicatura General de la Nación —órgano de control interno del Poder Ejecutivo Nacional— junto con los organismos de control externo de la totalidad de las provincias.

La Red Federal de Control Público⁽⁷⁾ se constituyó como una nueva forma de control para evaluar el desempeño de las políticas públicas que se ejecutaban localmente, buscando una acción de control coordinada y un mayor involucramiento con la gestión.

De esta forma entra en la preocupación de las políticas públicas y de la inserción de estas en el derecho administrativo, la cuestión de la eficacia, no como un simple indicativo moral o de un consejo bien intencionado, sino como principio jurídico axial vinculante para todo el obrar administrativo, dentro de la matriz que se fue construyendo de Estado social y democrático de derecho.

La ligazón entre políticas públicas y responsabilidad social debe estar dada por la su necesaria convergencia o complementariedad, que es el planteo que hacemos desde la FORS. Trabajamos con el criterio de alinear la visión “empresa” o de organización a visión “país” porque entendemos que el resto de los actores de la sociedad, en una comunidad organizada como es el Estado, deben asumir cuota de corresponsabilidad social, reconocerse parte del problema, para ser parte de la solución de los problemas porque, de una forma u otra, todos impactamos negativamente sobre nuestro entorno.⁽⁸⁾

Sobre los principios generales del derecho quiero señalar dos cosas:

- I. Que gran parte de los principios generales del derecho natural se incorporaron al derecho positivo de las constituciones modernas. Es lo que ha ocurrido con los principios que recogen la Constitución argentina y la española que son fuente primaria del derecho administrativo donde la mayoría de sus instituciones jurídicas, encuentran su **directo fundamento** en los principios que emergen del preámbulo y del articulado de la Ley Fundamental.

(7) Red Federal de Control Público, Presidencia de la Nación, Sindicatura General de la Nación, Buenos Aires, octubre de 2007.

(8) Hoy algunos creen que, como “moda” o “marketing”, hay que medir la huella de carbono que dejamos en nuestro paso por el planeta. Lamentablemente, es la realidad, no es ni moda ni marketing, es el primer impacto negativo que debemos considerar.

Sabemos que toda “regulación del ejercicio” de los derechos fundamentales es competencia de un órgano legislativo: reserva de ley. Y todo límite que se establezca, para ser eficaz, necesita ser identificado y ponderado frente a otros bienes o derechos constitucionales; esto significa que es necesaria una labor de “regulación” que la Constitución ha querido reservar al legislativo.

En este marco, no puedo dejar de señalar que la función jurisdiccional es, en nuestros días, el centro álgido de las garantías que el Estado debe poner a disposición de los sujetos de intereses tutelados por la norma jurídica, para responder a la apremiante necesidad de infundir certeza a la titularidad y ejercicio de los derechos individuales y sociales. Una tarea, sin duda, pendiente.

La realidad jurídica de nuestros tiempos nos muestra que aquella función privativa se ha visto notablemente ensanchada y el orden jurídico confía hoy a los jueces, no solo la composición de litigios, sino también y, esencialmente, la declaración de voluntad legislativa, y hasta la ponderación de situaciones o relaciones jurídicas nuevas.

De esa forma **la esencia de la jurisdicción** no puede buscarse hoy solamente en la “definición del litigio”. Para que esa función jurisdiccional sea desarrollada con idoneidad, es necesaria una mirada comprometida, responsable y de verdadera contextualización por parte de quienes tienen a su cargo la tarea de juzgar.

Es claro que no interesa ya solo la coherencia interna de los razonamientos lógicos, sino que también **va intentar aprehenderse la eficacia de las acciones encaminadas**, dentro de escenarios políticos y económicos de creciente complejidad. El desafío es encarar esas pautas de eficacia sin evadir los necesarios marcos constitucionales de actuar.

2. El segundo punto que quiero señalar es que la tarea pendiente, hoy sobre todo, a partir del Código Civil y Comercial (CCyC), es la de conectar el tema de la responsabilidad patrimonial de la Administración con las políticas públicas y con la corresponsabilidad social del resto de las organizaciones.⁽⁹⁾ El art. 10 CCyC —Abuso de derecho— expresa: “El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres. El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización”. Y, luego en la Sección 2^a, Función preventiva y punición excesiva —art. 1710, Deber de prevención del daño; art. 1711, Acción preventiva; art. 1713, Sentencia— determina que son parte de

(9) Nosotros, desde la FORS, las nucleamos en lo que llamamos “ecosistema de responsabilidad social”, para evaluar impactos y expectativas a la hora de construir acciones de RS.

la nueva normativa que va delineando a la responsabilidad social.⁽¹⁰⁾ En la normativa de derecho público, surgida en estos años, se va ampliando, también, la agenda de la responsabilidad en general y encontrando fundamento jurídico de la misma en el grado de aplicación de los mecanismos de gobernanza que se aplican en el Estado y de responsabilidad social del resto de las organizaciones, temas que resultan esenciales en todo proceso democrático que involucre una activa actuación del Estado.

Hay muchos otros institutos sobre los que hay que reflexionar y nutrir de innovación y desarrollo, mecanismos o herramientas que hacen posible condiciones de participación y proximidad ciudadana en los procesos gubernamentales y que definen nuevos canales de relación y de comunicación entre el Estado y los actores sociales que dejan de ser particulares o administrados para convertirse en garantes de una adecuada toma de decisiones públicas y privadas.

El abanico de corresponsabilidad social es cada vez más amplio; hay que trabajar sobre la realidad que nos muestra modelos organizacionales abiertos, es decir, que dejan ámbitos amplios de superposición para dar posibilidad al buen funcionamiento de proyectos interinstitucionales, que integren también al sector privado, que tienen capacidad de reestructuración rápida frente a los cambios en la realidad.⁽¹¹⁾

Queda pendiente tratar los planteos mediáticos sobre la pérdida de confianza ciudadana porque tienen una doble cara que hay que explicitar. Una es la incapacidad de algunas acciones de gobierno para optimizar la satisfacción de necesidades de los ciudadanos (de nuestros pueblos) y la otra, es la correlativa incapacidad de los ciudadanos para organizar formas de acción y de control social genuinos, propios, autóctonos (y no cooptados por intereses extraños) que mejoren los procesos de integración social, y donde los derechos fundamentales dejen de ser principios abstractos y se afiancen en el tejido social como realidades concretas.

Para que ello ocurra, la autonomía y la soberanía son dos aspectos necesarios. Uno de mis planteos es poner atención al oenegismo (esto es, la creación indiscriminada de ONGs en el país y en la región). García Linera⁽¹²⁾

(10) A mi criterio, como una obligación imperfecta.

(11) Esta es la modalidad de acciones de RS con las que trabajamos desde FORS, alinear visión de empresa a visión de país.

(12) Álvaro García Linera, Vicepresidente del Estado Plurinacional, ha escrito un libro llamado *El "Oenegismo". Enfermedad Infantil del Derechismo* (*O cómo la "reconducción" del proceso de cambio es la restauración neoliberal*), impreso en La Paz, Bolivia, de distribución gratuita.

dice que el “oenegeismo” es “la enfermedad infantil del derechismo”; hay que estar atentos y mirar quién o quiénes las sostienen económicamente; es un camino de soberanía necesario y que, por ahora, estamos dejando de explorar, y que se viene acatando dócilmente, pero quiero dejar el debate abierto a que es necesario hacer frente a la proliferación de ONG cuyos verdaderos intereses y origen de fondos desconocemos.

Mi conclusión y reflexión final sobre estas breves notas es la obligación que tenemos de apuntalar el conocimiento, la educación, la formación profesional, la capacitación laboral y la sinergia de acuerdo al rol de cada uno en nuestras comunidades para hacer efectiva la nota de eficacia, o la mirada a la eficacia, tanto en la actuación administrativa, como en las acciones de RS del sector privado, que es la que da legitimidad a la acción.

La eficacia es un principio material de actuación que obliga a considerar a las pautas de organización como criterios instrumentales para la satisfacción del interés general y de la mejora en la calidad de vida. Yo insisto en sostener que un **Estado eficaz** es un **Estado inteligente** que aprovecha los principios generales del derecho administrativo incorporándolos en cada etapa de las políticas públicas para optimizar la satisfacción de necesidades y universalizar los derechos humanos y que además, dialoga en ecosistema con el sector privado para construir acciones responsables que complementen a esas políticas públicas.

Para ello, se requiere cada vez más una tarea de evaluación desde la gestión y desde el control, y esto involucra construir las herramientas e indicadores que permitan medir el impacto de las acciones. Nuestro país y nuestra región necesitan de esa corresponsabilidad real, y una de las formas es que las acciones de responsabilidad social sean convergentes o complementarias con las políticas públicas.

Hoy muchos gobiernos locales están trabajando fuertemente para “virarizar” (informar, comunicar) lo hecho en políticas públicas, y para generar contagio para que las acciones de RS de los privados se referencien en ellas y, en definitiva, las completen para mejorar la calidad de vida en cada lugar de nuestro territorio porque esto nos obliga a pensar y a buscar el permanente equilibrio entre **el hombre, la naturaleza y la economía**. Si alguna de estas variables crece en perjuicio de otra, ya sabemos quiénes quedan excluidos, qué derechos fundamentales quedan desamparados y cómo puede quedar la naturaleza si solo privilegiamos su uso abusivo

para la rentabilidad sin pensar en la sostenibilidad de nuestro país y de nuestro planeta.

Por eso mi reflexión de hoy; por eso escribí *Principios generales y políticas públicas*, que es un libro de derecho, que encuadra y conecta conductas, acciones y principios, pero que también busca la reflexión individual —y esta es mi gran pretensión— sobre cuál es nuestro aporte a la realización de la justicia y a la pregunta sobre qué produce cada uno y cuál es la contribución a la sociedad, que sigue siendo el punto de inicio y el compromiso desde el que debemos partir para tomar enserio los valores, las prioridades, las desigualdades y ver qué podemos hacer desde el lugar en el que nos toca actuar para trabajar por la justicia, más allá de la visión sobre el papel que le cabe al Estado en lograr un mínimo de justicia social, sobre todo para quienes tenemos claro desde el pensamiento nacional que los mecanismos de mercado son insuficientes.

Como seguidora de Amartya Sen busqué siempre en mi trabajo abrir un camino para la reflexión valorativa de las políticas públicas con fuerte influencia de su pensamiento.

Parto de reconocer que ha habido un gran desplazamiento en la concepción de la democracia como resultado de la obra de Rawls y Habermas y de una vasta bibliografía sobre esta temática, y creo que uno de los motivos para defender esta forma de gobierno es su capacidad para garantizar una mayor igualdad social. Un gobierno en una democracia pluralista con elecciones y prensa libre tiene una fuerte motivación política para impedir las desigualdades extremas.

Trabajar sobre el principio jurídico de la eficacia me ha permitido ver que podemos resolver comparaciones concretas sin apelar a una sociedad ideal como punto de comparación. En ese sentido, la descripción ideal de una sociedad perfecta (lo que han intentado, desde Platón, todas las utopías), se propone solo identificar los criterios que luego habrán de ser aplicados en la evaluación de las situaciones concretas y a esa búsqueda, a esa reflexión apunta mi tarea, tanto cuando he focalizado en las políticas públicas, su encuadre legal y la necesidad de su evaluación y rediseño permanente, como en el camino de difundir y promover la responsabilidad social.

Porque entiendo que la justicia, la responsabilidad social y el problema de la redistribución y las políticas públicas son temas que están íntimamente vinculados.

Por eso, defender que tenemos obligaciones hacia los demás y hacia la protección del ambiente supone entender que el planteo de lo justo y lo injusto en la sociedad tiene que ir más allá de la búsqueda exclusiva del interés propio. Nuestros deberes hacia los demás, sin duda, deben ir más allá de la obligación de no dañar o de cumplir con las llamadas obligaciones perfectas.⁽¹³⁾

Podemos pensar, como dice Amartya Sen, que una persona tiene razones para sentirse obligada hacia otros por el mero hecho de tener el poder suficiente para remediar una injusticia. Este poder no se limita a lo económico; es posibilidad concreta, es oportunidad de cambiar las cosas. Se trata de un poder efectivo para hacer la diferencia. Citando a la figura de Gautama Buda: “si alguien tiene el poder de producir un cambio que considera que reducirá la injusticia en el mundo, entonces hay un fuerte argumento social para hacerlo así”.

La preocupación por alcanzar situaciones de justicia involucra, tanto a las personas individuales, como a la acción de los gobiernos. Por eso, mi defensa de la acción estatal (opuesta a las doctrinas del liberalismo clásico), porque entiendo que la intervención estatal a través de políticas públicas eficaces es el camino para remediar situaciones de desigualdad. Con el planteo de la eficacia, abro la reflexión sobre cuáles son los indicadores que deberíamos seleccionar a fin de obtener una base de información capaz de guiar la elección colectiva. Acá vuelvo a validar en lo interno el pensamiento de Sen que, frente a la medición del Producto Nacional Bruto o el Producto Bruto Interno, aboga por la incorporación de otros índices que reflejen, de manera más directa, la calidad de vida, el bienestar, y las libertades de las vidas humanas.

Creo, en definitiva, que es difícil decidir en qué características globales debemos concentrarnos para juzgar una sociedad y evaluar la justicia y la injusticia, pero, sin duda, la búsqueda debe orientarse a crear y medir capacidades o como dice Amartya Sen “**las oportunidades reales de vivir**”.⁽¹⁴⁾



(13) Que, como ejemplo simple, serían nuestras obligaciones fiscales o los compromisos contraídos en un documento.

(14) El resaltado me pertenece.

La dimensión transnacional del derecho administrativo

GABRIELA STORTONI⁽¹⁾

“somos más libres cuanto más plurales somos”
Luhmann, Sociología del rischio, Milán, 1996



1. Introducción

Hace más de 20 años empecé a indagar, científicamente, sobre la existencia de un derecho público más allá de las fronteras nacionales, que se conformara en base a ellas; pero que, al consolidarse en el concierto comunitario, regional o global, las reglas vuelven a nuestro régimen con una fortísima impronta de fuente preferencial del derecho público. Y hablaba entonces, del denominado Derecho Administrativo de la Integración en el marco del Tratado de Asunción.⁽²⁾

(1) Abogada (UNLP). Magíster en Derecho Administrativo de la Universidad Austral, Máster en Administración, Derecho y Economía de los Servicios Públicos de las Universidades Carlos III, Madrid (España); Paris X, Nanterre (Francia); y El Salvador, Buenos Aires (Argentina) organizado por EPOCA. Especialista en Derecho de la Integración (Universidad Austral). Especialista en Transporte Urbano y Planificación por JICA (Japan International Cooperation Agency). Es Profesora de grado y de posgrado en distintas universidades nacionales. Actualmente, es Jefa de Gabinete del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación y representante argentina, por el Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios de la Nación, en la Entidad Binacional Argentina/Chilena “Túnel de Agua Negra”.

(2) Parte de esos estudios forman parte de mi artículo denominado “Sobre la existencia de un Derecho Administrativo de la Integración frente al esquema del Tratado de Asunción”, en *Anuario de Derecho 2*, Bs. As., Universidad Austral, AbeledoPerrot, 1996.

Eran los albores de los años 90 y aún la Reforma constitucional no se había perfeccionado; ya se hablaba de la importancia de reconocer alguna jerarquía *supra* legal o constitucional a los tratados internacionales. Llegó luego la Reforma constitucional de 1994, y con ella se le da jerarquía constitucional a los tratados sobre derechos humanos que se ratifican en su texto; se incorpora un nuevo mecanismo para la recepción de los tratados de derechos humanos que en el futuro se incorporen; y se reconoce la jerarquía supralegal de los tratados en materia de derecho de la integración.

Estas decisiones van a impactar directamente en nuestro derecho administrativo, el cual no solo incorpora los tratados internacionales como fuente directa del derecho, sino que los tratados serán, de ahora en más, en materia de derechos humanos y de integración, fuente preferente de aplicación, ya respecto a la ley como en relación a la Constitución.

Ahora bien, y a propósito de esta obra, me resulta interesante retomar el tema de la dimensión transnacional del derecho administrativo, a la que arribo ahora, luego de haber tenido la oportunidad de su verificación empírica, a través de la función pública que me ha sido encomendada estos últimos años.

Y en efecto, puedo adelantar que estamos asistiendo a una verdadera transformación del derecho público, por el impacto que los acuerdos y tratados internacionales en materia de derechos humanos y de integración regional, conformando un nuevo bloque de derecho público regional.

Y las nuevas reglas nos ponen frente a un nuevo Estado, preocupado por la vigencia efectiva de los derechos humanos, ya por la impronta nacional y local, como por su responsabilidad internacional. Un Estado que se legitima en la concreción de políticas públicas concertadas en un ámbito plural. Un Estado consciente, como expresa Habermas, de que "... en las sociedades multiculturales, los derechos fundamentales y los principios del Estado de derecho constituyen los puntos de cristalización de una cultura política que integra a todos los ciudadanos; esta cultura es a su vez la base para una coexistencia igualitaria de distintos grupos y subculturas cada uno de ellos con un origen y una identidad propios".⁽³⁾

Este nuevo bloque de legalidad se conforma con un ida y vuelta de lo local a lo nacional y, de este, a lo regional y al bloque integrado, y viceversa, sin

(3) JÜRGEN HABERMAS, *Israel o Atenas: ¿a quién le pertenece la razón amarnética?* Johan Baptist Metz y la unidad en la pluralidad multicultural, Madrid, Trotta, 1999, p. 99.

solución de continuidad, ya que su carácter de *ius in fieri* va a garantizar del mejor modo el aseguramiento de los derechos, como veremos a continuación.

2. La importancia de los tratados internacionales antes de la Reforma de la Constitución de 1994

Antes de la Reforma de la Constitución Nacional en 1994, la discusión se centraba en dilucidar, primero, si los tratados podrían ser modificados por ley posterior (atento como se regulan en el viejo pero aún vigente art. 31) cuestión que fue abandonada por la CSJN en el caso “Martin y Cía”.⁽⁴⁾ El fallo, aun cuando representa un avance en el sistema de interpretación, por la vigencia efectiva de los tratados y su cumplimiento, es, no obstante, aplicación de la teoría dualista, doctrina que separa tajantemente el ordenamiento jurídico interno del Estado del derecho internacional, dando una notable primacía al primero. De tal modo, el tratado, convertido por ley en derecho interno, es susceptible de modificación unilateral (en este caso, por medio del decreto-ley 6575/1958), como una norma común.

Luego, una vez abandonada la idea de la jerarquía infralegal, la cuestión se debatía entre la aplicación de las teorías monistas y dualistas a los fines de entender cuándo un tratado internacional resulta norma aplicable en el ámbito doméstico.

Estas teorías se han enfrentado durante gran parte del s. XIX y primera mitad del s. XX en orden a explicar las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno. La teoría dualista plantea la separación e independencia entre ambos ordenamientos, mientras que la segunda sostiene que el derecho internacional y el derecho interno forman un solo orden jurídico. Para el dualismo, entre quienes encontramos como máximos exponentes a Hans Triepel (1899), en la doctrina alemana, y a Dionisio Anzilotti (1905), en la doctrina italiana, el derecho internacional público y el derecho interno se presentan como dos órdenes jurídicos distintos, separados e independientes. Esto es así, sostienen, porque presentan distintos fundamentos, distintos sujetos destinatarios de sus normas y porque distintos son los órdenes de relaciones que generan. En cuanto a sus fundamentos, sostiene Triepel, que el derecho interno tiene como fundamento la voluntad de un solo Estado quien, en forma unilateral, organiza su sistema jurídico-político y estructura su propio ordenamiento.

(4) CSJN, “Martin & Cía. Ltda. SA c/ Nación Argentina”, 06/11/1963, Fallos: 257:99.

En cambio, el derecho internacional encuentra su fundamento en la voluntad común de los Estados, en la unión de estos sujetos en orden a satisfacer intereses comunes.

En cuanto a los sujetos destinatarios: en el derecho interno, serían los individuos; mientras que en el derecho internacional, principalmente, los Estados. De allí que se dé un diferente orden de relación. En el derecho internacional público, al tratarse de un ordenamiento que regula principalmente relaciones entre Estados, la relación es horizontal, de coordinación: dado el carácter de soberanos que deben tener los Estados, en principio no se podría concebir el poder de uno sobre otro. En cambio, en el orden interno, la relación sería de carácter vertical, no de coordinación, sino de subordinación entre el Estado que impone las normas y el individuo destinatario de las mismas y, en definitiva, obligado al cumplimiento de dichas normas.⁽⁵⁾

Por su parte, el monismo —en doctrina se destaca con Hans Kelsen (1920), seguido, entre otros, por Alfred Verdross (1923) y George Schelle (1932)—, sostiene que el derecho internacional y los ordenamientos internos forman parte de un mismo sistema jurídico universal.⁽⁶⁾

La regla interpretativa fue finalmente establecida por la jurisprudencia, la que en el conocido caso “Ekmekdjian c/ Sofovich”⁽⁷⁾ llega a la conclusión de que los tratados son actos federales complejos por lo cual para su vigencia efectiva es necesario que se den tres pasos esenciales: la firma del tratado por los poderes ejecutivos de los Estados partes, su correspondiente aprobación legislativa en el ámbito doméstico y, finalmente, su ratificación mediante el depósito del documento en la sede o Secretaría del Tratado, por parte de los poderes ejecutivos de los Estados partes. Una vez cumplido dicho circuito, si la norma es operativa, nada obsta a que se reconozca el ejercicio del pleno derecho reconocido por el tratado.⁽⁸⁾

(5) TRUCCO, MARCELO F., “Relaciones entre el derecho internacional público y el derecho interno”, [en línea] www.saij.jus.gov.ar, 2007.

(6) PRIOTTI, ANAHÍ, “Relaciones entre Derecho Internacional y el Derecho Interno”, en *La Corte Penal Internacional*, UNR, 2005, p. 170 y ss.

(7) “Ekmekdjian, Miguel Ángel c/ Sofovich, Gerardo y otros”, *Fallos*: 315:1492, en *LL*, 1992-C; 543, en *ED*, 148:354, 1992.

(8) Es interesante recordar los hechos del caso, ocurrido el 11 de junio de 1988, cuando el señor Dalmiro Sáenz expresó algunas frases involucrando a Jesucristo y la Virgen María en un programa televisivo. Miguel Ekmekdjian, al sentirse “profundamente lesionado en sus sentimientos religiosos” por dichas frases, dedujo una acción de amparo dirigida al conductor del ciclo —Gerardo Sofovich— para que en el mismo programa diera lectura a una carta documento que contestaba a los supuestos agravios vertidos por Dalmiro Sáenz. Ante la negativa

Por ello, sostenemos que antes de la Reforma constitucional de 1994, la Corte Suprema tuvo ocasión de enderezar la interpretación sobre las relaciones jerárquicas entre el orden interno, inferior a la Constitución, y los tratados internacionales. Así, en el caso *ut supra* mencionado, “Ekmekdjian, Miguel Ángel c/ Sofovich, Gerardo y otros”, el Tribunal afirmó que la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, ratificada por el país, había alterado la situación del ordenamiento jurídico argentino y, en consecuencia, ya no existía fundamento normativo para acordar prioridad a la ley por sobre el tratado. Ello así, pues el art. 27 de la Convención de Viena dispuso que una de las partes firmantes del tratado no podía invocar disposiciones de derecho interno para incumplir la Convención. Debe señalarse, además, que la Corte Suprema interpretó los términos de la Convención de Viena en el sentido de que esta asignaba prioridad al tratado frente a la ley interna.⁽⁹⁾

En efecto, el pronunciamiento citado consideró que, conforme a lo dispuesto por la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados —aprobada por ley 19.865, ratificada por el PEN el 5 de septiembre de 1972 y, en vigor, desde el 27 de enero de 1980—, el derecho internacional convencional tiene prioridad sobre el derecho interno por cuanto “la necesaria aplicación del art. 27 de la Convención de Viena impone a los órganos del Estado argentino asignar primacía al tratado ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria o con la omisión de dictar disposiciones que, en sus efectos, equivalgan al incumplimiento del tratado internacional”.⁽¹⁰⁾

del conductor del programa de leer la carta documento, el accionante inició un juicio de amparo fundado en el derecho de réplica basándose para ello en el art. 33 CN y en el art. 14 del Pacto de San José de Costa Rica, razón que le da CSJN en el citado caso, innovando en la jurisprudencia aplicable hasta la fecha.

(9) GELLI, MARÍA ANGÉLICA, “Artículos 1 a 43” en *Constitución de la Nación Argentina. Anotada y Concordada*, t. I, 4^{ta}. ed. amp. y act., Bs. As., La Ley, 2009, pp. 477/478.

(10) Uno de los puntos más controvertidos de un tratado de integración es el referido a que sus normas, por imperio de la Convención de Viena, tienen primacía sobre el ordenamiento jurídico de los países que los suscriben. En la génesis del Mercosur las constituciones de los países miembros resaltaban su tendencia hacia la integración, excepto la Constitución argentina. Esta cuestión fue la que más preocupó a nuestros constitucionalistas y administrativistas, pronunciándose mediante una interpretación dinámica de la Constitución a favor de los tratados de integración, tales los casos de Cassagne, Barra, Boggiano, Bidart Campos, entre otros. No podemos adentrarnos en los fundamentos esgrimidos, tanto en favor como en contra de esta cuestión constitucional, por cuanto excedería ampliamente el propósito de este estudio, pero permitásenos señalar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dejado atrás toda disquisición jurídica sobre el punto, al reafirmar su doctrina en el caso “Fibraca Constructora SA”. Conforme HERRENDORF, “El caso Fibraca y un réquiem para el concepto clásico de soberanía”, en *LL*, 7 de octubre de 1993.

Asimismo, la Corte sostuvo:

La violación de un tratado internacional puede acaecer tanto por el establecimiento de normas internas que prescriban una conducta manifiestamente contraria, cuanto por la omisión de establecer disposiciones que hagan posible su cumplimiento; ambas situaciones resultarían contradictorias con la previa ratificación internacional del tratado; dicho de otra manera, significaría el incumplimiento o repulsa del tratado con las consecuencias perjudiciales que de ello pudieran derivarse...

Y prosiguió diciendo:

Cuando la Nación ratifica un tratado que firma con otro Estado, se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales lo apliquen a los supuestos que ese tratado contemple, siempre que contenga descripciones lo suficientemente concretas de tales supuestos de hecho que hagan posible su aplicación inmediata. Una norma es operativa cuando está dirigida a una situación de la realidad en la que puede operar inmediatamente, sin necesidad de instituciones que debe establecer el Congreso.⁽¹¹⁾

La misma doctrina siguió la Corte un año después en el caso "Fibraca",⁽¹²⁾ en el cual, aplicando la Convención de Viena, reafirma la "primacía" de los tratados ante un eventual conflicto con cualquier norma interna.⁽¹³⁾

La doctrina que emana de ambos fallos clarifica la cuestión y establece que, si las descripciones de la norma del tratado son lo suficientemente

(11) Sobre la decisión que se trascibe ha expresado Barra, en 'Responsabilidad del Estado por incumplimiento de las directivas comunitarias. El caso "Francovich". Una experiencia para el Mercosur', en *LL*, 06/10/1993, que del caso "Ekmekdjian" surgen dos principios fundamentales: en primer lugar, la primacía de los tratados sobre las leyes internas; en segundo término, el efecto directo de las normas contenidas en un tratado, cuando ello sea posible a la luz del texto mismo.

(12) El caso "Fibraca" también adquiere trascendencia de cara a la posible constitución de un tribunal comunitario, porque sienta jurisprudencia sobre la irrevisibilidad por parte de la justicia argentina de un pronunciamiento emanado de un tribunal constituido por un tratado internacional suscrito por nuestro país.

(13) La Corte justifica tal interpretación en cuanto "resulta la más acorde a las presentes exigencias de cooperación, armonización e integración internacionales que la República Argentina ha hecho propias y elimina la eventual responsabilidad del listado por actos de sus órganos internos" (CSJN, "Fibraca Constructora SCA c/ Comisión Técnica Mixta de Salto Grande", F. 433, XXIII, 07/07/1993).

concretas, ella operará directamente y agrega, que la norma no solo se incumple dictando normas en contrario, sino también omitiendo el dictado de decisiones administrativas o jurisdiccionales que exija la norma de derecho internacional convencional para su plena eficacia.

En la misma línea se inscribe el caso "Servini de Cubría, María Romilda s/ Amparo" del 11 de mayo de 1992; cuando una de las salas de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal prohibió la difusión de un fragmento del programa "Tato de América" en el que se ironizaba sobre la jueza actora en autos. El programa salió al aire pero los pasajes prohibidos fueron sustituidos por una leyenda que decía: censura judicial.⁽¹⁴⁾ En esa oportunidad, la Cámara afirmó la verosimilitud del derecho invocado, fundada únicamente en una llamada anónima recibida por la jueza, sin verificar el contenido del programa prohibido. La Corte, al tomar el caso para su decisión, sostuvo:

... tanto en nuestra Constitución, en la interpretación que de ella ha realizado esta Corte, como en el "Pacto de San José de Costa Rica", la libertad de expresión es una noción sólo susceptible de definición por su contenido, que resulta perfectamente diferenciable del medio por el cual se transmiten o expresan los actos particulares que la traducen. Claro ejemplo de ello se advierte en el art. 1 del pacto antes mencionado, en el que se describen los actos que configuran el ejercicio de la libertad de expresión y de pensamiento —buscar, recibir, y difundir informaciones e ideas—, los que pueden ser dados a conocer por diversos medios —oralmente, por escrito, en forma impresa o artística, o cualquier otro idóneo para su difusión—, sin que esos medios se confundan con los actos previamente indicados. Los medios de comunicación son el vehículo por el cual se transmiten las ideas o informaciones, pero no necesariamente todo lo que ellos dan a conocer se identifica con los actos protegidos por la tutela constitucional —libre expresión de ideas— o por el pacto mencionado —búsqueda, recepción y difusión de ideas e información—. Dicho de otro modo, no todo lo que se difunde por la prensa escrita o se emite en programas radiales o televisivos o por cualquier otro medio, goza

(14) CSJN, "Servini de Cubría, María Romilda s/ amparo", 08/09/1992, en [elDial.com](#), AAF8A.

del amparo otorgado por la prohibición de la censura previa, sino aquello que por su contenido encuadra en la noción de información o difusión de ideas.⁽¹⁵⁾

Por estos argumentos, la Corte entiende que el modo de juzgar de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal es determinante para descalificar el fallo recurrido, por lo que declara procedente al recurso extraordinario interpuesto por Tato Bores y Arte Radiotelevisivo Argentino SA y revoca la resolución de la Cámara.

Posteriormente, el 13 de octubre de 1994, la CSJN resuelve los autos "Café La Virginia SA s/ Apelación".⁽¹⁶⁾ El caso trata de la introducción de café crudo del Brasil a la Argentina el cual, por normativa ALADI, está sujeto a arancel cero. No obstante, por Resolución del Ministerio de Economía se había establecido un arancel del 10%, en abierta violación a la norma comunitaria. La Corte consideró ilegítima la norma administrativa y estableció la supremacía de las normas internacionales sobre la ley local. Se destaca el voto del Juez Boggiano, quien siguiendo los precedentes del Tribunal Comunitario Europeo rescata el principio de la obligatoriedad de la aplicación de la norma comunitaria, siendo un avance en materia de interpretación del denominado derecho derivado.

Ahora bien, desde la doctrina, la discusión no era sencilla, máxime cuando se estaba ante tratados que establecían jurisdicciones supranacionales, como resultan los tratados de derechos humanos o los de integración.

Así, el sector doctrinario se dividía. Por un lado, encontrábamos a Vanossi, entre otros,⁽¹⁷⁾ quien consideraba que en el estado actual de la Constitución no era posible la aceptación de un orden jurídico supranacional en tanto:

- i. el art. 31 CN establece la cláusula de supremacía, por la cual ninguna norma está por encima de la Constitución Nacional;
- ii. El art. 27 CN determina que los tratados deben ser conforme los principios de derecho público establecidos en la Constitución; y

(15) CSJN, "Recurso de hecho deducido por el Arte Radiotelevisivo Argentino SA y por Mauricio Borenstein en la causa Servini de Cubría, María Romilda s/amparo", 08/09/1992, en *elDial.com*, AAF8A.

(16) CSJN, "Cafés La Virginia SA s/Apelación" (por denegación de repetición), 13/10/1994, en *elDial.com*, AA846.

(17) Postura de Vanossi pronunciada en su ponencia para el Seminario Internacional sobre Derecho de la Integración organizado por la AADA y la Universidad Austral, 1991.

iii. es necesario proceder a una reforma constitucional para su reconocimiento por el poder constituyente, ya que implica un nuevo reparto de competencias.

Por su parte, el sector doctrinario opuesto, liderado por Cassagne,⁽¹⁸⁾ sostenía la innecesidad de la reforma de la Constitución, en tanto:

- i. el art. 31, similar al de la Ley de Bonn, encuentra solo sentido y eficacia en el marco de las relaciones entre el Estado federal y las provincias o los *lander*, en el caso de la organización germana; mientras que, en el caso de los tratados internacionales, como el caso del Tratado de Asunción, en el supuesto de perfeccionarse normativamente, implicará la formación de un orden jurídico distinto y nuevo, explicable por el principio de competencia;
- ii. una vez que el tratado ha sido objeto de aprobación y ratificación en debida forma, los Estados signatarios no pueden valerse para negar su vigencia ni para desconocer o subordinar su aplicación a otros actos formales posteriores, con fundamento en lo prescripto en los arts. 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (ley 19.865);
- iii. el art. 31 CN solo consagra la categorización de los tratados como ley suprema frente a las normas provinciales sin aludir a una relación entre las fuentes allí mencionadas, menos aun cuando el nuevo ordenamiento constituye un supuesto no previsto ni contemplado expresamente por los constituyentes; y
- iv. la expresión principios de derecho público prevista en el art. 27 CN, según el sentido histórico que se atribuyó en la fuente, se refiere a los principios y garantías de libertad, igualdad, propiedad, etc.; reconocidos a los extranjeros por nuestra Constitución.

Existían otras posturas, como la de Beltrán Gambier⁽¹⁹⁾ que, si bien estaban a favor del proceso de integración, veían un serio escollo en su aceptación sin reforma constitucional, puesto que se opone a los principios de federalismo adoptados por los constituyentes originarios como sistema de distribución de competencias. Asimismo este autor establecía que se vulneran los arts. 22 y 100 CN (en cuanto el pueblo no delibera ni gobierna, sino a través de sus representantes en el Congreso y que las decisiones del Máximo Tribunal de la Nación puedan ser sometidas a conocimiento y decisión de un tribunal supraconstitucional).⁽²⁰⁾

(18) CASSAGNE, JUAN CARLOS, "El mercado común del Sur: problemas jurídicos y organizativos que plantea su creación", en *Revista de Administración Pública*, n° 127, enero-abril, 1992.

(19) GAMBIER, BELTRÁN, "El federalismo frente al MERCOSUR", en *ED*, 4-IU-1992.

(20) La cuestión de la posibilidad de receptar la vigencia de un tribunal judicial supraestatal, no es nueva puesto que se planteó con el Pacto de San José de Costa Rica. Al respecto resulta útil referenciar aquí la postura antagónicas de dos constitucionalistas argentinos; Bidart Campos

En relación al punto, en esa época, sostuve:

La existencia de un orden jurídico superior, la aplicabilidad en el orden interno de normas que no son producto del Congreso; la posibilidad de instaurar un tribunal supranacional con conocimiento y decisión en las causas entre Estados de la comunidad y de particulares con relación a la comunidad y/o un Estado miembro; son todos aspectos que no fueron tenidos en cuenta por los constituyentes originarios al redactar la Constitución, puesto que la situación de una comunidad de países era algo que no existía, al menos en el sentido actual. La Constitución fue pensada para regular situaciones dentro del sistema nacional y cuando enfoca relaciones con terceros países, dichos relacionamientos están fundados en el reconocimiento y respeto del principio de soberanía.⁽²¹⁾

Y por ello, estábamos en presencia de una "... laguna constitucional respecto a la existencia de relaciones de la integración o comunitarias. Respecto a este nuevo esquema de solidaridad internacional entre países, que han pactado una vinculación especial y para el logro de los fines de esta comunidad se establecen órganos con competencias específicas, la Constitución guarda silencio absoluto. Por lo cual el primer paso para salvar la vigencia de ambos institutos es realizar una interpretación armónica e integral de la Constitución Nacional".⁽²²⁾

Se trataba de aplicar una interpretación dinámica de la Constitución porque, como decía Oyanarte:

En un primer tramo de este siglo cuando el tribunal era orientado por el pensamiento de Bermejo, se usaba el método estático, que remite a la voluntad del legislador originario y da por cierto que la Constitución, mientras no haya reforma, conserva el significado que tuvo al ser adoptada. Mas no bien se produjo

y Bianchi, en el artículo que redactaron conjuntamente, titulado "¿La jurisdicción internacional prevista en el Pacto de San José de Costa Rica viola la Constitución Nacional?", en ED, 118-976.

(21) STORTONI, GABRIELA A., "Sobre la existencia de un Derecho Administrativo de la Integración frente al esquema del Tratado de Asunción", en Anuario de Derecho 2, Bs. As., Universidad Austral, AbeledoPerrot, 1996.

(22) "En tal sentido es factible que una Constitución que impidiera un proceso integrativo profundo, cuando éste fuera necesario para alcanzar el bien común regional, ésta devendría injusta. Del mismo modo si la integración es un paso necesario y obligado para la consecución del bien común nacional, su prohibición provocaría entonces otra injusticia suplementaria" SAGÜES, NÉSTOR, "La cuestión federal en la integración latinoamericana", en ED, 29-903.

el primer gran impacto que conmovió la íntegra estructura del país (crisis de 1922, crisis de 1929, segunda Guerra Mundial) este método fue desecharlo. Así en el caso Avico, la Corte se apartó de los precedentes sin decirlo y acogió el método que ahora llamamos dinámico, poniéndolo al amparo de Marshall. Por su parte una situación similar ocurrió en las comunidades autonómicas de España, en cuanto a la posibilidad que el nuevo sistema de las comunidades pudiere soslayar sus competencias autonómicas.⁽²³⁾

De allí que, José Eugenio Soriano⁽²⁴⁾ dijera:

Hay ciertamente una lealtad comunitaria, pero sin que la misma dé pie para olvidar la lealtad constitucional que se deben entre sí las comunidades autonómicas y el Estado. La relación entre ambos tipos de lealtades dista mucho de ser clara. Es el Estado español quien está vinculado por las exigencias de la lealtad comunitaria, de manera que los problemas internos de mutua lealtad han de ser resueltos previamente y solo una vez obtenido determinados acuerdos sustanciales proceder a prestar fidelidad a la lealtad comunitaria.

En ese nuevo concierto internacional, el reconocimiento vino a cuenta de la Reforma constitucional, como veremos a continuación.

3. Los tratados internacionales en la Constitución reformada

El régimen de los tratados internacionales impactó directamente en la Reforma de la Constitución Nacional de 1994.

Dice al respecto Gelli:

... si bien a la Convención Reformadora de 1994, se le plantearon varias alternativas a la hora de definir la supremacía en el ordenamiento jurídico argentino, los convencionales optaron por mantener la preeminencia de la Constitución por sobre todo el ordenamiento jurídico argentino —unida a los Tratados de Derechos Humanos enumerados en aquella, conforme a las

(23) Ver STORTONI, GABRIELA A., "Sobre la existencia...", op. cit.

(24) SORIANO, JOSÉ E., *Análisis Jurisprudencial de Reglamentos y Directivas*, Madrid, Tecnos, 1991, pp. 44 y 45.

condiciones que allí se establecían— y la superioridad de las tratados por sobre las leyes.⁽²⁵⁾

En efecto, el perenne art. 31 CN, en punto a las relaciones jerárquicas entre tratados y leyes de la Nación, de ahora en más en materia de tratados internacionales deberá ser leído en consonancia con lo regulado por los incs. 22 y 24 del art. 75 de la Ley Suprema, en su versión reformada.⁽²⁶⁾

La jerarquía normativa que preveía la Constitución Nacional en el punto, hasta esa fecha, era regida por el art. 31 que establecía y establece:

Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto de 11 de noviembre de 1859.

Y, como decía arriba, la lectura de la Constitución, leyes y tratados, va a ser complementada con la introducción de dos incisos esenciales al nuevo art. 75 de la Constitución reformada, los incs. 22 y 24, que establecen que le corresponde al Congreso:

22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. **Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.** La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra

(25) GELLI, M. ANGÉLICA, "Artículos 1º a 43", en *Constitución de la Nación Argentina. Anotada y Concordada*, t. I, 4ta. ed. amp. y act., Bs. As., La Ley, 2009. Ver análisis que realiza la autora de punto 7 del art. 75, inc. 22 CN.

(26) GELLI, M., ANGÉLICA, *ibid.*, p. 478.

la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Solo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.

24. Aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes. La aprobación de estos tratados con Estados de Latinoamérica requerirá la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara. En el caso de tratados con otros Estados, el Congreso de la Nación, con la mayoría absoluta de los miembros presentes de cada Cámara, declarará la conveniencia de la aprobación del tratado y sólo podrá ser aprobado con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, después de ciento veinte días del acto declarativo. La denuncia de los tratados referidos a este inciso, exigirá la previa aprobación de la mayoría absoluta de la totalidad da los miembros de cada Cámara.⁽²⁷⁾

Así resulta claro, y positivado, que los tratados, cualquiera sea su materia o alcance, tengan jerarquía superior a las leyes (art. 75, inc. 22, primera parte, CN).

Ahora bien, si se trata de tratados de derechos humanos, los 10 que se incorporaron en el art. 75, inc. 22, segunda parte, CN tendrán jerarquía constitucional, complementando los derechos que son reconocidos en la primera parte de la Constitución. En igual sentido, tendrán jerarquía constitucional los tratados de derechos humanos que en el futuro se incorporen

(27) El resaltado me pertenece.

a la Constitución mediante el procedimiento de aprobación especial, establecido en la norma constitucional citada.

Por último, y no menor, el texto del art. 75, inc. 24 CN viene a dar una respuesta a las discusiones en materia de integración regional que, a la fecha, se había debatido arduamente. Y así, los constituyentes establecen sin hesitación que es dable proceder a la suscripción de tratados internacionales que deleguen competencias o jurisdicción en organismos supranacionales, con una mayoría especial para proceder a su aprobación legislativa y que, una vez vigentes las mismas, no pueden ser modificadas por leyes posteriores.

Para la época, se destacan los debates suscitados en la Convención Reformadora de 1994. El por entonces convencional Rodolfo Barra, tras destacar que todos los tratados tienen jerarquía supralegal pero infraconstitucional, sostuvo que algunos de ellos son elevados al rango constitucional y que, al tener tal jerarquía constitucional, están en pie de igualdad con la Constitución, complementándola. Así, se diseña un modo de convivencia de las normas domésticas con las de los tratados internacionales, donde la Constitución sigue siendo la norma suprema fundamental, que ahora los contiene.

Respecto al carácter “complementario” que la Constitución le atribuye a los tratados, Barra señaló que su inserción obedeció al propósito de aseverar que ellos no pueden modificar los arts. 1º a 35 de la Ley Fundamental porque, en caso contrario, se estaría vulnerando el art. 7º de la ley 24.309, que declaró la necesidad de la reforma constitucional, que: “fulmina de nulidad absoluta cualquier modificación que se quiera introducir a la Primera Parte de la Constitución Nacional y que, conforme a este principio, los derechos que consagran los tratados no colisionan con los preceptos constitucionales sino que los complementan, explicitan o perfeccionan” y que, si en algún caso concreto, se llegara a presentar una contradicción, “no existirá la complementariedad exigida ahora por el constituyente, por lo tanto, estos derechos no estarán perfeccionados, con lo que no podrán aplicarse”.⁽²⁸⁾

En el mismo sentido, Bidart Campos sostuvo:

La asignación de jerarquía constitucional, además de definir una prioridad sobre las leyes, quiere decir que los tratados se sitúan al mismo nivel de la Constitución, comparten supremacía y que

(28) BADENI, GREGORIO, “El caso ‘Simón’ y la supremacía constitucional”, en *Suplemento de jurisprudencia penal y procesal penal*, Bs. As., La Ley, 29 de julio de 2005, p. 11 y ss.

encabezan con ella nuestro ordenamiento jurídico y que no afirmamos que estos instrumentos estén “incorporados” o integrados a la Constitución formal, ni que formen parte de ella, pero sí enfatizamos que revisten su mismo rango, ubicándose en el llamado bloque de constitucionalidad, fuera de la Constitución documental.

Agrega que la asignación de igual jerarquía y rango se reafirma en el concepto del inc. 22 del citado art. 75, que reza: “no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse como complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”.⁽²⁹⁾

Entonces, en el nuevo esquema constitucional, los tratados internacionales adquieren una dimensión de fuente esencial en la interpretación del derecho, y pueden ser clasificados en:

- **Tratados internacionales *stricto sensu*:** son los tratados que vinculan a dos o más Estados, creando obligaciones recíprocas para las partes. La relación se entabla Estado-Estado y produce efectos mediatos sobre los particulares de los Estados partes.
- **Tratados internacionales fundantes:** son aquellos que vinculan a la comunidad internacional y obligan a todos los Estados, sin reciprocidad específica respecto a otro u otros Estados, sino como condición de pertenencia al sistema internacional. De este tipo participan los tratados sobre derechos humanos, que vinculan a un Estado respecto a todos los hombres del planeta; así como también aquellos que establecen pautas y reglas sobre derecho internacional que todos los Estados deben cumplir, sin requerir como correlato que los otros países las cumplan, por cuanto su no cumplimiento en los términos expresados, generaría responsabilidad internacional. Este tipo de tratados obligan a cada Estado firmante respecto a toda la comunidad internacional, ya sean Estados o habitantes de la comunidad.⁽³⁰⁾
- **Tratados de integración:** este tipo de tratados se caracteriza por vincular a dos o más países, mediante reglas de solidaridad; ello implica que los Estados se han autoimpuesto un objetivo común a alcanzar, que debe ser concretado mediante medidas conjuntas. La falta de solidaridad en la toma de las medidas atenta contra la base misma del tratado de integración. Este tipo de tratado genera obligaciones Estado-Estado, Estado-nacional del mismo Estado y Estado-nacional de otro Estado parte, siempre en forma solidaria y mancomunada.

(29) BIDART CAMPOS, GERMÁN, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, t. III, Bs. As., Ediar, 1995, p. 276.

(30) Son tratados fundantes el Pacto de San José de Costa Rica, la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, la Convención Europea de los Derechos Humanos y la Declaración de los Derechos del Niño, entre otros.

En este esquema veamos cómo impactan en el derecho público, especialmente los dos últimos citados, en tanto son fuente generadora de derecho derivado o de reglas jurídicas de aplicación en el ámbito doméstico, pero que se han generado en el encuentro internacional de derechos humanos o de integración.

4. Integración regional y desarrollo

4.1. El derecho de la integración o comunitario

La integración de América Latina es un proceso lento, pero entendemos que avanza indefectiblemente. Y con él, un nuevo sistema de derecho.

Las previsiones contenidas en los tratados que crearon organismos destinados a aquella finalidad, se revelaron excesivamente optimistas, en cuanto a los plazos necesarios para conseguir sus objetivos, pero el proceso continúa su marcha a través de variadas manifestaciones.⁽³¹⁾

Se ha sostenido que respecto al término integración existe una gran confusión, y que cuando se habla de integración, muy frecuentemente se la identifica solo con cuestiones de comercio o se la asimila a la mera cooperación. Podríamos decir que la integración a la que apuntamos es la de países y por ende, es esencialmente un hecho cultural y es ese el punto de encuentro de las diferentes sociedades, pero ello es una aspiración que puede o no darse. Esto es así debido a que la integración se puede dar en diferentes campos de las relaciones interestatales, puede tener dimensiones espaciales diversas, o el grado de compromiso e integración puede ser menor o mayor. De ahí la dificultad de encontrar una definición única que enmarque todas las posibles formas de manifestación de este fenómeno.

En ese aspecto, se ha definido a la integración como un proceso de transformación social que es libre y voluntario y a partir del cual, los objetivos comunes, los intereses y los conflictos de los Estados, los llevan a integrarse y a tomar medidas de acción mancomunada para superarse y procurar su inclusión en el sistema internacional.

Como bien ha expresado Félix Peña: "la experiencia histórica permite suponer, que, en principio, ningún Estado recurre a la utilización de mecanismos internacionales para hacer cosas que pueden ser realizadas

(31) SARAVIA, ENRIQUE J., "Las empresas públicas binacionales de energía eléctrica en América Latina. Aspectos jurídicos y administrativos" en *Derecho de la Integración*, N° 25-26, vol. 10, 1977, p. 39.

en forma parecida, igual o mejor, mediante la utilización de mecanismos nacionales".⁽³²⁾ Esto significa entonces, que la integración surge como una necesidad de alcanzar soluciones para lo local, que la faz nacional no permite, pero a la cual solo se llega en base a la búsqueda de objetivos comunes que mejore a los Estados partes.

Vamos a advertir aquí la primera innovación, producto de este régimen que impacta en el ámbito local, que es la aparición del denominado "derecho de la integración" o "derecho comunitario", que se caracteriza por la solidaridad como regla de adopción de las decisiones comunes, por cuanto sus miembros aúnán sus esfuerzos para la búsqueda de un objetivo común, que trasciende los intereses nacionales de los Estados que se asocian, y ese objeto es la formación de una esfera comunitaria de intereses supranacionales.

El derecho de la integración o comunitario conforma entonces un régimen jurídico autónomo, que si bien comparte con el derecho internacional el pacto fundacional, luego se edifica en base a reglas y normas que se separan del derecho internacional y se conforman por asimilación de las normativas internas de los Estados partes.

Así, el derecho de la integración o comunitario implica tres categorías:

- I. Normas convencionales.
2. Normas de derecho interno de la organización regional, dirigidas al funcionamiento de los órganos comunitarios.
3. Derecho derivado, es decir, el que emana de las organizaciones regionales para ser aplicado en forma directa e inmediata en el interior de los Estado miembros.

Y este derecho ostenta caracteres y principios exclusivos, no compartidos con otras disciplinas, a saber:

- i. Autonomía: es un derecho distinto de los Estados partes y del derecho internacional.
- ii. Unidad: es de interpretación uniforme para todos los Estados y así debe ser interpretado por el juez nacional cuando actúa como juez comunitario.

Y, a su vez, se rige por principios propios, a saber:

- i. Aplicabilidad inmediata: pretorianamente acuñada por el caso "Vand Gen y Loos"⁽³³⁾ donde se sostuvo "La comunidad es un nuevo orden jurídico cuyos sujetos no son sólo los Estados miembros sino también sus ciudadanos".

(32) PEÑA FÉLIX, "Las fórmulas jurídico-administrativas para proyectos multinacionales de infraestructura física", en Marcos Koplan (comp.), *Corporaciones públicas multinacionales para el desarrollo y la integración de América Latina*, México DF, Fondo de Cultura Económica, 1972, p. 260.

(33) Fallado por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 1963.

- ii. Aplicabilidad directa: concepto definido en el célebre caso "Simmenthal",⁽³⁴⁾ también resuelto por la Corte Comunitaria precipitada. La aplicabilidad directa significa que las reglas del derecho comunitario deben desplegar la plenitud de sus efectos de manera uniforme en todos los Estados miembros a partir de su entrada en vigor y durante todo su período de validez. Por lo tanto, sus disposiciones son una fuente inmediata de derechos y obligaciones para todos aquellos a quienes afectan, ya se trate de Estados miembros o de los particulares que son parte de las relaciones jurídicas sometidas al derecho comunitario. Este efecto alcanza al juez local que, conociendo de un asunto en el marco de su competencia, tenga por misión como órgano de un Estado miembro, salvaguardar los derechos conferidos a los particulares por el derecho comunitario. Por ende, las normas consideradas operativas necesitan de su recepción para ser invocadas en sede doméstica por los particulares o el juez.
- iii. Primacía: el principio se establece en el caso "Costa c/ Enel"⁽³⁵⁾ en el cual se expresa que "... a diferencia de los tratados internacionales ordinarios, el tratado de la CEE ha instituido un ordenamiento jurídico propio, integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros desde la entrada en vigor del tratado y que se impone a sus órganos jurisdiccionales, en efecto, al crear una comunidad de duración ilimitada, dotado de instituciones propias, de personalidad, de capacidad internacional y más particularmente de poderes reales nacidos de una limitación de competencia o de una transferencia de atribuciones de los Estados a la comunidad...", creando un cuerpo de derecho que vincula a sus naciones y a ellos mismos.
- iv. Expansión: el derecho comunitario tiene vocación de expandir sus efectos a todas las ramas de la vida, en tanto conforma una nueva forma de organización de la sociedad. En los textos de derecho comunitario europeo encontraremos que, desde el inicio, este clasifica sus normas en **normas originarias**, a las que les corresponden los tratados fundacionales, y **normas de derecho derivado**, que resultan de aplicación de las directivas y políticas definidas en los tratados fundacionales.⁽³⁶⁾

4.2. El derecho comunitario o de la integración en el Tratado de Asunción

Entre los ejemplos de integración que podemos tomar para verificar la existencia de estas reglas aparece el denominado Tratado de Asunción o Mercosur, firmado en 1991. Fue concebido para su concreción en dos etapas. La primera, ya cumplida, se denominó Período de Transición, durante

(34) Fallado por la Corte Europea el 9 de marzo de 1978.

(35) Fallado por la Corte Europea el 15 de julio de 1964.

(36) STORTONI, GABRIELA A., "Actos administrativos y Reglamentos Comunitarios", en Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Bs. As., Depalma/RAP, 2002, pp. 473/485.

el cual deberían concretarse una serie de medidas destinadas a alcanzar las metas de constitución de un mercado común. Luego, el Período Definitivo de conformación del Mercado.

Veamos cómo jugaban las reglas de integración en estas etapas:

- a. Impacto jurídico sobre el derecho administrativo interno durante el período de transición.

El Tratado de Asunción prevé una serie de medidas durante el período de transición, el cual abarca desde la vigencia del Tratado hasta la conformación definitiva del mercado común. El objetivo es preparar el despegue del mercado que se constituirá. El art. 3º del Tratado de Asunción define estructuralmente, ya que los aspectos operativos se encuentran en los respectivos anexos, el período de transición, entendido primordialmente como la etapa imprescindible para permitir que los sujetos económicos que venían operando introduzcan en su empresa las modificaciones industriales y comerciales necesarias en orden a las nuevas condiciones de operación que planteará el mercado común.

- i. Normas administrativas comunitarias de organización interna.

En primer lugar, existen normas administrativas en la organización de los órganos comunitarios. Por ejemplo, el Reglamento Interno del Grupo Mercado Común⁽³⁷⁾ es una norma de organización administrativa interna que fija las reglas de funcionamiento interno del Grupo Mercado Común, así como sus competencias, obligaciones y responsabilidades.⁽³⁸⁾

- ii. Normas administrativas comunitarias que se dirigen a los Estados partes.

En segundo lugar, encontramos en el propio Tratado de Asunción normas de carácter administrativo que producen impacto directo sobre los Estados miembros; ellas son las atinentes al Programa de Liberación Comercial previstas en el Anexo I del Tratado. Dicho Anexo prevé la eliminación gradual de gravámenes y restricciones, entendiendo por los primeros los derechos aduaneros, recargos de carácter fiscal, monetario, cambiario o de cualquier naturaleza que incidan en el comercio exterior y, por las segundas, entiende las medidas de carácter administrativo, financiero, cambiario o de cualquier naturaleza que dificulte el comercio reciproco (por ejemplo: subvenciones y dumping).

(37) MERCOSUR/DEC/C.M.C./4/91.

(38) Resultan, asimismo, normas de contenido administrativo aquellas que delegan facultades propias de Consejo Mercado Común en el Grupo Mercado Común, como por ejemplo, la MERCOSUR/CMC/ DEC/10/91, que delega en el Grupo la facultad de aprobar los Programas de Cooperación Técnica Internacional de Apoyo al Mercado Común del Cono Sur, técnica de derecho público, de especie administrativa.

La eliminación se preveía gradual y en base a escalas previstas, para llegar a la eliminación total al 31 de diciembre de 1994. Esta norma introdujo modificaciones en dos ramas del derecho público interno: el derecho aduanero y el derecho fiscal.

En estos casos, la fuente normativa comunitaria se inserta directamente en el marco interno, por cuanto el tratado es ley, en el sentido del art. 31 CN. Por ende, toda normativa comunitaria en contravención a lo dispuesto por dicho anexo deberá ser derogada o no aplicada.⁽³⁹⁾

b. Derecho comunitario o de la integración en la constitución definitiva del Mercosur.

Al sistema de decisiones y resoluciones como fuente del derecho derivado, que se produjo durante el Período de Transición, la conformación definitiva del Mercosur va a incorporar la obligatoriedad del cumplimiento de tales normas.

Es que la conformación definitiva del Mercosur, alcanzada por el Protocolo de Ouro Preto le va a asegurar a las decisiones, directivas y resoluciones que dicten los órganos creados para el cumplimiento de los fines del Tratado, el carácter de obligatoriedad.

Dice el art. 42 del Protocolo: “las normas emanadas de los órganos del Mercosur previstos en el Artículo 2 de este Protocolo tendrán carácter obligatorio y, cuando sea necesario, deberán ser incorporadas a los ordenamientos jurídicos nacionales mediante los procedimientos previstos por la legislación de cada país”.

De lo expuesto resultaría que, si la norma de derecho derivado no establece la necesidad de un procedimiento especial de recepción interna, la misma debería ser incorporada en forma directa e inmediata siguiendo la doctrina de la Comunidad Europea; dando lugar la obligatoriedad a un carácter adicional que es la aplicabilidad explicada *ut supra*.

c. La clasificación de las normas comunitarias.

El denominado derecho derivado del Mercosur ha producido modificaciones en áreas del derecho administrativo interno de los Estados partes.

(39) La política que Brasil puso en marcha en marzo de 1992 provocó grandes conflictos en los demás países miembros del T.A. y, consiguientemente, desconfianza en el éxito del programa de integración. La cuestión se centra en una cantidad de medidas de promoción para la exportación local, que vulnera los planes de desgravación conjunta y armonización de políticas macroeconómicas previstas por el T.A. La situación no resulta aún clara pero es necesario evitar prácticas de tal naturaleza que no condicen con la *affectio societatis* que debe existir entre los países miembros del T.A. Ver asimismo EGUIAR, LUIS; RÚA BOERO, RODOLFO, “Brasil 92: ¿volver al futuro IV?”, en *Periódico Económico Tributario*, 30-III, 1992.

Como vimos anteriormente, diversas son las formas de manifestación de la voluntad de los órganos creados por el Tratado de Asunción que resultan vinculantes, pues bien, veamos cuáles son los alcances y efectos de tales manifestaciones:

- i. Las decisiones: son las adoptadas por el Consejo Mercado Común con el objeto de asegurar el establecimiento del Mercado Común. El Tratado nada establece respecto a los efectos y alcances de tales normas o su naturaleza jurídica, por lo cual corresponde a la doctrina elaborar, a través de las decisiones que se han dictado, una idea sobre estos aspectos.⁽⁴⁰⁾ Una discusión interesante se plantea en torno a su naturaleza jurídica. Cassagne sostiene al respecto que las decisiones tienen naturaleza legislativa y las asimila a los reglamentos de la Comunidad Económica Europea. Establece que el derecho derivado del Tratado tiene aplicabilidad inmediata sin necesidad de recepción por mecanismos legislativos internos, dice que esta conclusión se impone en virtud de que, no obstante el Tratado no ha receptado como principio la aplicabilidad inmediata en los países miembros, los órganos del Tratado se encontrarían habilitados para adoptar una serie de decisiones que repercuten en el derecho interno, las cuales solo tienen sentido si son operativas. Aplica la doctrina del llamado efecto útil de los tratados. Finalmente, diferencia aplicabilidad inmediata de efecto directo, entendiendo por este último, la posibilidad de que las normas comunitarias puedan ser opuestas a los ciudadanos de los países miembros y, a su vez, la posibilidad de impugnación de tales normas.⁽⁴¹⁾
- ii. Las resoluciones: en el segundo nivel de impacto legal del denominado derecho derivado se encuentran las resoluciones que dicta el Grupo Mercado Común. Durante el Período de Transición son actos intracomunitarios, puesto que no despliegan sus efectos sobre los Estados en forma directa, salvo delegación del Consejo Mercado Común. Estas mismas, luego del Protocolo de Ouro Preto, son obligatorias.

(40) La primera decisión importante al respecto es la MERCOSUR/CMC/ DEC/13/91. La norma en cuestión no establece una orden de publicación dirigida a los Estados, por parte del C.M.C., sino que pone a disposición de los Estados la normativa comunitaria para su publicación respectiva en cada país. Por ende, no resulta dicha publicación un acto de perfeccionamiento de la norma. Solo instrumenta la debida publicidad interna que, a los efectos de información a los particulares, debe dársele a las normas dictadas por los órganos comunitarios. De allí, la decisión tiene validez y eficacia desde que es producida y comunicada a los países miembros. Una vez que es comunicada, surge para el sujeto al cual se dirige la obligatoriedad de su cumplimiento y puesta en marcha, ello al menos es así desde un punto de vista teórico. Pero realizando un análisis casuístico de las decisiones que se han dictado hasta el momento podemos afirmar que no resulta lo dicho, en todos los casos.

(41) Tipos de decisiones: i) **decisiones de organización**: sus destinatarios son los órganos internos del tratado, son de aplicación directa e inmediata y podemos definirlos como actos intracomunitarios; ii) **decisiones de ejecución dirigida a los Estados** pueden tener efectos inmediatos y hay que distinguir entre las que son operativas.

- iii. Las directivas: aparecen por primera vez en el Protocolo de Ouro Preto y son obligatorias. Son similares a las resoluciones, de ejecución de políticas, pero solo pueden ser dictadas por el Consejo Mercado Común (CMC).
- iv. Recomendación a los Estados: no son vinculantes ni obligatorias y aportan meros lineamientos de acción o interpretación.

4.3. La revitalización política de la integración: la creación de Unasur

Las integraciones regionales no se imponen, sino que nacen de la voluntad política y de la identidad cultural. Por eso, la impronta de la región se va a ver revitalizada con la creación de la Unasur, el 23 de mayo de 2008, conformada por Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Chile, Ecuador, Guyana, Paraguay, Perú, Suriname, Uruguay y Venezuela para aprobar el Tratado Constitutivo de la Unión de Naciones Suramericanas (Unasur).

La Unasur va a destacar como objetivo general

construir, de manera participativa y consensuada, un espacio de integración y unión en lo cultural, social, económico y político entre sus pueblos, otorgando prioridad al diálogo político, las políticas sociales, la educación, la energía, la infraestructura, el financiamiento y el medio ambiente, entre otros, con miras a eliminar la desigualdad socioeconómica, lograr la inclusión social y la participación ciudadana, fortalecer la democracia y reducir las asimetrías en el marco del fortalecimiento de la soberanía e independencia de los Estados.⁽⁴²⁾

En efecto, tal y como lo han consignado expresamente entre los principios consagrados en el Preámbulo, el eje central ha sido puesto en la integración regional de los pueblos que la componen. Integración entendida en el más amplio de los sentidos, abarcando no solo el aspecto económico y social de la región, sino también el cultural.

Es por ello que los Estados “entienden que la integración suramericana debe ser alcanzada a través de un proceso innovador, que incluya todos los logros y lo avanzado por los procesos de Mercosur y la CAN”.

Por eso, en el proceso de integración, la Unasur va a ser el elemento de cohesión política, social y cultural que faltaba en el sistema regional. Por qué un mero bloque comercial no puede sostenerse en el tiempo (y así también

(42) Art. 2º, Tratado Constitutivo de Unasur, aprobado el 23 de mayo de 2008.

lo demuestra la experiencia en la Unión Europea que hoy configura una confederación de países, más que un espacio económico integrado).

La Unasur está integrada por cuatro órganos de carácter institucional, a saber:

1. el Consejo de Jefas y Jefes de Estado y de Gobierno;
2. el Consejo de Ministras y Ministros de Relaciones Exteriores;
3. el Consejo de Delegadas y Delegados; y
4. la Secretaría General.⁽⁴³⁾

(43) El Consejo de Jefas y Jefes de Estado y Gobierno se erige como el órgano máximo de Unasur, quien se reunirá una vez al año, salvo que un Estado miembro convoque a una reunión extraordinaria. Entre sus atribuciones se encuentran: a) Establecer los lineamientos políticos, planes de acción, programas y proyectos del proceso de integración suramericana y decidir las prioridades para su implementación. b) Decidir sobre las propuestas presentadas por el Consejo de Ministras y Ministros de Relaciones Exteriores. El Consejo de Ministras y Ministros de Relaciones Exteriores se reunirá cada seis meses, a menos que la Presidencia Pro Tempore convoque a una reunión extraordinaria. Para ello, re requerirá la petición de la mitad de los Estados Miembros. Entre sus funciones, podemos mencionar: a) adoptar resoluciones para implementar las Decisiones del Consejo de Jefas y Jefes de Estado y de Gobierno; b) proponer proyectos de decisiones y preparar las reuniones del Consejo de Jefas y Jefes de Estado y de Gobierno; c) coordinar posiciones en temas centrales de la integración suramericana; d) desarrollar y promover el diálogo político y la concertación sobre temas de interés regional e internacional; e) realizar el seguimiento y evaluación del proceso de integración en su conjunto; y f) aprobar el Programa Anual de Actividades y el presupuesto anual de funcionamiento de Unasur. El Consejo de Delegadas y Delegados estará conformado por un o una representante acreditado por cada Estado miembro. Se reunirá en el territorio del Estado que ejerce la Presidencia Pro Tempore u otro lugar que se acuerde, con una periodicidad bimestral. El Consejo tendrá las siguientes funciones, a saber: a) implementar mediante la adopción de las disposiciones pertinentes, las decisiones del Consejo de Jefas y Jefes de Estado y de Gobierno, y las resoluciones del Consejo de Ministras y Ministros de Relaciones Exteriores, con el apoyo de la Presidencia Pro Tempore y la Secretaría General; b) preparar las reuniones del Consejo de Ministras y Ministros de Relaciones Exteriores; c) elaborar proyectos de decisiones, resoluciones y reglamentos para la consideración del Consejo de Ministras y Ministros de Relaciones Exteriores; y d) compatibilizar y coordinar las iniciativas de Unasur con otros procesos de integración regional y subregional vigentes, con la finalidad de promover la complementariedad de esfuerzos, entre otras. Finalmente, la Secretaría General, será ejercida por el Secretario, quien será designado por el Consejo de Jefes y Jefas de Estado y de Gobierno, a propuesta del Consejo de Ministras y Ministros de Relaciones Exteriores por un período de dos años, que podrá ser renovado por un solo período. Asimismo, el Secretario no podrá ser sucedido por un funcionario de su misma nacionalidad. Serán sus funciones principales: a) apoyar al Consejo de Jefas y Jefes de Estado y de Gobierno, al Consejo de Ministras y Ministros de Relaciones Exteriores, al Consejo de Delegadas y Delegados y a la Presidencia Pro Tempore, en el cumplimiento de sus funciones; b) proponer iniciativas y efectuar el seguimiento a las directrices de los órganos de Unasur; c) participar con derecho a voz y ejercer la función de secretaría en las reuniones de los órganos de Unasur; d) preparar y presentar la Memoria Anual y los informes respectivos a los órganos correspondientes de Unasur; e) servir como depositaria de los acuerdos en el ámbito de Unasur y disponer su publicación correspondiente; f) preparar el proyecto de presupuesto anual para

La adopción de las políticas conjuntas puede ser del tipo global o de alcance parcial, iniciando su implementación por al menos, tres miembros “... siempre y cuando se asegure, tanto la posibilidad de incorporación de otros Estados Miembros, como la información periódica de su avance al Consejo de Delegadas y Delegados”, conforme establece el art. 13 del Tratado Constitutivo en comentario.

4.4. Las entidades binacionales

La creación de empresas públicas multinacionales del sector público ha sido consecuencia, en cada caso concreto, de la convicción sobre la conveniencia de este tipo de fórmula para la ejecución y administración del proyecto conjunto. Las ventajas para ello derivan de la mayor racionalidad que implicaría el aprovechamiento conjunto, de que no habría posibilidad jurídica de realizarlo individualmente, de que este mecanismo permitiría superar el límite razonable de endeudamiento externo de cada país o trasponer la limitación financiera individual de cada uno de los Estados intervenientes o de que le permitiría alcanzar economías de escala.⁽⁴⁴⁾

Nuevas realidades, concreciones y proyectos en el mundo revelan que el aislacionismo de los países, la acendrada defensa de las soberanías individuales e inclusive la coexistencia en la diversidad, resultan insuficientes, o cuanto menos determinan una relativa imposibilidad de los mismos para la atención de sus múltiples necesidades locales. Los acuerdos regionales internacionales de integración económica se presentan como un nuevo horizonte en el crecimiento de las naciones.⁽⁴⁵⁾

Retomando lo manifestado por Saravia⁽⁴⁶⁾ podemos sostener que uno de los resultados más significativos del proceso integrationista ha sido configurado por el surgimiento de las entidades binacionales.

Siguiendo esta línea de razonamiento, se afirma que las entidades binacionales son el producto directo de la integración entre los Estados intervenientes.

la consideración del Consejo de Delegadas y Delegados y adoptar las medidas necesarias para su buena gestión y ejecución.

(44) SARAVIA, ENRIQUE J., “Las empresas públicas binacionales de energía eléctrica en América Latina. Aspectos jurídicos y administrativos”, op. cit., p. 40.

(45) GAGLIARDO, MARIANO, *Sociedades en el Mercosur*, Bs. As., AbeledoPerrot, 1996, p. 11.

(46) SARAVIA, ENRIQUE J., “Las empresas públicas binacionales de energía eléctrica en América Latina. Aspectos jurídicos y administrativos”, op. cit., pp. 39/52.

Los entes públicos binacionales son organizaciones intergubernamentales, con forma asociativa empresaria, que tienen un estatuto de características interregulatorias y deben ser considerados “nacionales” en cada uno de los Estados partes (esta última parece ser una característica esencial y común de las empresas binacionales).⁽⁴⁷⁾

Las características de las entidades binacionales son, entre otras, las siguientes:

- a. **Organismo creado o empresa constituida.** La creación de un organismo diferenciado de las partes que lo integran constituye el primer requisito para la existencia de una entidad binacional. Si los Estados interesados cumplen sus objetivos en forma directa, sin proceder a la constitución de una entidad para realizar las actividades tendientes a tal fin, no se produce el nacimiento de un establecimiento público internacional.
- b. **Objeto específico.** La prestación de un servicio determinado, establecido como objetivo específico del organismo creado, constituye un segundo requisito para la constitución de las entidades binacionales. Se apunta primordialmente, a diferenciar a los establecimientos públicos internacionales de aquellos otros organismos internacionales que tienen una competencia general y amplia variedad de actividades, como es el caso de las Naciones Unidas y de algunas comunidades europeas.
- c. **Autonomía de medios.** Todo establecimiento público internacional debe estar provisto de los medios necesarios para poder cumplir su objetivo, con independencia de los Estados miembros. En muchos casos, las partes contratantes se comprometen a otorgar a las entidades binacionales pertinentes la asistencia necesaria para sus operaciones de crédito, mediante el otorgamiento de avales en forma conjunta o separada.
- d. **Autonomía de poderes.** La voluntad de las entidades binacionales es distinta e independiente de la voluntad de las partes contratantes, y emana de los acuerdos bilaterales suscriptos por los gobiernos en cada caso. Estos organismos poseen plena capacidad jurídica, financiera y administrativa para el cumplimiento de sus objetivos.

Las entidades binacionales pueden ser creadas de diferentes maneras, a saber:

- a. A través de un tratado internacional, sujeto a ratificación.
- b. Por acuerdo internacional, obligatorio desde su firma, sin exigencia de ratificación.

(47) ETCHEVERRY, RAÚL A., “Empresas Binacionales Argentino-Brasileñas: Un nuevo instrumento de integración”, en Revista de Derecho Privado, nº 8, año 3, mayo-agosto, 1992.

- c. A través de dos actos jurídicos: un tratado que prevé la cooperación en un sector determinado y la posibilidad de creación de una empresa para ese fin, seguido de un acuerdo de aplicación entre las personas jurídicas que participan en su constitución definitiva y le otorgan estatuto.
- d. Por un contrato de derecho público o de derecho privado, por decisión de un organismo internacional.

Los entes públicos binacionales o plurinacionales generan, en ocasiones, algunos problemas; en tanto tienen, en principio, inmunidad de jurisdicción como sujetos de derecho internacional, debido a sus tratados constitutivos o acuerdos de sede. Pero ello, como dice Bidart Campos, no implica negar el acceso a la jurisdicción a las personas físicas o jurídicas que tengan con dichos entes relaciones de derecho. Esto ha sido reconocido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Cabrerá, Washington c/ Comisión Técnica Mixta de Salto Grande”, del 5 de diciembre de 1988.⁽⁴⁸⁾

El derecho aplicable de los entes binacionales se regirá por sus normas de constitución, que son tratados internacionales. Así, podría determinarse que se ríjan por la legislación nacional de uno de los Estados o por normativa propia que denominaremos derecho comunitario o de integración, pudiendo aplicar en forma suplementaria la legislación nacional.

4.4.1. Las primeras experiencias: Yacyretá y la comisión mixta Salto Grande

En este punto vamos a repasar algunas reglas que, en materia de entidades binacionales, han sido aplicadas en nuestro país, a partir de las entidades más importantes en términos de compromisos regionales y vocación institucional, no obstante existir otros ejemplos de estas instituciones pero de menor impacto en el tema.

- i. Yacyretá: creada mediante el Tratado de Yacyretá, suscripto entre la República Argentina y la República del Paraguay —que fue incorporado a nuestro ordenamiento jurídico interno a través de la ley 20.646, sancionada el 6 de febrero de 1974— tiene por objeto la realización de una obra común para el aprovechamiento hidroeléctrico del Río Paraná, incluyendo —a su vez—

(48) GIULIANI FONROUGE, C., “Acerca del status de un ente binacional”, en *LL*, XLV-29; BIDART CAMPOS, GERMÁN J., “Inmunidad total de jurisdicción de entes internacionales y de privación de justicia en sede interna e internacional”, en *ED*, t. 91, p. 194 y ss.; “El derecho de la jurisdicción y la jurisdicción internacional”, en *ED*, t. 15, p. 953; “Un importante fallo de la Corte: derecho internacional, inmunidad de jurisdicción y derecho a la jurisdicción”, en *ED*, t. 107, p. 613.

el mejoramiento de las condiciones de navegabilidad y la mitigación de los efectos medioambientales generados por el proyecto.

En dicho marco las Altas Partes Contratantes constituyeron, en igualdad de derechos y obligaciones, la Entidad Binacional Yacyretá (EBY) con capacidad jurídica, financiera y administrativa, y responsabilidad técnica para estudiar, proyectar, dirigir y ejecutar las obras que tienen por objeto poner en funcionamiento la obra hidroeléctrica y explotarla como una unidad desde el punto de vista técnico-económico.

Yacyretá se constituyó mediante la participación accionaria, en partes iguales, de ANDE, de Paraguay, y A. y E. (Agua y Energía Eléctrica, hoy Energéticos Binacionales SA-EBISA), de Argentina. Se rige por las normas establecidas en el tratado constitutivo, sus anexos, los demás instrumentos diplomáticos vigentes y los que se acordaren en el futuro. Sus órganos son un Consejo de Administración y un Comité Ejecutivo, integrado por igual número de nacionales de ambos países.

ii. Comisión Técnica Mixta de Salto Grande: El 22 de abril de 1998 se sancionó en nuestro país la Ley 24.954 de Aprovechamiento Hidroeléctrico de Salto Grande, asimismo, la citada norma ratifica los acuerdos celebrados entre la Nación y las provincias de Entre Ríos, Corrientes y Misiones; que tiene por objeto la construcción de la obra “Central Hidroeléctrica Binacional de Salto Grande”, que es una represa y central hidroeléctrica ubicada en el curso medio del Río Uruguay, unos 15 km al norte de las ciudades de Salto (Uruguay) y Concordia (provincia de Entre Ríos, Argentina).

El Complejo Hidroeléctrico Salto Grande es un generador de recursos indispensables para la vida de Argentina y Uruguay, de allí que su concreción solo podría realizarse mediante el esfuerzo conjunto solidario y mancomunado de los estados de Uruguay y Argentina en una empresa común que es la entidad binacional.

Es, por ello, un ejemplo de integración y unión entre dos pueblos que, cumplidos treinta años desde la finalización de las obras del Complejo Hidroeléctrico, continúa generando y transmitiendo energía eléctrica, estudiando y trabajando sobre todo aquello que, alguna vez, hace muchos años, los pueblos y los gobiernos quisieron.

4.5. Nuevas entidades binacionales: la experiencia con Chile

El Tratado de Maipú de Integración y Cooperación entre la República de Chile y la República Argentina —suscripto el 30 de octubre de 2009— constituyó un hito en el proceso de integración chileno-argentino. Ratificado

por los Congresos de ambos países en noviembre de ese año, entró en vigencia el 22 de enero de 2010.

El Tratado de Maipú, complementario al Tratado de Paz y Amistad de 1984, es el reflejo del progreso alcanzado en las relaciones bilaterales y los logros obtenidos en todas las áreas de interés común. En dos siglos de historia independiente, ambos países —unidos en origen y por la segunda frontera más larga del mundo— han fortalecido sus vínculos y logrado superar las diferencias, dando paso a un proceso de integración profunda.

Conjuntamente con el Tratado, entraron en vigor 3 protocolos complementarios: dos relativos a la Constitución de Entidades Binacionales para estudiar la factibilidad y eventual desarrollo de los proyectos relativos al “Túnel de Baja Altura-Ferrocarril Trasandino Central” y al “Túnel Internacional Paso Agua Negra”; y el tercero, para la constitución de un grupo de trabajo especial para la “Adopción de un Acuerdo General sobre Libre Circulación de Personas”.

Es interesante cómo, por primera vez, la República Argentina y la República de Chile han unido sus esfuerzos políticos y sus convicciones particulares para, en conjunto, desarrollar obras de conectividad en común: los pasos de Agua Negra y de Cristo Redentor o Aconcagua.

4.5.1. “Entidad Binacional ‘Túnel Internacional de Agua Negra’ (Ebitan)”

La Entidad Binacional Argentino-Chilena “Túnel Internacional Paso de Agua Negra” (Ebitan) creada por el Protocolo Adicional al Tratado de Maipú se constituye mediante su primera reunión el 26 de enero de 2010, representada por funcionarios designados por los Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, Cancillería y la Provincia de San Juan, por el lado Argentino, y el Ministerio de Obras Públicas, Cancillería y la Región de Coquimbo, por el lado chileno.

El Protocolo establece dos etapas para concretar el objetivo del acuerdo, que es la construcción del paso de baja altura.⁽⁴⁹⁾ Estas etapas son necesarias

(49) El Paso de Agua Negra es uno de los 13 pasos carreteros priorizados por Chile y Argentina. Está emplazado estratégicamente dentro de la franja central de ambos países y fue considerado con alta prioridad de inversión, porque atrae tránsito propio que no compite con los eventuales tránsitos de pasos contiguos. Se complementa con el Paso Sistema Cristo Redentor de la conexión Mendoza – Valparaíso y cuando se construya el túnel también concurrirá en su apoyo para el caso de congestión o durante cierres temporarios de aquél por tormentas invernales.

para viabilizar la construcción de la obra, contando con los resultados de los estudios técnicos que el Protocolo Complementario consigna como necesarios para que se decida favorablemente sobre el proyecto.⁽⁵⁰⁾

El Protocolo I estableció entonces, dos etapas. La primera para la realización de los estudios técnicos necesarios para determinar la factibilidad del proyecto; y la segunda, terminados los mismos, si en base a ellos las Partes decidieren la realización de la obra, la entidad cuenta con las siguientes competencias:

- Reunir los antecedentes necesarios a fin de elaborar los pliegos correspondientes para la concreción del proyecto.
- Proceder al llamado a licitación pública y adjudicar el proyecto.
- Una vez adjudicado el proyecto, actuar como organismo de control, *per se* o a través de terceros, asumiendo, para tal fin, las funciones regulatorias y de supervisión necesarias para verificar el cumplimiento del contrato a lo largo de su plazo de vigencia.
- Requerir de los organismos de ambos gobiernos toda la asistencia técnica y toda la información que considere necesaria para el cumplimiento de sus fines.⁽⁵¹⁾

En 2011, con fundamento en el avance de los estudios, la Ebitan comienza a perfilar un nuevo Protocolo II, que tenga como objeto perfeccionar la institucionalidad de la Entidad de cara a la complejidad de cuestiones a atender para la ejecución de la obra y, por ende, el ingreso de la entidad en la segunda etapa de la integración regional.

Ello, finalmente, se concreta en la Reunión Binacional de Ministros de Argentina y de Chile del 29 de agosto de 2014, donde se aprueba la decisión de realizar la obra en base a los estudios llevados a cabo por la entidad binacional. En el mismo acto se aprueba elevar a proyecto de ley el Protocolo II para la ejecución de la obra.

El nuevo Protocolo ya fue aprobado por la República Argentina mediante ley 27.124 y el 11 de agosto de 2015 fue aprobado por el Congreso de Chile, encontrándose, a la fecha de redacción de este artículo,

Ello se explica porque en Agua Negra, a pesar de su mayor altitud, la precipitación nívea es estadísticamente tres veces menor que en el Cristo Redentor. El objeto del tratado es construir una solución vial, consistente en dos túneles de aproximadamente 13,9 km cada uno.

(50) [En línea] <http://www.ebitan.org/ebitan/objetivos.php>

(51) Cabe destacar que las atribuciones enumeradas no tienen carácter taxativo, estando comprendidas en las mismas todas aquellas facultades que sean implícitas e inherentes al cumplimiento de la misión específica de la entidad binacional.

cumplimentándose los trámites correspondiente a su pleno vigor, que se estiman finalizados antes de fin del año en curso.⁽⁵²⁾

Ebitan, en lo que aquí interesa, conforma un nuevo bloque de legalidad, constituido por el marco regulatorio para la ejecución de la obra que es norma derivada de los órganos creados para su cumplimiento. Se adoptó así, una normativa propia, a ser diseñada en forma consensuada por los representantes de los Estados partes; y solo en las materias que resultarían aplicables y, como cláusula residual, podrán regirse por la normativa doméstica.⁽⁵³⁾

4.5.2. "Entidad Binacional 'Túnel de Baja Altura - Ferrocarril Trasandino Central' (Ebifetra)"

El 23 de diciembre de 2014 se suscribe en Santiago de Chile el Protocolo II Complementario al Tratado de Maipú de Cooperación entre la República Argentina y la República de Chile, relativo a la Entidad Binacional para el Proyecto "Túnel de Baja Altura- Ferrocarril Trasandino Central", en adelante, Ebifetra. Dicho instrumento fue incorporado a nuestra legislación interna mediante la ley 27.124, sancionada el 25 de febrero de 2015.

Ebifetra es una entidad binacional de carácter público con capacidad jurídica para el cumplimiento de su cometido específico. Tiene personalidad

(52) A modo ilustrativo, el Protocolo II incorpora algunas cuestiones interesantes, como, por ejemplo, diseña un marco regulatorio aplicable al proyecto, el cual dice el art. 3º, constituye una unidad binacional que se llevará a cabo con sujeción a: i) las disposiciones del Tratado, ii) las disposiciones del Protocolo Complementario, iii) las disposiciones de este instrumento, iv) las disposiciones reglamentarias que en el marco de su competencia dicte la Ebitan, v) los pliegos y los demás instrumentos complementarios a los procesos licitatorios de carácter internacional, vi) los acuerdos bilaterales o multilaterales vigentes entre las Partes, y vii) la legislación interna de las partes, en cuanto resulte aplicable; destacándose la aplicación preferente de las normas de derecho derivado; reconoce una amplia personalidad jurídica a la entidad binacional, en su art. 4º. Asigna amplias atribuciones a la Ebitan, las cuales son de carácter taxativo, estando comprendidas en las mismas todas aquellas facultades que sean implícitas e inherentes al cumplimiento de la misión específica de la Ebitan; y organiza su administración en dos órganos: un Consejo de Administración, es el órgano político, decisorio y la máxima autoridad de la Ebitan y un Comité Ejecutivo, integrado por cuatro directores designados por cada parte, cuya misión será conducir, coordinar, supervisar y gestionar el desarrollo de Proyecto. Finalmente, el Protocolo establece una serie de reglas a aplicar en una área común denominada Área Binacional de Operaciones del Proyecto (AdO) donde regirá un sistema de libre circulación para las personas, bienes y servicios relacionados directamente con el Proyecto.

(53) Una de las cuestiones referidas son las que corresponden, por ejemplo, al derecho ambiental, que es materia de derecho público local, ya que si bien pueden los Estados establecer los presupuestos mínimos de protección en la materia, corresponde a las provincias el dictado de las normativas aplicables como, por ejemplo, en relación a impacto ambiental, y a ello deberá estarse incluso en regímenes comunitarios o de entidades binacionales como el analizado.

jurídica internacional para el cumplimiento de sus objetivos y, en consecuencia, posee capacidad jurídica, patrimonial y administrativa para adquirir derechos y contraer obligaciones y celebrar —con otro sujeto de derecho público o privado, nacional o internacional— los actos y contratos que sean necesarios para la consecución de sus fines.

En la etapa preparatoria del Proyecto Ebifetra se han fijado como atribuciones y deberes de la entidad, entre otras: revisar los estudios técnicos necesarios para la factibilidad del proyecto, pudiendo, con ese objetivo, realizar por sí o por terceros, los estudios y análisis adicionales y/o complementarios que estime convenientes en términos técnicos, económicos, financieros, ambientales y legales del proyecto en el marco que definan ambas partes. Además, definir el alcance y condiciones del proyecto; evaluar las condiciones de factibilidad social, legal, técnica, ambiental y económica para arribar a una conclusión sobre su pertinencia; elevar a las partes para su consideración un informe técnico detallado y fundamentando sobre la factibilidad y conveniencia del proyecto en el que se indiquen los costos finales estimados como resultado de los estudios realizados por la Ebifetra, las estimaciones de demanda, la rentabilidad económica, social y factibilidad ambiental del proyecto para cada país, los riesgos asociados, los compromisos fiscales y las eventuales garantías estatales, entre otros datos.⁽⁵⁴⁾

Al igual que en el caso de Ebitan, la elección de la modalidad de la entidad es el resultado de entender que la construcción de una obra pública que se desarrolla en territorio de dos países necesariamente, debe ser realizada en base a la cogestión de ambos Estados.⁽⁵⁵⁾

4.5.3. Ebileñas

El 6 de enero de 2015 se firmó el Protocolo Complementario al Tratado de Maipú que crea el Ente Binacional Paso Las Leñas. Es considerado de interés estratégico para el proceso de integración binacional y necesario para promover y mejorar el tránsito de personas, bienes y servicios.

(54) Mensaje 2577 del PEN al Honorable Congreso de la Nación, enviado el 29 de diciembre de 2014 con el objeto de someter a consideración un proyecto de ley, tendiente a aprobar el II Protocolo Complementario al Tratado de Maipú de Cooperación entre la República Argentina y la República de Chile relativo a la Entidad Binacional para el Proyecto “Túnel de Baja Altura- Ferrocarril Trasandino Central”.

(55) Cabe destacar que este Proyecto cuenta con la declaración interés público del PEN de ambos países sobre el Proyecto presentado como iniciativa privada.

En el art. 1°, el nuevo Eatileñas tendrá como misión realizar todas las acciones encaminadas a estudiar y encauzar el proyecto en un marco jurídico y técnico de alto nivel, a fin de alcanzar la mejor alternativa para la construcción del túnel que conecte ambos países.

A través de Eatileñas se canalizará la realización de todos los estudios técnicos que permitirán establecer entre ambos países el mejor mecanismo para concretar esta crucial obra de infraestructura vial, de 11,50 km de longitud. El túnel conectaría a la Región del Libertador Bernardo O'Higgins con el sur de la Provincia de Mendoza, especialmente el Departamento de San Rafael.⁽⁵⁶⁾

5. Los tratados sobre derechos humanos y el impacto en la función administrativa

Los tratados sobre derechos humanos van a potenciar la protección de los derechos fundamentales como la vida, la salud, la igualdad, la diversidad y desarrollo del ser humano de un modo extraordinario. La recepción normativa tuvo ribetes internacionales y nacionales; ya que ello obedeció primero al impacto de los crímenes de lesa humanidad producidos por la Segunda Guerra Mundial, y en nuestro país, las denunciadas internacionalmente, violaciones a los derechos humanos durante las dictaduras militares, especialmente la que asume el poder en 1976.

Así aparece la idea de que la protección legal de los derechos sociales, el reconocimiento de los derechos a individuos o grupos vulnerables, el análisis y monitoreo de políticas sociales y de servicios públicos constituyen condiciones necesarias para garantizar los derechos humanos en democracia y se colocan en la agenda del Estado.⁽⁵⁷⁾

La Reforma constitucional del 94, al incorporar el catálogo más completo de derechos humanos, levantó la última esclusa para el reconocimiento de más derechos y con ello amplía la función pública para su aseguramiento.

El derecho a la diversidad, el matrimonio igualitario, y la protección de niñas, niños y adolescentes van a impactar en nuevas obligaciones a cargo del Estado, aumentando, de este modo, el alcance de la función pública.

(56) [En línea] <http://www.minrel.gov.cl/>

(57) [En línea] <http://www.cels.org.ar>

En materia de derecho a la integridad, por ejemplo, en 2008 se sancionó la ley 26.364 cuyo objetivo es la prevención y sanción de la trata de personas y la asistencia a sus víctimas. Desde entonces el Programa Nacional de Rescate y Acompañamiento a las Personas Damnificadas por el Delito de Trata, dependiente del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, ha rescatado más de 5000 personas en el marco de los operativos realizados de las redes de la trata de personas.⁽⁵⁸⁾

Asimismo, como tutela del derecho se creó mediante el decreto 936/2011, en el ámbito del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, la Oficina de Monitoreo de Publicación de Avisos de Oferta de Comercio Sexual, que prohíbe la publicación de este tipo de avisos por cualquier medio. La oficina tiene como objetivo prevenir la trata de personas y la explotación sexual, además de trabajar en la eliminación de todo tipo de expresiones discriminatorias hacia las mujeres y propiciar un debate democrático sobre el rol de los medios de comunicación. De esta forma, se intenta aportar a un cambio cultural para la construcción de una sociedad igualitaria.

Para erradicar la violencia de género, se crea la Comisión Nacional Coordinadora de Acciones para la Elaboración de Sanciones de Violencia de Género (Consavig),⁽⁵⁹⁾ que tiene por objetivo implementar —en conjunto con organismos nacionales, provinciales y municipales y organizaciones sociales— las tareas vinculadas con la elaboración de sanciones a la violencia de género establecidas por la ley 26.485 de Protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en todos los ámbitos que desarrollen sus relaciones interpersonales en sus diferentes tipos y modalidades. Dicha ley define la violencia contra las mujeres como: “toda conducta, acción u omisión 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, así como también su seguridad personal”. Esta definición alcanza a aquellas conductas o acciones “perpetradas desde el Estado o por sus agentes”.

También es cometido de esta Comisión desarrollar tareas de asesoramiento que resulten necesarias para la implementación de la mencionada ley conforme a la normativa nacional e internacional.

(58) [En línea] <http://www.jus.gob.ar>

(59) Fue creada el 21 de febrero de 2011 por Resolución 120 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

Asimismo, articula acciones con los ámbitos universitarios, sindicales, empresariales, religiosos, organizaciones de defensa de los derechos de las mujeres, y otras de la sociedad civil para tal fin.

El crecimiento de la función pública en materia de aseguramiento de derechos humanos podemos verlo en el siguiente cuadro, que detalla algunos programas:

AÑO	Título del Programa	Norma aplicable
2007	Programa nacional de entrega voluntaria de armas de fuego	Ley 26.216
2008	Programa Las Víctimas Contra las Violencias	Resolución 314/2006 del Ministerio del Interior. Resolución 170/2008 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos
2009	Programa nacional de atención al interno con enfermedad mental grave	Resolución 1561/2009 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos
2009	Programa Acceso a la Justicia para Todos	Resoluciones 1114/2007 y 1398/2009 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos
2009	Programa nacional de trabajo en cárceles	Resolución 505/2004 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos
2009	Programa de salud, bioética y derechos humanos	Resolución 1207/2009 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos
2010	Programa de género en la población penitenciaria federal	Resolución 1203/2010 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos
2011	Programa de mediación, métodos de gestión participativa de conflictos y reducción de la violencia en ámbitos Penitenciarios	Resolución 7/2011 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos
2011	Programa interministerial de salud mental argentino	Resoluciones conjunta 1075/2011 y 1128/2011 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y del Ministerio de Salud
2011	Programa nacional de Asistencia para las personas con discapacidad en sus relaciones con la administración de justicia (ADAJUS)	Decreto 1375/2011

AÑO	Título del Programa	Norma aplicable
2011	Programa nacional de evaluación y monitoreo del estado mental de las personas alojadas en las unidades penitenciarias	Resolución 1073/2011 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos
2012	Programa nacional de rescate y acompañamiento a las personas damnificadas por el delito de trata	Resolución 731/2012 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos
2012	Programa nacional de coordinación para la búsqueda de personas ordenada por la justicia	Resolución 1552/2012 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos
2012	Programa para la protección de los datos personales de niños, niñas y adolescentes en internet "con vos en la web"	Resolución 1990/2012 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos
2014	Programa de apoyo técnico y acompañamiento a familias para los períodos de vinculación, guarda y adopción	Resolución 408/2014 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos

6. Otras cuestiones relativas al impacto de los tratados de derechos humanos en el derecho administrativo

6.1. La presunción de inconstitucionalidad de normas domésticas contrarias a reglas de tratados sobre derechos humanos

Es interesante ahora reflexionar sobre cómo los tratados internacionales sobre derechos humanos han generado un impacto en el derecho administrativo, reconocido fundamentalmente por la CSJN a partir de las causas "Gottschau", "Mantecón Valdés" y "Hooft", como las más significativas, entre otras que tienen como objeto erradicar discriminaciones fundadas en normas vigentes en contradicción con los referidos tratados.

Dice Sammartino,⁽⁶⁰⁾ en relación a dichos casos, que la grave consecuencia que la CSJN le asigna a las previsiones normativas sospechosas de discriminación, revela la preferente importancia de los bienes jurídicos que

(60) SAMMARTINO, PATRICIO, "La causa y el objeto del acto administrativo en el Estado constitucional", en *Cuestiones de Acto Administrativo. Reglamento y otras fuentes del Derecho Administrativo*, en Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Bs. As., Rap, 2009, p. 59.

se han querido garantizar: la igualdad de trato y de oportunidades de las personas, cualquiera sea su nacionalidad.

Asimismo, sostiene Sammartino, las decisiones no solo fulminan con nulidad aquellas normas que permiten discriminación por género, raza o sexo, sino que además, sobre las mismas no se presume la constitucionalidad que ostentan en general y quiebra la regla típica de “presunción de validez de los actos estatales”, de la cual deriva la fuerza obligatoria de los mismos.

En el caso “Hooft, Pedro Cornelio Federico c/Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”,⁽⁶¹⁾ la CSJN va a declarar la inconstitucionalidad del art. 177 de la Ley Fundamental de la provincia demandada, en virtud de sostener que

... El actor es discriminado por la norma local, no por ser argentino, sino por ser argentino ‘naturalizado’. No por ser nacional, sino por el origen de su nacionalidad. En efecto, Hooft es argentino, no por el lugar de nacimiento, ni por la nacionalidad de sus padres, sino por su voluntad de integrarse a la Nación como ciudadano (y la voluntad de ésta de acogerlo como tal). Es juez de primera instancia provincial, pero está excluido de la posibilidad de ser camarista por su ‘origen nacional’. Consiguientemente, su situación encuadra en uno de los motivos de discriminación que los pactos prohíben (art. 1.1 del Pacto de San José de Costa Rica y art. 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Ello hace aplicable la doctrina europea, según la cual, la presencia de uno de los motivos prohibidos en el art. 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos (entre otros, el ‘origen nacional’), hace pesar sobre la legislación que lo incluye una presunción, una sospecha de ilegitimidad, con desplazamiento de la carga de la prueba (conf. Bossuyt, Marc en Pettiti Lous Edmond y otros ‘La Convention Européenne des Droits de L’Homme’, Económica, París 1995, comentario al art. 14, p. 477 y autores citados en las notas 6) 7) Y 8).⁽⁶²⁾

(61) Publicado por *elDial.com*, AA25A9, 16/11/2004.

(62) La CSJN sostuvo que “cuando se impugna una categoría infra constitucional basada en el ‘origen nacional’ como sucede en el sub lite, corresponde considerarla sospechosa de discriminación y portadora de una presunción de inconstitucionalidad que corresponde a la demandada levantar” (ver causa “Hooft”, Fallos: 327:5118, consid. 4º y sus citas).

Siguiendo la doctrina del fallo “Hooft”, la Corte entendió en el caso de Evelyn Patrizia Gottschau,⁽⁶³⁾ de nacionalidad alemana, quien promovió acción de amparo contra la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Poder Judicial, Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires) con el objeto de que se revocara la resolución 214/1999, del plenario del mencionado Consejo, que desestimó la impugnación que Gottschau formuló contra el acta 24/1999, de la Secretaría de Coordinación Técnica de aquel, que establecía como requisito para postularse al cargo ser argentino nativo o naturalizado.

Nuestro Máximo Tribunal sostuvo, recogiendo los fundamentos del precedente analizado *ut supra*:

Después de señalar la inversión del *onus probandi* que esa presunción de inconstitucionalidad trae aparejada, el Tribunal puntualizó que aquella solo podía ser levantada por la demandada con una cuidadosa prueba sobre los fines que había intentado resguardar y sobre los medios que había utilizado al efecto. En cuanto a los primeros, deben ser sustanciales y no bastará que sean meramente convenientes. En cuanto a los segundos, será insuficiente una genérica “adecuación” a los fines, sino que deberá juzgarse si los promueven efectivamente y, además, si no existen otras alternativas menos restrictivas para los derechos en juego que las impuestas por la regulación cuestionada.⁽⁶⁴⁾

Y estableció además que cuando se trata de la impugnación de normativas que no gozan de la presunción de constitucionalidad “... se requiere aplicar un escrutinio más severo, cuyas características esta Corte ha indicado en el precedente citado”.⁽⁶⁵⁾

Finalmente, en “Mantecón Valdés, Julio c/ Estado Nacional —Poder Judicial de la Nación— Corte Suprema de Justicia de la Nación”⁽⁶⁶⁾ la Cámara, al confirmar la sentencia de primera instancia, rechazó la acción de amparo interpuesta por una persona de nacionalidad cubana, por medio de la cual cuestionaba la resolución que denegó su inscripción en el concurso convocado para cubrir un cargo de auxiliar en la Biblioteca de la

(63) Publicado por *elDial.com*, AA36CE, 10/08/2006.

(64) Sentencia *in re “Hooft”*, consid. 6º.

(65) Publicado por *elDial.com*, AA36CE, 10/08/2006.

(66) Publicado por *elDial.com*, AA4AEA, 05/09/2008.

Corte Suprema, con fundamento en el art. 1º, punto 1.3, de la resolución 1331/2004 de convocatoria que, a su vez, hallaba sustento en el art. 11 del Reglamento para la Justicia Nacional, según el cual era menester reunir el requisito de ser argentino, condición que no cumplía el actor. Contra aquel pronunciamiento se interpuso recurso extraordinario federal que, denegado, motivó la queja. El Tribunal hizo lugar al recurso y declaró la inconstitucionalidad de las normas en cuestión.

Entre los fundamentos más significativos la Corte sostuvo:

Corresponde declarar la inconstitucionalidad de la resolución 1331/2004 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en cuanto, por remisión al Reglamento para la Justicia Nacional (Adla, XIII-A, 931) —art. 11—, impone el recaudo de la nacionalidad argentina para concursar al cargo de auxiliar de la Biblioteca del Tribunal, pues los extranjeros, en su carácter de habitantes de la Nación, están, en principio, habilitados para el empleo público —conforme artículo 16 de la Constitución Nacional—, y la demandada no acreditó los fines que intentaba resguardar y los medios que había utilizado a tal efecto, al exigir la ciudadanía del país para acceder al cargo en cuestión. (Del dictamen del Procurador General que la Corte, por mayoría, hace suyo).⁽⁶⁷⁾

Más recientemente, en autos “Pérez Ortega Laura Fernanda c/ Honorable Cámara de Diputados de la Nación s/ empleo público”,⁽⁶⁸⁾ la CSJN estableció:

... es indudable la procedencia del agravio relativo a que el artículo 7º, inciso d, de la ley 22.140 resulta violatorio de la Constitución Nacional por imponer una distinción basada en la nacionalidad que, al ser considerada sospechosa de discriminación, no supera el exigente criterio de ponderación que requiere el control de constitucionalidad en estos casos. En este punto, las cuestiones planteadas resultan sustancialmente análogas a las debatidas y resueltas en los precedentes “Calvo y Pesini, Rocío c/Provincia de Córdoba” y “Gottschau, Evelyn Patricia c/ Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”

(67) Publicado en *La Ley*, 10/09/2008, 11, Suplemento Administrativo, 2008 (octubre); 14/11/2008, 41, 6, con nota de Mario A. R. Midón; *La Ley* 2008-F, 498, con nota de Mario A. R. Midón; *La Ley* 2008-F, 334.

(68) Publicado por elDial.com, AA7DoC, 08/03/2013.

(Fallos 321:194 y 329:2986), a cuyos fundamentos y conclusiones corresponde remitir en razón de brevedad. Así se declara.⁽⁶⁹⁾

Los fallos comentados claramente son una aplicación directa de los tratados internacionales sobre derechos humanos, los cuales son de raigambre constitucional y fuente de derecho directa en el ámbito incluso del derecho administrativo, modificando leyes o constituciones locales que se contrapongan a los mismos, porque ello los pone en situación de presumirse inconstitucionales.

6.2. Los tratados internacionales y el alcance de la doctrina de la convencionalidad

Para terminar este estudio, que por cierto no acaba, ya que son innumerables las cuestiones que giran en torno al impacto de los tratados internacionales, como consecuencia del nuevo paradigma del bloque de constitucionalidad previsto en la Reforma con el nuevo art. 75, inc. 22, a todo el conjunto normativo de la Constitución con los instrumentos internacionales de jerarquía constitucional es claro como decía mi maestro Salomoni que “La hermenéutica de lo que es el derecho hoy, en la Argentina, está fuera de nuestras fronteras (...) [Esto] significa que la Constitución ha operado como fuente global del ordenamiento, pero dentro de la fuente global del ordenamiento que será siempre la Constitución de un país, ha establecido una jerarquía de fuentes. Y en esa jerarquía de fuentes se ha atribuido el primer lugar a los tratados de derechos humanos”.⁽⁷⁰⁾

En efecto, y ya lo vimos, los tribunales nacionales y en especial la Corte Suprema, admitieron la vigencia de las normas internacionales en el derecho interno y el reconocimiento de la competencia de los órganos creados por los tratados internacionales de derechos humanos para la interpretación de las cláusulas de los tratados y su obligatoriedad.

A los fallos ya comentados arriba, debemos, en este punto, sumar a la causa “Giroldi”⁽⁷¹⁾ donde el Máximo Tribunal sostuvo que las condiciones de vigencia de los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional

(69) Voto de la mayoría. Considerando 6.

(70) SALOMONI, JORGE L., “Impacto de los Tratados de Derechos Humanos sobre el Derecho Administrativo Argentino”, en *Ordenamientos Internacionales y Ordenamientos Administrativos Nacionales*, Bs. As., Ad-Hoc, 2006, p. 13 y ss.

(71) CSJN, *in re “Giroldi”*, G. 342. XXVI, 07/04/1995.

(art. 75, inc. 22, CN) implican considerar “particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación”,⁽⁷²⁾ constituyendo entonces la aludida jurisprudencia una guía de interpretación para las tribunales locales, toda vez que el estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención (arts. 62 y 64 CADH).

El Máximo Tribunal afirmó en cuanto a la finalidad de aplicar la doctrina internacional, en su consid. 12: “... a esta Corte, como órgano supremo de uno de los poderes del Gobierno Federal, le corresponde, en la medida de su jurisdicción, aplicar los tratados internacionales a los que el país está vinculado en los términos anteriormente expuestos, ya que lo contrario podría implicar la responsabilidad de la Nación frente a la Comunidad Internacional”.

En otro importante fallo, relativo a la prescripción de crímenes de lesa humanidad, la Corte estableció que “si lo que estaba en discusión era la imprescriptibilidad de una asociación ilícita cuyo objeto era la comisión de tales crímenes, el instrumento normativo que debía regir la interpretación era la “Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad” (ver ley 24.584 y decreto 579/2003), que adquirió jerarquía constitucional por ley 25.778”.⁽⁷³⁾ De esta manera, y si bien la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad no estaba vigente al momento de los hechos, la Corte entendió que cabía su aplicación retroactiva en función del derecho internacional público de origen consuetudinario, razón por la que no se viola el presupuesto de la prohibición de la retroactividad de la ley penal.

Un caso particularmente interesante ocurrió en diciembre de 2004, cuando llega a decisión de la Corte Suprema la extinción por prescripción penal respecto de Miguel Ángel Espósito por el hecho cometido en perjuicio de Walter David Bulacio. Al respecto, existía una sentencia de la Corte IDH del 18 de septiembre de 2003, en el caso “Bulacio vs. Argentina”, en el que se declaró la responsabilidad internacional del Estado Argentino —entre otros puntos— por la deficiente tramitación de la investigación

(72) CSJN, “Gioldi”, fallo cit.

(73) CSJN, “Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/homicidio calificado y asociación ilícita y otros —causa N° 259—”, 24/08/2004, Fallos: 327:3312.

penal respectiva, señalando específicamente que "... son inadmisibles las disposiciones de prescripción o cualquier obstáculo de derecho interno mediante el cual se pretenda impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones de derechos humanos".⁽⁷⁴⁾

En efecto, la Corte afirma:

... en consecuencia, se plantea la paradoja de que sólo es posible cumplir con los deberes impuestos al Estado Argentino por la jurisdicción internacional en materia de derechos humanos restringiendo fuertemente los derechos de defensa y a un pronunciamiento en un plazo razonable, garantizados al imputado por la Convención Interamericana. Dado que tales restricciones, empero, fueron dispuestas por el propio tribunal internacional a cargo de asegurar el efectivo cumplimiento de los derechos reconocidos por dicha Convención, a pesar de las reservas señaladas,⁽⁷⁵⁾ es deber de esta Corte, como parte del Estado Argentino, darle cumplimiento en el marco de su potestad jurisdiccional,⁽⁷⁶⁾ [ya que de otra forma] (...) la confirmación de la decisión por la cual se declara extinguida por prescripción la acción penal resultaría lesiva del derecho reconocido en este caso a las víctimas a la protección judicial, y daría origen, nuevamente, a la responsabilidad internacional del Estado Argentino.⁽⁷⁷⁾

(74) CORTE IDH, "Bulacio vs. Argentina", 18/09/2003.

(75) No obstante haber decidido la cuestión conforme el fallo de la Corte IDH, la Corte dejó sentado que "no comparte el criterio restrictivo del derecho de defensa que se desprende de la resolución del tribunal internacional mencionado. En efecto, tal como ya se señaló en este mismo expediente (conf. Fallos: 324:4135, voto de los jueces Petracchi y Bossert), son los órganos estatales quienes tienen a su cargo el deber de asegurar que el proceso se desarrolle normalmente, y sin dilaciones indebidas. Hacer caer sobre el propio imputado los efectos de la infracción a ese deber, sea que ella se haya producido por la desidia judicial o por la actividad imprudente del letrado que asume a su cargo la defensa técnica, produce una restricción al derecho de defensa difícil de legitimar a la luz del derecho a la inviolabilidad de dicho derecho conforme el art. 18 de la CN. La circunstancia de que sea el defensor del imputado quien haya generado tales dilaciones en nada modifica la situación, pues la defensa sólo es inviolable cuando puede ser ejercida en forma amplia. En todo caso, cuando el defensor la ejerza indebidamente, es al Estado a quien le corresponderá encauzar el procedimiento en debida forma, pero en cualquier caso, no es el imputado quien debe velar por la celeridad del proceso ni sufrir las consecuencias de incumplimientos ajenos (conf. en este sentido Fallos: 322:360, disidencia de los jueces Petracchi y Boggiano, considerando 19, *in fine*).

(76) CSJN, *in re "Espósito, Miguel Ángel s/incidente de prescripción"*, E. 224. XXXIX, en *LL*, 2005-C, 1, 23/09/2004, consid. 16.

(77) CSJN, "Espósito", fallo cit., consid. 10.

De esta manera, en fallo dividido, la Corte revocó la prescripción y ordenó dictar un nuevo pronunciamiento de conformidad con la sentencia.

Un año más tarde, tuvo la oportunidad de pronunciarse respecto a las leyes de obediencia debida y punto final, que habían sido recientemente derogadas, y estableció: “las leyes 23.492 y 23.521 intentaron dejar atrás los enfrentamientos entre “civiles y militares”. Sin embargo, en la medida en que, como toda amnistía, se orientan al “olvido” de graves violaciones a los derechos humanos, ellas se oponen a las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y resultan, por lo tanto, constitucionalmente intolerables (arg. art. 75, inc. 22, CN)”.⁽⁷⁸⁾

Otro rasgo importante de destacar del fallo “Simón” es la analogía que nuestro Máximo Tribunal realizó del caso con el precedente “Barrios Altos”⁽⁷⁹⁾ de la Corte IDH. En efecto, dijo:

... sería posible encontrar diversos argumentos para distinguir uno y otro caso, pero tales distinciones serían puramente anecdóticas. Así, por ejemplo, la situación que generó las leyes peruanas y su texto no son, por cierto, “exactamente” iguales a las de punto final y obediencia debida. Sin embargo, a los fines de determinar la compatibilidad de dichas leyes con el derecho internacional de los derechos humanos, no es esto lo que importa. Lo decisivo aquí es, en cambio, que las leyes de punto final y de obediencia debida presentan los mismos vicios que llevaron a la Corte Interamericana a rechazar las leyes peruanas de “autoamnistía”. Pues, en idéntica medida, ambas constituyen leyes ad hoc, cuya finalidad es la de evitar la persecución de lesiones graves a los derechos humanos.⁽⁸⁰⁾

(78) CSJN, “Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. (causa N° 17.768)”, 14/06/2005 , Fallos: 14/06/2005.

(79) CORTE IDH, caso “Chumbipuma Aguirre vs. Perú”, 14/03/2001, Serie C N° 75. Allí la Corte Interamericana declaró que: son “inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y la sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”. Cabe destacar que igual proscripción está contenida en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

(80) CSJN, “Simón”, fallo cit.

En 2007, en el caso “Mazzeo”⁽⁸¹⁾ la Corte consagró la doctrina de la Corte IDH que emana del caso de Almonacid Arellano,⁽⁸²⁾ cuando establece que el Poder Judicial debe realizar un “control de convencionalidad” al 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. De este modo, tras citar numerosos precedentes de la Corte IDH, se estableció para el caso:

... en base al mismo plexo normativo antes expuesto, producto de una hermenéutica de normas y jurisprudencia nacional e internacional, le corresponde a esta Corte declarar la imposibilidad constitucional de indultar a autores y partícipes de esa clase de delitos, pues dicho acto de gobierno conlleva de modo inescindible la renuncia a la verdad, a la investigación, a la comprobación de los hechos, a la identificación de sus autores y a la desarticulación de los medios y recursos eficaces para evitar la impunidad...⁽⁸³⁾

Ratificó así, la tacha de inconstitucionalidad del decreto 1002/1989, mediante el cual el Poder Ejecutivo Nacional indultó, entre otros, a Santiago Omar Riveros, por los hechos a él imputados durante la dictadura militar.

Vemos entonces cómo la CSJN va adoptando, en forma clara, no solo el respeto por la tutela efectiva de los derechos humanos incorporados por los tratados internacionales que regulan la materia y que forman parte de la Constitución Nacional; así como por la delegación de la jurisdicción en tribunales de derechos humanos y el cumplimiento de sus precedentes, sino también, fundamentalmente, establece la obligación de los jueces locales de ejercer el control de convencionalidad de las decisiones que se

(81) CSJN, “Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ rec. de casación e inconstitucionalidad – Riveros”, 13/07/2007, Fallos: 330:3248.

(82) CORTE IDH, “Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, Serie C N° 154, 26/09/2006. En este caso, la Corte —refiriéndose a delitos de lesa humanidad— sostuvo que es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley, y obligados por ende a aplicar las normas vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando el Estado ha ratificado un tratado, como el Pacto de San José, sus jueces, “como parte del aparato Estatal, también están sometidos a ella”, lo que les obliga a velar para que los efectos de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas jurídicas contrarias a su objeto y fin. En otras palabras “el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas, que aplican a 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 IDH, intérprete última de la Convención”.

(83) CSJN, “Mazzeo”, fallo cit., consid. 29.

adopten en el ámbito doméstico, implicando ello el análisis de legalidad de su compatibilidad con el reconocimiento, alcance o extensión del derecho reconocido por la norma internacional.

Ello claramente, va a ser recogido en “Rodríguez Pereyra”⁽⁸⁴⁾ donde establece, al declarar la constitucionalidad de un régimen indemnizatorio aplicable al personal militar que resultaba perjudicial al actor, 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. Resultaría, 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 IDH— 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.⁽⁸⁵⁾

Ahora bien, más recientemente, la CSJN ha resuelto avanzar aún más en el denominado control de convencionalidad, en autos “Carranza Latrubesse, Gustavo c/ Estado Nacional - Ministerio de Relaciones Exteriores - Provincia de Chubut”, en la cual la Corte Suprema de Justicia tuvo que resolver como *holding* si las “recomendaciones” formuladas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al Estado argentino en los Informes previstos por el art. 51.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, son obligatorias.

(84) CSJN, “Rodríguez Pereyra”, R. 401. XLIII, 27/11/2012.

(85) CSJN, “Rodríguez Pereyra”, fallo cit. El control de convencionalidad de oficio había sido introducido en sentencia de la Corte IDH, “Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú”, Serie C N° 158, sentencia de 24/11/2006. Allí se afirmó que “cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin”. En otras palabras, “los órganos del Poder Judicial deben ejercer no solo un control de constitucionalidad, sino también ‘de convencionalidad’ ex officio entre las normas internas y la Convención Americana”.

En un fallo dividido,⁽⁸⁶⁾ la Corte sostiene, recordando nuevamente doctrina de la Corte IDH, que al tratarse de un tratado en materia de derechos humanos, el objetivo principal de estos "... son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción",⁽⁸⁷⁾ el mismo "debe interpretarse de manera de darle su pleno sentido y permitir que 'el régimen de protección de los derechos humanos a cargo de la Comisión y de la Corte, adquiera todo 'su efecto útil'"⁽⁸⁸⁾.

Entiende la Corte que "De esta manera, el sistema de la Convención Americana y las recomendaciones de su art. 51.2 no hacen más, ni menos, que conferir operatividad, *in concreto*, a un principio inconscio de Derecho Internacional, en buena medida ya anunciado: toda violación de una obligación internacional que haya producido daño comporta el deber de repararlo adecuadamente".⁽⁸⁹⁾ Por lo tanto, afirma que sostener que las recomendaciones de la Comisión Interamericana carecen de todo valor para el Estado argentino, sería irrazonable, ya que se prescindiría del objeto y fin del tratado y se disminuiría el "efecto útil" del sistema de peticiones individuales.

7. Palabras finales

Hemos repasado en este breve estudio los impactos más considerables que generan los tratados internacionales en el régimen doméstico, con especial referencia al derecho administrativo, entiendo que es clara la convicción de que estamos frente a una dimensión del derecho administrativo que traspasa las fronteras de nuestro derecho, ya por impronta de aplicación de reglas que emanan de organismos internacionales, ya por la proyección de nuestras normas en la producción de aquellas, como sinergia efectiva.

(86) La mayoría de la Corte Suprema de Justicia estuvo compuesta por el voto conjunto de Fayt y Zaffaroni y los votos particulares de Petracchi y de Maqueda, mientras que la minoría estuvo integrada por el voto conjunto de Lorenzetti y Highton de Nolasco y el voto particular de Argibay.

(87) CSJN, "Carranza Latrubesse, Gustavo c/ Estado Nacional - Ministerio de Relaciones Externas - Provincia de Chubut", 03/08/2013.

(88) CSJN, Carranza Latrubesse, fallo cit.

(89) *Ibid.*

Es cierto, no obstante, que la tarea recién está empezando, y que las variables de nuevos derechos derivados de normas de integración, ya para espacios integrados política, social y económicamente, ya para la realización de obras comunes, es una realidad irrefutable.

Por eso, el intérprete —ya juez, jurista o simple abogado— deberá tener en cuenta esta nueva gama normativa, y estar permeable intelectualmente a la necesaria aplicación de principios que el derecho de la integración o comunitario nos acercan, para alcanzar la solución más justa.

El derecho no será más solo “doméstico” o “local” para la interpretación de conflictos, sino que se nutre por las reglas que derivan del régimen global o comunitario y viceversa, el derecho global, comunitario o de integración se debe nutrir de las pautas locales, para regular la conducta del mejor modo.

Y ello es más notable en materia de derechos humanos, donde las nuevas reglas interpretativas, aunque integradas en el bloque de legalidad, en la materia, son la fuente preferencial del derecho, generadora de nuevas competencias estatales en su resguardo y de obligaciones para el Estado y también del entorno social en su conjunto, para su protección y vigencia efectiva.

Y para su mejor aplicación, la integridad resulta la herramienta de efectividad de este nuevo derecho, ya que como expresa Ronald Dworkin,⁽⁹⁰⁾ la integridad es una clara virtud de la política ordinaria, que nos lleva a entender a nuestra comunidad política como una asociación de principios.

Dworkin pone al intérprete —judicial, preferentemente— en el rol de integrar las diferentes fuentes. Es el juez Herculeano. Pero, en este nivel de análisis y con la necesidad de un Estado presente, es a este —al Estado— a quien le cabe ser el intérprete más eficiente, el Hércules dworkiniano que acerque la mejor solución jurídica, en forma de norma.

Para colocar el principio⁽⁹¹⁾ por encima de la práctica, para encontrar el camino, como dice Dworkin, hacia un futuro mejor.



(90) DWORKIN, RONALD, “El imperio de la Justicia”, 3^a reimp., Barcelona, Gedisa, 2008, pp. 281/290.

(91) Para profundizar los principios y por su carácter fundacional en nuestro derecho, ver de la Prof. Minnicelli, Alessandra, su tesis doctoral de la Facultad de Derecho, Universidad de Salamanca, 2012: *Principios Generales y Políticas Públicas. Herramientas del derecho administrativo para optimizar la satisfacción de necesidades y universalizar los derechos Humanos en un Estado eficaz*, Bs. As., La Ley, 2013.

Sustentabilidad ambiental real o dogmatismo jurídico academicista

HOMERO M. BIBILONI⁽¹⁾



1. Ambiente, ecosistemas, actores e intereses

A riesgos de reiteración, volvemos sobre un conjunto de ideas que nos preocupan para lograr una articulación conceptual mayor, que permita poder comprender y actuar positivamente sobre lo ambiental.

En esta tarea es central ubicarnos en las interacciones que inciden permanentemente en estas cuestiones. De esta manera, plantearemos una mirada diferente a lo que ya resulta una tradición en materia de literatura jurídica ambiental: hablar de los problemas ambientales y sus tratamientos legales, locales y comparados con casi ningún nivel de articulación con la realidad, mencionando tan solo el ideal del deber ser. Con esta tendencia simplista, se alejan los factores que molestan al discurso, y que comprometen al emisor en cuanto sus posibles respuestas.

(1) Abogado. Especialista y docente de grado y postgrado en Derecho Administrativo y Ambiental. Presidente AADA (2013-2014). Docente y experto en Escuela Judicial del Consejo de la Magistratura de la Nación y Consejo de la Provincia de Buenos Aires. Actuación en eventos y proyectos internacionales ambientales. Consultor municipal y provincial (CFI; PROFIP; BID). Ex Subsecretario de Recursos Naturales Secretario de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación (2008-2010). Presidente Acumar (2008-2010). Conjuez de Cámara y del Tribunal Fiscal de Apelaciones (Provincia de Buenos Aires). Juez I Tribunal Administrativo OEA. Asesor Internacional en la CARP.

Al enunciarse desde un nivel donde no existe un conflicto puntual, sino un estamento meramente teórico, aparece como solucionable con la pura y simple aplicación de la norma. Nada más alejado de la realidad.

Asimismo aludiremos al derecho administrativo por ser central a la aplicación de políticas ambientales; y al derecho ambiental propiamente dicho, pero con mínimas alusiones a sus formas tradicionalmente expresivas (autores, leyes, jurisprudencia). En suma, hablar del derecho, pero sin nombrarlo casi, conforme su formulación doctrinaria clásica, es el desafío que asumimos.

Veamos esta definición de ambiente que permite visualizar la amplitud y magnitud del tema:

Seoánez Calvo: “este [—el ambiente— …] resulta las circunstancias y condiciones en que se encuentra un ser vivo. Lo constituyen el biotopo (hábitat de clima, suelo, y condiciones bióticas uniformes) en que se ubica la biocenosis (conjunto de organismos vegetales y animales que viven en un mismo biotopo o conjunto de fósiles de seres que vivieron en las mismas épocas de sedimentación de los estratos en que se localizan en la actualidad)”⁽²⁾ (entre guiones a mi cargo).

O un ecosistema definido como “... Una unidad de organización que consiste en una agregación de plantas, animales (inclusive seres humanos) y microorganismos, junto con los componentes no vivos del ambiente”.⁽³⁾

Es decir, ambos factores coexisten y generan fuertes interdependencias en el aquí y ahora, sin contar con la conducta humana, que rompe y altera profundamente las reglas de la naturaleza.

Pero esta visión conceptual científica es acotada si no ampliamos el foco del análisis, dado el vínculo indisoluble del hombre con el ambiente y los ecosistemas, para sumar a los actores sociales (públicos y privados) que inciden en la armonía de estas coexistencias, con la presencia de los intereses económicos que, afectados por el cortoplacismo y la mezquindad, inciden en los deseables puntos de equilibrio. Estos son los desvíos sobre

(2) SEOANEZ CALVO, MARIANO, *Gran Diccionario del Medio Ambiente y la Contaminación*, Madrid-Barcelona-México DF, Mundi Prensa, 1999.

(3) Fuente: FAO.

los que hay que trabajar, no solo con el derecho, sino también con el conjunto de las ciencias y las reglas políticas de una sociedad concreta en una multitemporalidad imprescindible.

1.1. La multitemporalidad

En lo jurídico-ambiental siempre tenemos presente tres tiempos:

El pasado: como deuda ambiental generada, pero también como referencia de que en algún momento de las civilizaciones se hubo de comprender (pueblos originarios) los códigos de la madre tierra para respetarla y trabajar junto y con ella.⁽⁴⁾

El presente: donde nos encontramos como sujetos históricos y desde donde miramos el pasado y podemos generar cambios en las tendencias y las conductas.

El futuro: como cuestión a construir, sobre la base de no aumentar intergeneracionalmente la deuda y el compromiso negativo ambiental (usualmente de reversión imposible por destrucción de especies, ambientes, ecosistemas, etc.).

1.2. Actores

Los actores son fáciles de indicar:

Nosotros, como consumidores, usuarios, contribuyentes, o sujetos contaminadores pero, ciudadanos, en suma (con derechos y deberes).

Las organizaciones de la sociedad civil expresadas en las múltiples formas que asumen,⁽⁵⁾ y no solo el modelo de la organización ambiental, que en muchos casos "pretenden" ser los voceros de la sociedad en una tarea que nadie les delegó ni para las que tuvieron mandato popular, aunque sí es loable en las de base y locales, la militancia en ello.⁽⁶⁾

Las empresas y cámaras empresarias por actividad y multisectoriales.

(4) Concepto del AYNI. Dar y recibir, tradición originaria.

(5) BIBILONI HOMERO M., *Ambiente y Política*, Bs. As., RAP, 2007. Tanto en p. 450, como en p. 490 y cc.

(6) Es como si un grupo social de militantes políticos pretendieran representar la política y desde su estricta visión sectorial, o en otro ejemplo, yendo al mundo jurídico, si un instituto de derecho ambiental de un colegio de abogados determinado dijera que representa el pensamiento jurídico ambiental.

El sector público, tanto nacional, provincial como municipal.

El sector financiero local y global y los mercados especulativos de bienes (divisas, acciones, créditos, *comodities*, etc.).

Los trabajadores, siempre ignorados y omitidos en los discursos ambientales.⁽⁷⁾

El sistema científico, sector más que idóneo para trabajar multiactoralmente proveyendo estudios, proyecciones, diagnósticos, aportando capital humano, laboratorios, logística, etc.

Los políticos (elegidos o designados).

Sin olvidar que, el gran dinamizador de toda cuestión social en cualquier momento de la historia, ha sido siempre la política, a la que muchos critican sobre la base de su objetividad, profesionalidad y neutralidad,⁽⁸⁾ pero que igualmente, la practican por acción, omisión o valoraciones que tiñen sus conductas concretas.

Lo curioso es que quienes han criticado la política desde la “sociedad civil ambientalista” siempre están prestos a sumarse a la política y al gobierno en cuanto son convocados concreta o potencialmente, y allí se diluyen sus discursos porque nunca más serán mencionadas las descalificaciones que han hecho a la política y a los políticos que encarnan (con sus cosas buenas y malas) el sistema democrático definido en nuestra Constitución.⁽⁹⁾

1.3. Los intereses

Ignorar los intereses presentes en todo tema ambiental es, o bien una absoluta ingenuidad, puro irrealismo, o bien una conducta deliberada para

(7) Quizás influidos por el discurso “oenogeista” pseudo progresista, desde su visión ideológica de vanguardia social iluminadora del tema (que ignora al trabajador o al militante no ambiental), y con algún dejo de resabios de “gorilismo social” atenta la procedencia de sus integrantes, los que provienen de sectores medios-medios altos y de quienes viven de esta actividad total o parcialmente en forma profesional.

(8) Típico discurso de las derechas neoliberales, como si ellos no hicieran o actuaran políticamente.

(9) Romina Picolotti del CEDHA a la SAYDS; Daniel Sabsay de FARN, cercano a Carrió, si esta hubiera ganado algún cargo ejecutivo electivo; Villalonga de Greenpeace, al Gobierno de Mauricio Macri; Javier Corcuera de Fundación Vida Silvestre, al gobierno también de Macri; Laura Alonso de Poder Ciudadano, al gobierno de Macri; José María Musmeci de Patagonia Natural a la Subsecretaría de SAYDS y luego Ministerio de Ambiente de Chubut (destacando quizás, en este último, un perfil diferente, por quien siento respeto), pero es objetivo su paso desde una entidad ambiental al sector público.

proteger algunos de estos intereses. A manera de ejemplo, si hablamos del tema forestal, podemos identificar muchos intereses:

- el de los hacheros;
- el de los cuentapropistas menores que aportan un camión, moto sierras, la comida en el monte, etc.
- el subcontratista del desmonte;
- el dueño de la tierra y la madera;
- el de los transportistas y copiadores;
- el diseñador de los productos;
- el que hará valor agregado de esa madera procesada (aserradero, industria o un simple carpintero);
- el transportista del producto terminado o semi terminado al mercado;
- el que comercializará el producto;
- el que lo demanda (punto central del tema porque sin demanda, no hay extracción);
- y otros colaterales: el trabajo en blanco, la tributación, etc.

Pero hay un interés no tangible y principal, que es el de la propia naturaleza que pugna siempre por reproducirse, pero que un interés tal como el de la extracción sin reposición, la excluye de la posibilidad de que siga con el ciclo virtuoso de la generación de vida a través del tiempo.

2. La idealización de lo ambiental con abstracción de sus enclaves concretos

Comienza a ser crítico un drama desde hace ya muchos años presente en la evolución planetaria por su impacto. Se ubica en la Revolución Industrial,⁽¹⁰⁾ con los primeros cambios de escala productiva —sin olvidar la siempre presente deforestación, la minería sin control, el desperdicio de recursos no renovables, la contaminación de agua al usarla como masivo depósito cloacal e industrial del crecimiento urbano, la producción incesante de residuos no tratados, el consumismo absurdo de recursos para que duren pocos momentos—.⁽¹¹⁾ Este drama es el de caer en la retórica

(10) Siglos XVIII y XIX.

(11) Quizás denote la edad, pero de muy chico tenía autos de madera o de goma que me acompañaron en la niñez. Hoy se compran autos a control remoto que duran quizás un par de

reduccionista y en la idealización de la protección ambiental ignorando dos cuestiones claves:

- La presencia de actores concretos con sus diversas gamas de intereses legítimos o no que depende las circunstancias y las épocas.
- El crecimiento exponencial de las actividades culturales del hombre avanzando sobre el remanente (no expandible) de naturaleza en el planeta.⁽¹²⁾

Con lo cual existen ríos de tinta, horas y horas de discursos, más páginas y páginas de convenios nacionales, regionales, internacionales, y miles de sujetos que, desde diversos púlpitos, instan con enorme voluntarismo a realizar mejor las cosas, porque nos espera un futuro sombrío en caso de persistir en los errores. **Pero nunca saben explicar cómo y qué hacer puntualmente para cambiar la tendencia, en todas y cada una de las actividades de impacto y degradación ambiental; o siquiera por dónde empezar concretamente, porque debe decirse que el pasar a la arena de las realidades se choca con los intereses tangibles, y las dificultades expositivas aumentan.**

Prueba palpable que, a manera de resumen global, nos ilustra, es la declaración de Rio+20 que señalaba, en su documento final: "Reconocemos..., reafirmamos..., recordamos..., renovamos..., nos preocupa..., reiteramos..., pedimos..., etc".⁽¹³⁾ Ningún compromiso concreto, sino puro voluntarismo y siempre a futuro.

3. Predicación de un deber ser principista y iuspositivista formal

Un mal que aqueja, entiendo, al conjunto del derecho, es que por nuestra formación en el grado, en los postgrados y, en su consecuencia, de los productos culturales que se generan, el derecho transita —pese a ser una ciencia social— en absoluta soledad cuasi autista, en una suerte de

días. La relación recursos utilizados contra duración del uso del producto es abismalmente diferente. El dispendio queda a la vista.

(12) Recordemos que en el mismo espacio planetario pasamos de 1.000.000 de homínidos hace mucho tiempo a 7.000.000.000 almas en la actualidad y creciendo en proporción importante, casualmente en mayor medida en donde más naturaleza queda (América del Sur, Asia, África) y más pobreza relativa existe, por ejemplo.

Ricos en recursos, pobres en calidad de vida, entendida como dignidad vital en el concepto del "vivir bien" que enseñan las culturas originarias y plasman las constituciones de Ecuador y del Estado Plurinacional de Bolivia.

(13) Si bien creemos es más correcto decir Perón+40 que Rio+20, por cuanto todo esto ya fue advertido en febrero de 1972 por Juan Domingo Perón.

microcosmos, aislado, impoluto, como si estuviera dentro de una verdadera burbuja aséptica. En efecto, no medimos los impactos económicos de ciertas medidas jurídicas, los beneficios sociales que importan, el ahorro de tiempo, la mayor certeza, la cantidad de actores que concurren en cierto universo jurídico, y cómo se decantan, etc.⁽¹⁴⁾ Sobre esta herencia cultural, que nadie críticamente cuestiona (en tanto opera el paradigma "... Siempre lo hicimos así...") seguimos transitando por el mundo, maravillados por la sabiduría de las normas, y su causalidad fatalista para cambiar todo, sin anclajes ni causalidades eficientes. Veamos esto con más detalle:

- La norma indica una cierta conducta y debe ser cumplida. Muchas veces las normas, para ser cumplidas, requieren de políticas asociadas para su viabilidad concreta (lo que se denominan políticas activas, de incentivos, fomento, etc.). Por ejemplo, lo que pasó con la Ley 26.331 de Bosques Nativos que, sin un decreto (91/2009) que le asignara fondos públicos, no podía ponerse en marcha.
- Si no se la cumple, median sanciones y responsabilidades. Los "predicadores" ignoran lo complejo que es la aplicación de sanciones, el tiempo que se demora, la asignación de responsabilidades y el consecuente resarcimiento patrimonial o la vuelta al estado anterior de las cosas. Por tanto, en lugar de acentuar los aspectos preventivos y masivos de aplicación que es más difícil de explicar y operar, se pasa a la descripción normativa que otro redactó, exigir su cumplimiento y alertar sobre las consecuencias de no hacerlo, para no entrar en el cenagal de indagar sobre actores e intereses, capacidad pública y privada de cumplimiento, acompañamiento social, etc.
- O, si no deben ser de aplicación, los principios jurídicos ambientales (que los hay y muchos) marcan la hoja de ruta a seguir, porque todos los asumen como deberes propios.

De la enunciación de un principio jurídico a su verificación hay una larga distancia. Veamos un ejemplo con el principio de prevención del art. 4º

(14) Veamos esto con un ejemplo de procedimiento administrativo: si instalo un sistema de notificación por correo electrónico (con las medidas de seguridad del caso):

- a) ¿Cuánto tiempo gano en los trámites?
- b) ¿Cuánto ahorró en cartas documento o tiempo de agentes notificadores?
- c) ¿Cuánto ahorró en tiempo y en salarios de empleados afectados a la anexión de las cédulas notificadorias que pueden ser relocalizados en tareas más importantes?
- d) En certeza del receptor, si le dejan una cédula en su puerta como domicilio legal, pero se vuela posteriormente o, alguien la ve, no sabe de qué se trata y la tira.
- e) Un trámite más rápido, ¿cómo incide en la calidad de vida de los sujetos involucrados?
- f) ¿Cuántos reaccionan o no a los sistemas notificatorios (con recursos, por ejemplo)?
- g) Etc.

de la ley 25.675. Si queremos prevenir en la fauna que esté en peligro de extinción, como el yaguareté, se necesita:

- Tener estudios precisos de su población, por lo cual se requiere de una cantidad importante de observadores en el territorio que colecten datos de los mismos, fotos, rastros, deposiciones, etc.
- De ser posible, ponerles algún elemento que permita seguirlos en forma satelital
- Lograr que no se generen sistemas endogámicos de población, lo cual supone capturar alguna pieza y moverla de zona.
- Evitar la caza furtiva con un sistema eficaz de control que a su vez significa camionetas, personal, control de caza y de permisos, etc. y una gran movilidad por los territorios que el felino/a transita, para que se desaliente a los cazadores.
- Lograr la continuidad de corredores naturales de su hábitat que les garantice movilidad dentro de un entorno que le resulte apto para subsistir, alimentarse y protegerse del hombre.
- Censos periódicos.
- Eventualmente crianza *ex situ*, de ser posible.
- Aplicación efectiva de sanciones a los cazadores ilegales, es decir, un programa integral que requiere de recursos materiales, capacidad humana, conciencia colectiva y compromiso ambiental, amén de capacidad disuasoria del ejercicio del poder de policía pública y su eficacia sancionatoria, amén del acompañamiento judicial de ser necesario.

4. Sinceramiento académico conceptual

La neutralidad en el discurso académico entiendo que no es real. Todos opinamos desde algún lugar o desde alguna creencia y valores. No podemos abstraernos de lo que son nuestras propias convicciones. En materia ambiental las opiniones suponen defender o ponerse del lado de ciertos intereses, que pueden ser del bosque, de las industrias, de los pobladores, de los trabajadores, de la exportación, de las especies que lo habitan, de la tributación, etc. Pero todas tienen consecuencias políticas, sociales, ambientales y económicas que se dirimen en tensiones concretas en un marco social histórico puntual.

No es sino la política la que canaliza estos debates y conflictos, aunque siempre se la critique y se hable de ella despectivamente, despreciando, sin decirlo, la esencia de la democracia. Y se construyen púlpitos sobre la base de conceptos (que antes anticipábamos) de profesionalidad, idoneidad, rigor, y un montón de auto atributos de quienes así hablan.

Y esto es relevante por cuanto la globalización y los intereses geopolíticos mundiales apuntan a un planeta de pocos, preservando los territorios para sí mismos, proyectando sus intereses en el tiempo, sin perjuicio de que en el ínterin aceptan las depredaciones que les sean funcionales.

Lo relativo al cambio climático sobre la idea de mitigación y no adaptación, y el no asumir la deuda ambiental para transformarla solo en cooperación pero con cargas económicas, es una muestra de esta línea de pensamiento y acción.

Es idéntico a la situación que se da cuando la derecha neoliberal alude a reducir la pobreza (es decir, que haya menos, pero no para erradicarla por cuanto eso sí afecta sus intereses y bolsillos) en lugar de atacar los problemas estructurales que la generan. Esta idea se simboliza en realizar torneos de “bridge” o desfile de “modelos” para careciados o colectas pro ambiente. Con estas acciones de “caridad”, pero sin ninguna consecuencia real, muchos/as logran dormir tranquilos.

5. Política y ambiente

Hemos sostenido, desde la gestión y desde una posición pretenciosamente doctrinaria, la inescindible vinculación entre la política, el ambiente y la administración, por cuanto:

... los principios —que ordenan— las políticas ambientales, y del conjunto de ellos —es dable— obtener un repertorio que sin cambiar el rumbo, permita sostener una travesía difícil impuesta por las condiciones de nuestro ámbito de marcha y llegar al puerto deseado, el cual en nuestro ejemplo serían las condiciones del clima (viento, lluvias) y el estado consecuente del mar (sus olas y corrientes).

Políticas que naturalmente tienen en la organización administrativa pública (nuestro imaginario barco) a un actor central para que ello sea posible...⁽¹⁵⁾

Es decir que, sin lo público y la orientación que se imprima a sus cometidos ambientales desde la política, la naturaleza está condenada, por cuanto el mercado tiene como único objetivo su permanente autoexpansión,

(15) Subsecretario Ambiental en SAyDS (2003-2006). Secretario de SAyDS (2008-2010).

el consumo, el derroche, y la generación de residuos no tratados, como optimización de su negocio. Es mentira que se autoregula.

... Si la política constituye el arte de lo posible, transitando dentro de un marco de legalidad y transparencia, de complejas circunstancias ambientales, actividades colectivas, intereses contrapuestos, transversalidades, interdisciplinariedad, pero siempre con anclaje en realidades concretas de tiempo y espacio, la utilización de los principios de diversa fuente dan aquella cuota de flexibilidad a las directrices de las políticas ambientales para aplicarlas contextualizadas en un ámbito predeterminado.⁽¹⁶⁾

6. Ambiente, administración y derecho administrativo

Cuando hablamos de proteger el ambiente, sus recursos, la supervivencia de los ecosistemas necesitamos, como antes decíamos, de políticas públicas. Estas se gestan desde la Administración en sus múltiples jurisdicciones (nivel nacional, nivel provincial, nivel municipal y las interfaces que se suscitan por regiones —provinciales— municipales o aun interjurisdiccionales, como es el tema de la cuenca Matanza-Riachuelo a través de la Acumar) o a través del Cofema (Consejo Federal Medio Ambiental) integrado por todas las provincias y la SAYDS.

Y la Administración se mueve a partir de un conjunto de instituciones propias del derecho administrativo como los contratos, el empleo, los procedimientos generales o especiales, el control, las lógicas organizacionales, etc.

Y estos elementos del derecho administrativo, como sucede siempre, interactúan entre sí en el espacio organizacional, alimentando insumos al sistema funcional de la organización tratando de resolver las entradas (como demandas) con las salidas (como las soluciones que se dan a dichas situaciones).

7. Dos precedentes históricos claves poco referidos en la doctrina ambiental argentina

No es casual que en materia ambiental se ignoren dos precedentes centrales que tienen un protagonismo institucional relevante. Uno de ellos, una Constitución; y otro, una declaración de alcance universal y de absoluta vigencia.

(16) BIBILONI, HOMERO, op. cit., p. 505 y ss.

La ideología de la doctrina ambiental, entonces, se hace presente en forma muy clara, para omitirlos.

7.1. CN de 1949

La Constitución de 1949, en su art. 40, indicaba cuestiones visionarias:

La organización de la riqueza y su explotación tienen por fin el bienestar del pueblo, dentro de un orden económico conforme a los principios de la justicia social. El Estado, mediante una ley, podrá intervenir en la economía y monopolizar determinada actividad, en salvaguardia de los intereses generales y dentro de los límites fijados por los derechos fundamentales asegurados en esta Constitución (...) Los minerales, las caídas de agua, los yacimientos de petróleo, de carbón y de gas, y las demás fuentes naturales de energía, con excepción de los vegetales, son propiedad imprescriptibles e inalienables de la Nación, con la correspondiente participación en su producto que se convenirá con las provincias...

Su cosmovisión de la sociedad política, en un mundo interrelacionado, adquiere toda su dimensión: "... La organización de la riqueza y su explotación tienen por fin el bienestar del pueblo, dentro de un orden económico conforme a los principios de la justicia social..." .

Ciertamente aquí comienzan las diferencias centrales con otros modelos políticos de cuño liberal.

Cuando se plantea la idea de **organizar la riqueza** es indudable que ello no puede quedar librado a las propias fuerzas que la generan, por cuanto desde los inicios de los tiempos, la voracidad de los que más ganan y tienen es ilimitada, proceso que la globalización mundial ha ido acentuando a través de los años.

Pero también lo relativo a la explotación de la misma, por cuanto ella no puede tener un perfil predatorio, sino que debe guardar racionalidad técnica en orden a su permanencia en el tiempo.

En suma, los sistemas de explotación requieren también una presencia reguladora pública, con visión estratégica. Continúa indicando una fuerte potestad regulatoria de origen democrático.

... El Estado, mediante una ley, podrá intervenir en la economía y monopolizar determinada actividad, en salvaguardia de los

intereses generales y dentro de los límites fijados por los derechos fundamentales asegurados en esta Constitución ...

Polemiza *a priori* con los intereses liberales al no titubear en la posibilidad monopólica en función de los bienes a tutelar. Es curioso cómo las fuerzas que operan en los mercados atacan toda posibilidad reguladora pero no titubean si ellos pueden ponerse en una posición análoga o dominante,⁽¹⁷⁾ pero siempre tratando de ampararse en supuestas normas de competencia y eficiencia que, en rigor, aunque no la tengan, logran igual controlar aspectos de la producción y la comercialización por su posición preferente (las telefónicas, por ejemplo).

Finalmente la Constitución Nacional de 1949, dado la esencialidad de los recursos naturales para la vida, no titubea en sostener la soberanía política para evitar la apropiación de los recursos por otras naciones u otros poderes mundiales.

7.2. Discurso del General Perón de febrero de 1972⁽¹⁸⁾

... Hace casi treinta años, cuando aún no se había iniciado el proceso de descolonización contemporáneo, anunciamos la tercera Posición en defensa de la soberanía y autodeterminación de las pequeñas naciones, frente a los bloques en que se dividieron los vencedores de la Segunda Guerra Mundial (...) Hoy cuando aquellas pequeñas naciones han crecido en número y constituyen el gigantesco y multitudinario Tercer Mundo un peligro mayor —que afecta a toda la humanidad y pone en peligro su misma supervivencia— nos obliga a plantear la cuestión en nuevos términos, que van más allá de lo estrictamente político, que superan las divisiones partidarias o ideológicas, y entran en la esfera de las relaciones de la humanidad con la naturaleza (...) Creemos que ha llegado la hora en que todos los pueblos y gobiernos del mundo cobren conciencia de la marcha suicida que la humanidad ha emprendido a través de la contaminación del medio ambiente y la biosfera, la dilapidación de los recursos naturales, el crecimiento sin freno de la población y la sobre-estimación de la tecnología y la necesidad de invertir

(17) Luis Betnaza de Techint 20 de noviembre de 2014. Foro de Convergencia Empresarial: "Más mercado... menos Estado".

(18) Ver en la página de la SAYDS [en línea] <http://www.ambiente.gov.ar/?idarticulo=5187>

de inmediato la dirección de esta marcha, a través de una acción mancomunada internacional.

La concientización debe originarse en los hombres de ciencia, pero sólo puede transformarse en la acción a través de los dirigentes político. Por eso abordo el tema como dirigente político, con la autoridad que me da el haber sido precursor de la posición actual del Tercer Mundo y con el aval que me dan las últimas investigaciones de los científicos en la materia.

Este discurso es previo al Estocolmo de 1972, pero no se lo cita como dato que le precediera, pareciendo aún desde Argentina arrancar la historia con la mención antes indicada.

8. La nueva cuestión federal planteada por la CN (1994)

Existe un plexo de artículos centrales para lo ambiental:

1. Importancia de los municipios e insuficiencia competencial de los mismos y de sus recursos (art. 5º). Si bien los municipios tienen la inmediación con los temas ambientales, no tienen los recursos económicos ni el capital humano necesario y suficiente para acometer su protección o solución de los problemas que se generan. Aunque son los socios estratégicos de cualquier acción territorial que se quiera llevar a cabo.
2. Política de Estado (art. 41). Este artículo es un manual de gestión ambiental, a poco que se lo desarrolle lo cual excede el ámbito del trabajo.⁽¹⁹⁾
3. Calidad en los servicios y sustentabilidad del consumo (art. 42). El dato de calidad en los servicios nos introduce en el ámbito de las buenas prácticas, la producción limpia, los sistemas propiamente dichos de calidad y la normativa ISO ambiental.
4. Legitimación procesal (art. 43). La tutela y accesibilidad que irradian este artículo es ciertamente importante en orden a que, en última instancia, y fracasadas las acciones sociales, sea la justicia la que actúe.
5. Legislación adicional (art. 75, inc. 22). La relativa a tratados internacionales que, en materia ambiental, son muchos.⁽²⁰⁾
6. Recursos, titularidad y regionalismo (art. 124). Este artículo es bueno recordarlo por el federalismo que importa, e inclusive la escala aumentada en orden a preservar sus recursos y desarrollos integrales.

(19) BIBILONI, HOMERO, *op. cit.*, p. 115 y ss.

(20) Ver la página de SAyDS sobre el tema de convenciones internacionales signadas por nuestro país.

7. Federalismo de concertación. Surge como una necesidad de la institucionalización del COFEMA por la Ley 25.675 y las atribuciones provinciales por mandato constitucional, con lo cual no cabe un discurso "unitario" que soslaya esta realidad institucional y organizacional de amplísima base territorial y disparidades en las capacidades provinciales locales.
8. Cooperación vertical y horizontal. Se debe dar por el mayor financiamiento propio disponible de la Nación o bien de la aptitud de obtener fondos de cooperación (vía préstamos, donación o con contraparte). Este nivel vertical se articula horizontalmente con provincias, regiones y municipios.

9. Herramientas clásicas y aplicaciones novedosas para adecuar los medios a los fines y al objeto

Los siguientes conceptos, de posible uso conjunto o alternado, no son innovaciones para el funcionamiento administrativo, solo que no son practicados con habitualidad. De hacerlo, se ganarían en resultados verificables. Ellos resultan:

- coordinación;
- transversalidad;
- multicompetencialidad;
- multidisciplinariedad;
- multijurisdiccionalidad.

Como en derecho administrativo estudiamos las instituciones aisladas entre sí, y virtualmente estáticas o congeladas, nos olvidamos de la significación de las palabras antedichas con sus implicancias funcionales dentro de la organización pública. Es así que explicitamos las razones para la utilización de estas técnicas organizacionales o formatos institucionales.

- Sin coordinación es imposible abordar las aristas múltiples de lo ambiental.
- La coordinación importa la acción conjunta de competencias disímiles.
- La transversalidad hace a la aplicación de competencias por complejidad del objeto.
- La multicompetencialidad supone concretar coordinación y transversalidad de diversos sujetos administrativos.
- La multidisciplina permite entender en simultáneo las interacciones del ambiente.
- La multijurisdicción adecua la organización administrativa a la realidad del ecosistema.

10. El ambiente como activo estratégico e intangible económico para preservar la ambición de los mercados

Todos sabemos que los mercados no derraman riqueza; la concentran. Como nunca, hoy se produce mucho más, pero la riqueza se concentra en cada vez menos manos.⁽²¹⁾

La naturaleza podría seguir mucho más tranquila sus ciclos biológicos como suele enseñarnos Antonio Brailovsky, pero sin nosotros, y como contrapartida, nosotros no podríamos seguir superviviendo sin la ayuda del resto de las especies y de esos ciclos sabios y vitales de la madre tierra.

Los bienes que hoy son escasos en la tierra resultan: el espacio libre habitable (en una proyección de crecimiento planetario de habitantes sobre la relación hab/km²), agua dulce, tierra fértil, bosques, riqueza en biodiversidad, ecosistemas equilibrados que funcionan a manera de servicios públicos óptimos⁽²²⁾ sin inversión del hombre. Curiosamente, estas bondades de altísimo nivel económico no son cuantificadas.

En efecto, ¿alguna vez nuestros *comodities* agrícolas han incorporado en su estructura de costos los nutrientes que llevan dentro, o el agua que exportamos en forma gratuita dado que es provista por la naturaleza sin cargo, y no a través de una patente que exige los royalties de rigor?

(21) El polémico reporte Trabajando para unos pocos de Oxfam, organización internacional antipobreza, contiene un dato ciertamente abrumador: las 85 personas más ricas del planeta acumulan más riqueza que toda la mitad más pobre. Así es. Solamente 85 individuos tienen más riqueza que los 3000 millones más pobres... ¡juntos!

A continuación se presentan otros datos del reporte que sacudieron a la opinión pública mundial:

- La riqueza del 1% más rico suma 110 billones de dólares. Es decir, 65 veces la riqueza de la mitad más pobre; o si prefiere algo más personal, aproximadamente 100 veces la economía entera de México.
- 7 de cada 10 personas viven en países donde se incrementó la desigualdad de riqueza en los últimos 30 años, lista que lidera Estados Unidos.
- En ese país, el 1% más rico acumuló el 95% de la riqueza producida desde la crisis financiera del 2009, mientras que el 90% restante perdió riqueza.
- En todos los países de alto ingreso del G-20, excepto Corea del Sur, se incrementó considerablemente la desigualdad.
- En 9 de cada 10 países, el 1% más rico aumentó su riqueza exponencialmente desde 1980; en Estados Unidos, el incremento fue de 150%.

(22) BIBILONI, HOMERO M. (ed.), "La Naturaleza como Servicio Público", en Revista de Derecho Ambiental, LexisNexis, 2004.

Los países hoy son ricos por reservas en oro (elemento suntuario) o en divisas (elemento de creación cultural cuyos manejos del valor relativo escapan al común del habitante terrícola), pero no por sus activos ambientales, que ciertamente deben ser valorizados pero no introducidos a la transabilidad comercial del mercado.

El **mercado** es ese señor inasible e impersonal que permanentemente se pone nervioso y jaquea las economías cuando sus intereses son molestados, economías que, para saber, de sus presuntas bondades —cuyos pregoneros son los gurúes económicos pagos por sus clientes— debieron abrirse a sus afanes especulativos. Lo curioso es que tales bondades no aparecieron. Y, si dé explicaciones se trata, dichos gurúes no dudan en acusar de incapacidad o falta de modernidad y previsibilidad para los negocios a las víctimas de tamaños predadores.

¿Qué pasaría si estos bienes nacionales, **soberanos**, pudieran quedar en libre disponibilidad de las transacciones comerciales de aquellos que operan **los mercados?**

Como contracara de lo que sucede pero con el dato de la contaminación, lo podemos apreciar en donaciones de bienes con enorme cantidad de residuos peligrosos en su composición que sale más barato regalarlos que desguazarlos y tratarlos en origen, o las exportaciones de contenedores de chatarra electrónica, u otros residuos humanos o industriales sobre los cuales se paga generosamente su casi siempre corrupta recepción.

11. Relevancia de un documento político casi ignorado: el acta de Gualeguaychú

En la cadena de desconocimientos de lo propio, también se registra esta relevante acta a la cual contribuimos, desde nuestro lugar, en la Secretaría de Desarrollo Sustentable de la Nación.⁽²³⁾

(23) "5 de mayo de 2006 Desarrollo sostenible para consolidar una política de crecimiento con equidad.

Declaración de los Sres. Gobernadores.

VISTO,

Que el desarrollo ambiental y el cuidado de su calidad, resultan cuestiones claramente vinculadas a la naturaleza misma de los derechos del hombre.

Que nuestra misma Constitución Nacional reconoce el derecho de todos los habitantes a gozar de un ambiente sano, equilibrado y apto para el desarrollo humano, y para que las

Este documento es clave para entender y articular como mojón fundamental cualquiera iniciativa pública ambiental.

actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras,...

Que con igual inteligencia, internamente, ha adoptado los Objetivos de Desarrollos del Milenio, construyendo a partir de 2003, con la participación de las provincias, la sociedad civil y el sector privado, la Agenda Ambiental Nacional, (...)

Que en función de lo dicho, el desarrollo sostenible es paradigma del presente y de la vista estratégica del futuro,

Y CONSIDERANDO,

1. Que el ambiente es patrimonio común de la sociedad y que de él depende la calidad de vida y las posibilidades presentes y futuras para el desarrollo del país;

2. Que la devastación de la naturaleza y la contaminación ambiental suelen ser el resultado, en la mayor parte de los casos, de la exacerbación de modelos económicos que, en procura de la obtención de mayores utilidades, desatienden y vulneran los recursos ambientales de los que se vale el ciudadano para poder crecer en un contexto sano y saludable;

3. Que el Estado tiene el deber de proveer a la protección del derecho de todo los habitantes a gozar de un ambiente sano y para ello se torna imprescindible la coordinación entre los distintos niveles gubernamentales;

4. Que la comunidad internacional incorporó el paradigma del desarrollo sostenible, comprometiéndose a promover la integración de sus tres componentes: el crecimiento económico, la equidad social y la protección del ambiente;

5. Que en consecuencia, el tema ambiental es uno de los elementos centrales en la consideración de las cuestiones que determinan de manera directa nuestro bienestar general;

6. Que nuestro país detenta un importante patrimonio natural que constituye una ventaja competitiva, y no debe ser puesto en riesgo por modelos económicos que provocan daño ambiental e inequidad social;

7. Que es nuestra responsabilidad con las generaciones presentes y futuras, evitar acciones que representen la continuidad de modelos que, erróneamente, contraponen el crecimiento económico a la protección ambiental;

8. Que Argentina, junto con toda la región Latinoamericana, se constituye en acreedora ante los países desarrollados por los servicios ambientales que presta;

9. Que siendo decisión del Gobierno Nacional, profundizar la protección de tales derechos, se hace necesario encarar una acción decisiva que trascienda a la misma administración para convertirla en una política de Estado que asegure la protección del hombre, de las comunidades de las que son parte y de las futuras generaciones a las que les asiste el derecho de nacer en un ámbito íntegro;

10. Que la voluntad política es esencial para que estos procesos se consoliden y sostengan en el tiempo;

Que en virtud de todo lo expuesto,

DECLARAMOS:

1. Acompañar el reclamo argentino ante la Corte Internacional de Justicia de La Haya (...)

2. Alcanzar el desarrollo sostenible constituye en la República Argentina una política de Estado.

3. Las provincias y la nación trabajarán mancomunadamente para asegurar la plena operatividad de este propósito a través de políticas integrales, que incorporen adecuadamente las dimensiones ambientales, sociales y económicas.

12. Doble amenaza

Pero lo ambiental está jaqueado desde una doble perspectiva.

12.1. Interna

La ley no las dice, los autores menos, y no son casos jurisprudenciales, pero que las hay, las hay:

- cultura de la indiferencia (ejemplos diarios);⁽²⁴⁾
- lentitud en las respuestas;⁽²⁵⁾
- visión prebendaría del privado (doble egoísmo);⁽²⁶⁾
- “soldaditos verdes” como doble significación;⁽²⁷⁾
- irresponsabilidad empresaria;⁽²⁸⁾

4. La agenda ambiental estará incorporada en las políticas sectoriales de todos los niveles de gobierno.

5. Impulsar el conjunto, el desarrollo y consolidación de los principios e instrumentos para la administración del desarrollo sostenible que establece la Ley General del Ambiente.

6. Fortalecer la institucionalidad ambiental federal.

7. Optimizar el uso de instrumentos, tales como: el ordenamiento del territorio, la evaluación de impacto ambiental, los sistemas de control y monitoreo, la educación ambiental, el sistema de diagnóstico e información ambiental, la participación ciudadana y el régimen económico de promoción del desarrollo sostenible.

Firman:

El Presidente de la Nación Néstor Carlos Kirchner casi todos los Gobernadores (menos San Luis Corrientes, Misiones y Neuquén)”.

(24) Lavamos el auto con agua potable, no optimizamos los envases de consumo, no separamos en origen los residuos, no reciclamos elementos; quien tiene recursos, no es usuario habitual del transporte público, etc.

(25) La administración por falta de fondos, ingenio, coordinación, o porque el tema lo supera, dilata acometer un programa progresivo que comience a delinejar soluciones a problemas con independencia de la entidad o gravedad de los mismos, con lo cual la sociedad se impacienta y descree de esta posibilidad.

(26) Los privados optimizan ganancias reduciendo los sistemas de prevención y control ambiental socializando los pasivos que luego deben ser atendidos por el Estado en su conjunto como tutor del bienestar general.

(27) Los grupos ambientalistas muchas veces se convierten en actores que piden soluciones de máxima de imposible cumplimiento. Pero ese es su objetivo, solicitar cosas no alcanzables para mantenerse en la actitud de cuestionamiento. Un ejemplo: Greenpeace promueve en CABA la Ley de Basura Cero que es imposible de lograrse, no obstante ahora que Villalonga está en el gobierno de la ciudad sus críticas no se han escuchado más. Tampoco dicen cómo se solucionan las cosas, cuánto cuestan, ni quién las paga, pero mantienen la protesta latente.

(28) Los empresarios no tienen en su agenda lo ambiental, esta cuestión es como un gasto y no una inversión, siendo que los controles no son muy exigentes, pueden continuar sin afrontarla con la debida responsabilidad social empresaria.

- “el estado como predador insaciable” (liberalismo);⁽²⁹⁾
- judicialización como única solución;⁽³⁰⁾
- normas fuera de contexto (copiar y pegar);⁽³¹⁾
- que lo hagan otros... no yo; etc.⁽³²⁾

12.2. Externa

Podemos señalar, cuanto menos, una docena que —casualmente— la dogmática jurídica no menciona:

I. Bienes públicos globales

Los mismos, conforme algunas definiciones internacionales, resultan de la estabilidad financiera, los sistemas comerciales, el conocimiento, la paz y seguridad, los recursos ambientales.

De hecho, los argumentos que se vierten desde los países desarrollados y los organismos financieros que trabajan en ese alineamiento es “contribuir” a fortalecer la institucionalidad y superar las debilidades de aquellos que son propietarios de los recursos para la sostenibilidad futura.⁽³³⁾ Es la historia del “buen salvaje” adaptada a los tiempos.

El bien ambiental, al ser publicitado internacional, pasa a ser administrado fuera de las fronteras locales por otros países y el oenegeismo “bien intencionado ambiental”.⁽³⁴⁾

2. Naciones Unidas y ambiente

Afortunadamente, pese a que el funcionamiento del PNUMA no es una maravilla, los intentos de modificar esta situación por una mega agencia no dieron

(29) Cuando la administración exige inversiones o eventualmente puede imponer alguna tributación, los privados inmediatamente alegan asfixia tributaria o que es un predador, en lugar de analizar que estas afectaciones apuntan a lo colectivo lo público. La frase de predador insaciable es de Biolcatti, expresidente de la SRA.

(30) La lentitud de las respuestas alienta a ir por una solución judicial, que no siempre es viable, y además es lenta en el tiempo, con lo cual el daño ambiental puede ser irreversible.

(31) Un error habitual es copiar y pegar normas de otros países con otras historias, otras respuestas y otras culturas, lo cual es un error que luego se transforma en obstáculo de gestión público o privada, y nunca es admisible por una cuestión de lo “políticamente” correcto corregir estos excesos normativos. (v. gr. situación del PCB en Provincia de Buenos Aires diferente al estándar nacional).

(32) La comodidad de exigir cuestiones de mejoras ambientales, pero no comprometerse personalmente. Esta lógica hace imposible la mejora, por cuando si cada quien supone que otro hará lo que él también debe aportar, nada podrá concretarse.

(33) Hay mucha prudencia en no aludir a los beneficiarios de tal sostenibilidad, si son los titulares nacionales de esos recursos o terceros beneficiarios por vía de la mundialización de los bienes y su tutela internacional.

(34) Ver punto 1.2.

resultados, y al menos este tiene algún peso para los países más comprometidos especialmente el Continente Africano, donde tiene su sede.

3. Cambio climático

Descripto anteriormente en forma sumaria (ver punto 4 en cuanto a las opciones posibles por sus efectos resultantes en mitigar —tal el reclamo de los países desarrollados— o adaptar tal reclamo de los países del G77 más China como grupo internacional afín al cual estamos integrados) no podemos dejar de destacar que es, desde lo ambiental, una herramienta para ir erosionando las soberanías, y a través del mismo, se quieren modificar las políticas económicas de los pueblos no desarrollados.

4. ONG multinacionales y socios locales

Es interesante estudiar la evolución de *Greenpeace*, de *Avina*, de *Nature Conservancy*, entre otras, para dilucidar para quiénes juegan, cómo se financian, qué intereses indirectos tienen detrás de lo ambiental. Y sus versiones locales, que no dudan en recibir fondos de quien sea para “flotar sustentablemente” (*CEDHA*, *FARN*, *Greenpeace Argentina*, *FVS*, etc.). De manera unánime lo público es enemigo de estas expresiones “civilizadas, cultas, bienintencionadas, honestas, apolíticas, rigurosas”, etc., todos autocalificativos que suelen darse para denostar a lo público, lo estatal y la política.⁽³⁵⁾

5. Patentamientos (servicios)

Era el negocio del ALCA, los servicios vinculados a muchas cosas y, entre ellas, lo ambiental; cuya idea era “patentar” las prestaciones y servicios de la naturaleza, de Alaska a Ushuaia, pretensión afortunadamente detenida en Mar del Plata 2005.

6. Ronda de Doha

Negociación vinculada a la Organización Mundial del Comercio, en donde querían ponerse como elementos transables los bienes naturales atándolos a la idea de los bienes públicos globales. Es decir, el inicio del fin, equiparando ecosistemas con mercancías. Afortunadamente, al necesitar consensos, Argentina y otros países de la hoy Unasur se opusieron y tal ronda quedó congelada.

7. Financiamientos

El gran negocio de los pocos que los otorgan y de organismos que lucran con gestionar proyectos y cobrar comisión por su administración (*OEA*, *FAO*, *PNUD*, *PNUMA*, *IICA*, etc.) como agencias de implementación.

8. Burocracias

Los organismos de Naciones Unidas son realmente aparatos pesados, lentos, tremadamente atados a misiones, funciones, protocolos y manuales de

(35) Ampliar en BIBILONI, HOMERO M., *op. cit.*, p. 450.

procedimientos donde la variabilidad, a partir de las necesidades reales y urgentes de los supuestamente asistidos y las improntas creativas, son vocablos y realidades casi inexistentes.

9. Consultorías

Es el gran negocio de los financiamientos, mucha consultoría y pocos productos, talleres en hoteles cinco estrellas de días y visitas acotadas al territorio para articular con los locales que conocen los problemas y no es necesario sensibilizarlos o concientizarlos de lo que saben y/o padecen.

10. Multinacionales

Tienen como escenario el planeta y van trasladando empresas y conflictos (como UPM Botnia), o bien mutan de los electrodomésticos, al agua (*General Electric*) o bien se focalizan en alimentos y fuentes de agua (Danone), entre otras situaciones.

II. Millonarios

Como Douglas Tompkins o Ted Turner, que compran tierras con enorme variedad y riqueza de naturaleza solo para sí, impidiendo los accesos de terceros. Son formas de privatización de los majestuosos escenarios paisajísticos.

12. Recursos no renovables (petróleo/gas/Vaca Muerta)

Este es el objetivo de los fondos buitres en su intransigencia financiera, pasar de activos de mayor riesgo, como son los financieros, a los activos de la naturaleza, que aseguran futuro aunque no sean renovables.

13. ¿Hay opciones?

Sí, existen opciones que merecen recibir mayor atención de la doctrina ambiental y administrativa por la magnitud del impacto ambiental positivo, las novedades que importan desde la perspectiva de una gestión organizacional administrativa que adecue el medio instrumental al objeto. Pero, para ello, es menester cambiar la óptica tradicional, que va de la descripción dogmática y teórica a la reelaboración del discurso innovando, lo que permite pasar a explicitaciones teórico-prácticas que alienten y expliquen la replicabilidad posible.

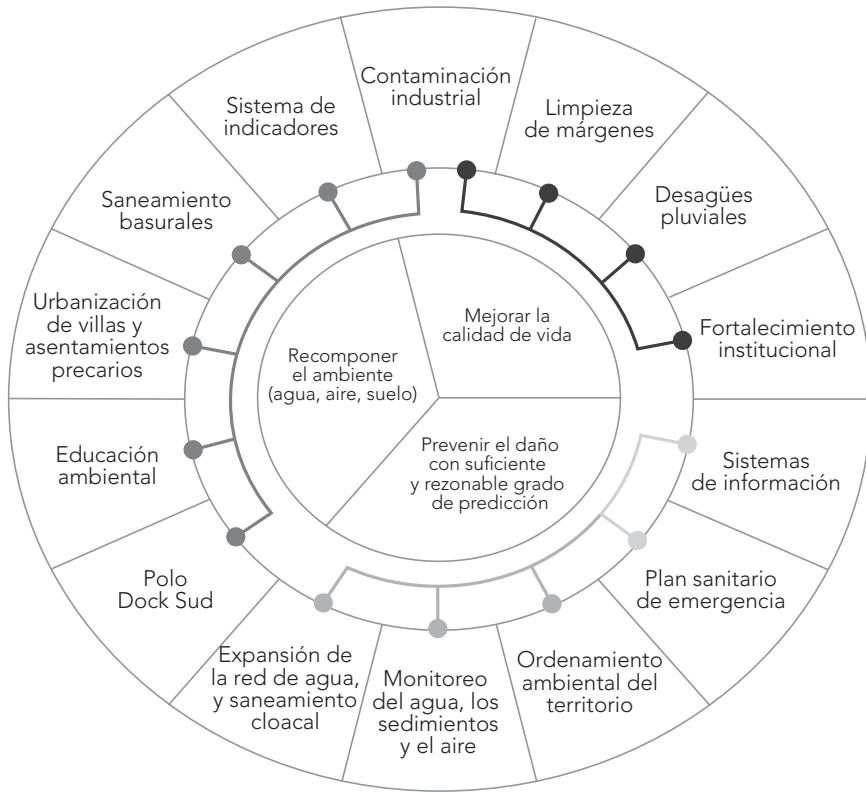
El fallo emitido por la CSJN, “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ Daños y Perjuicios” y la creación de la Acumar (ley 26.168) permiten advertir la verificación de las afirmaciones precedentes.⁽³⁶⁾

(36) [En línea] www.acumar.org

13.1. Los mandatos emergentes del fallo

El siguiente cuadro demuestra la multiplicidad de cuestiones abordables como consecuencia del contenido del fallo y su desagregación, a través del juzgado inicial en que se delegó la ejecución de la sentencia.

CUADRO. LOS MANDATOS EMERGENTES DEL FALLO



13.2. Impactos de los cometidos que se gestionan

Fácilmente advertimos que estamos en presencia de:

- a. Un ente multijurisdiccional de competencias amplias cuya territorialidad es la cuenca misma, introduciéndose así, la variable ambiental en el diseño de un organismo administrativo (idea de cuenca).
- b. La multicompetencialidad coordinada para enfrentar simultáneamente temas tan diversos como agua, cloacas, residuos, enfermedades, etc.

- c. Transversalidad disciplinar, por cuanto las dificultades específicas en abordar la gestión determinaron la articulación con el sistema universitario y científico. Ya lo hizo la Corte de la Nación en el origen de su actuación previo al traslado de la demanda, cuando convocó a la UBA, pero desde la Acumar se ha trabajado con un Foro de Universidades para la realización de múltiples estudios y actividades en el ámbito de la cuenca, dando valor agregado y certeza científica a las tareas en curso.
- d. Control de gestión por resultados, prácticamente en tiempo real, a través de un sistema cruzado, integrado por:
 - Control de inversión de la Auditoría General de la Nación.
 - Control y auditoría interna de la Sindicatura General de la Nación para las labores de las cuatro áreas nacionales ministeriales involucradas (ambiente, desarrollo social, salud y planificación federal).
 - Del Defensor del Pueblo de la Nación y las organizaciones de la sociedad civil que intervinieron en la causa.
 - Los derivados de la Ley de Información Pública Ambiental.
 - El contralor de la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación en audiencias e informes como así también del primer Juzgado Único de Ejecución de la Sentencia (luego desdoblado en dos por los traspies que dicho Juzgado tuviera que son públicos y conocidos).
 - Por la difusión de los indicadores de avance de la totalidad de los mandatos asignados judicialmente, que están en la página web de Acumar.

14. Conclusiones

Somos o podemos ser:

- observadores;
- críticos sempiternos;
- administrados;
- ciudadanos; o
- ciudadanos y actores.

De nosotros depende ubicarnos en alguno de estos roles. Pero no todos tienen las mismas implicancias. Del compromiso asumido variará la opción conductual del menú propuesto.

Desde la especificidad del pensamiento que se expresa en textos administrativos o ambientales, puede hacerse mucho más que solo repetir lo que las leyes dicen como un mantra inocuo, o creer que la existencia

de un fallo vinculado a la protección ambiental guiará a los actores sociales como un faro para cambiar sus conductas en forma automática y mágica.

Parece más concreto y útil instalar la relación articulada, compleja, variable y flexible del conjunto de datos de la realidad, por un lado, con las acciones del hombre y de los mismos ritmos y respuestas de la naturaleza para permitir entender, explicar, proponer y avanzar en una mejor calidad organizacional, repensando el uso de las herramientas del derecho administrativo en un cometido finalista, tal como es saldar la deuda ambiental para una mejor calidad de vida que podamos disfrutar en tiempo presente y en beneficio de las generaciones futuras que tienen la cara, el nombre y el apellido de nuestros hijos, hijas, nietos, nietas.



Derecho Constitucional



La subordinación de la economía a la política

MARIANA GALLI BASUALDO⁽¹⁾ y FELIPE GONZÁLEZ ARZAC⁽²⁾



1. Subordinación de la economía como arte ministerial de la política

La política es la ciencia arquitectónica que orienta a las ciencias prácticas, como la economía política, que tiene carácter instrumental. Por eso, la ciencia política determina las normas y principios que esa ciencia instrumental debe seguir.⁽³⁾

Estos principios rigen también la relación entre la actividad política, que es la ordenadora del Estado y la actividad económica a través de la cual los seres humanos orientan y practican la producción de bienes necesarios para el bien individual y el bien común.

Ahora bien, en la actualidad hay quienes piensan que la economía tiene sus propias reglas, independientes de la política, y hacen caso omiso de la subordinación a la que nos referimos.

La Constitución Nacional, en su versión de 1994, subordina claramente el progreso económico al desarrollo humano y a la justicia social (art. 75, inc. 19 CN), aunque su norma no sea tan clara como la que contenía el

(1) Abogada (UBA). Magíster en Política y Gestión Ambiental (Universidad Carlos III, Madrid, España). Magíster en Administración Pública (Instituto Universitario Ortega y Gasset- Universidad Complutense de Madrid). Investigadora (FCE-UBA).

(2) Abogado (UNLP). Ex Conjuez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Actual Professor Consulto de la Escuela de Abogados del Estado.

(3) SAMPAY, ARTURO E., *Introducción a la Teoría del Estado*, Bs. As., Politeia, 1951, pp. 459/460.

art. 40 de la Constitución de 1949: "La organización de la riqueza y su explotación tienen por fin el bienestar del pueblo, dentro de un orden económico conforme a los principios de la justicia social".

Pero la tendencia a negar al Estado su función ordenadora del bien común, que tuvo su auge a fines del siglo XX, todavía tiene expresiones vigentes.

Recordemos que la negación de la función estatal reguladora de la actividad económica para orientarla al bien común fue una corriente que tuvo sus seguidores en el último tramo del siglo pasado y que todavía perdura.

En febrero de 1987 tuvo lugar en París un coloquio internacional sobre desreglamentaciones, en donde Jaques Chevallier criticó severamente los fines y resultados de la desregulación y la desreglamentación.⁽⁴⁾

Todavía hoy ciertos políticos tratan de negarle al Estado la potestad de regular y orientar la actividad económica.

2. La desviación de la economía

La desreglamentación se ha invocado para abrir a la iniciativa privada sectores de actividad antes reservados al sector público, o para la privatización de empresas públicas.

Para explicar cualquiera de estas decisiones, se recurre a la desreglamentación o a la desregulación, sin distinguir si su motivación ha sido la crítica de la reglamentación existente, por su ineficacia y con miras a substituirla por otra reglamentación, o si ha sido la apología del mercado.

Esta visión, apunta Chevallier,

... nunca ha sido conforme a la realidad: El Estado siempre ha sido llevado a obrar sobre la economía por la vía de medidas de encuadramiento (reglamentación), protección (política aduanera) y de incentivación (promoción de exportaciones), así como a hacer funcionar ciertos servicios de regulación; el juego y la constitución misma del mercado, no han sido de hecho posibles sino por la mediación del Estado.⁽⁵⁾

Por su parte, dice Sepe:

(4) CHEVALLIER, JACQUES, "Les enjeux de la déréglementation", *Revue de Droit Public* 2-1987, p. 281 y ss.

(5) CHEVALLIER, JACQUES, *Les enjeux de la déréglementation*, op. cit.

Obviamente sería hoy inconcebible una acentuación plena del concepto abstencionista del 800 pero se acaricia la idea de un parcial retorno a la libertad de iniciativa privada en todos aquellos sectores en los que la intervención pública, el dirigismo, el control, es visto sólo como un estorbo.⁽⁶⁾

Asimismo, son de hacer notar dos conceptos remarcados por Claisse y Ourzik:⁽⁷⁾ la divulgación universal de la desreglamentación ha conducido a su aplicación en países en desarrollo, generalmente subreglamentados; el movimiento de desreglamentación en esos países se explica por "una situación de extraversion que los expone a presiones de organismos financieros y bancarios internacionales: es así que en 1982 el Banco Mundial y el FMI recomendaron en Marruecos liberar los precios y aflojar las coerciones que pesaban sobre los intercambios económicos y comerciales". Para esa época nosotros teníamos avanzada nuestra amarga experiencia en ese campo, experiencia que tuvo su explosión en el año 2001.

Recientemente, fue Su Santidad Francisco quien nos enseñó que

la política no debe someterse a la economía y esta no debe someterse a los dictámenes y al paradigma eficientista de la tecnocracia. Hoy, pensando en el bien común, necesitamos imperiosamente que la política y la economía, en diálogo, se coloquen decididamente al servicio de la vida humana. La salvación de bancos a toda costa, haciendo pagar el precio a la población, sin la firme decisión de revisar y reformar el entero sistema, reafirma un dominio absoluto de las finanzas que no tiene futuro y que sólo podrá generar nuevas crisis después de una larga, costosa y aparente curación.⁽⁸⁾

3. La apología del mercado y el neoliberalismo frente a los cambios del sistema

La sistemática apología del mercado, como la advierte Chevallier, está en la obra de Friedrich A. Hayek.⁽⁹⁾ Para este teórico, el mercado no solamente es eficaz porque permite movilizar informaciones, sino que es la garantía

(6) SEPE, O., "Un convegno internazionale sulle deregolamentazioni", en *Revista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2-1987, p. 570.

(7) CLAISSE A. y OURZIK, A., *Rapport au colloque IFSI*, París, 1987, p. 53.

(8) Laudato Si', N° 189, 24/05/2015.

(9) HAYEK, F. A., *Derecho, legislación y libertad*, Madrid, Unión Editorial, 1976.

misma de la libertad: es un orden espontáneo que conduce a los intervenientes, por mutuo ajuste, a la búsqueda de satisfacción de necesidades.

Esta posición doctrinaria merece observaciones desde dos puntos de vista:

- I. ¿Se conforman el bien común y el principio de justicia en la regulación de la actividad económica por medio de los mecanismos del mercado?;
2. ¿Es posible el mercado mismo sin una legislación que lo proteja y una decidida intervención estatal para asegurar su existencia?

Es conocida nuestra opinión negativa respecto del primer punto, pero solo diremos con referencia a él que el fin del Estado es la promoción del bien común, mientras que el fin de los agentes económicos es el lucro, que solo es legítimo cuando se compadece con aquel bien común cuya tutela requiere la regulación estatal. Pasemos al segundo.

Se toman como punto de partida de la regulación económica estatal, a la crisis del año 1930 y a la influencia del keynesianismo, que es una consecuencia histórica de aquella.⁽¹⁰⁾

Debe aclararse que, si bien allí arranca un tipo de regulación con una orientación activa, mucho antes de la tutela del mercado, este mismo había requerido una activa reglamentación estatal para impedir la autodestrucción del mercado por sus propias leyes "naturales". En los orígenes del capitalismo, fue la intervención estatal, que reemplazó la regulación económica medieval —como después se verá— y más tarde garantizó la supervivencia del mercado. La Sherman Act de 1890 y la Clayton Act de 1914 son dos puntos relevantes de ese período histórico. La intervención estatal —que crea el derecho a la concurrencia— y la actividad pública antimonopolística se inician en el siglo pasado; recién después de las primeras décadas del siglo pasado comienza una intervención estatal para corregir las injusticias del sistema bajo la influencia de estímulos diferentes, como la divulgación de la crítica marxista, la doctrina social de la Iglesia, las revoluciones rusa y mexicana, la crisis del 30.

Ahora el neoliberalismo no plantea una ciega fe en la regulación "natural" del mercado,⁽¹¹⁾ porque desde fines del siglo XX hay un cambio en los

(10) ARTANA D. y SOTO, L. A., *Desregulación y crecimiento*, Adeba, p. 88: "La sociedad mundial (y nosotros entendemos que la Argentina no es la excepción) idealizó en exceso la eficacia de la intervención estatal a partir de la crisis del 30. El colapso del sistema económico mundial de aquellos años fue en gran parte asociado a la imposibilidad del mercado para resolver los problemas por sí solo....".

(11) Dice A. Millan Puelles: "la libre concurrencia es imposible —viene a decir el nuevo y reformado liberalismo— si no cuenta con la ayuda de un Estado que la salvaguarde y garantice,

modos de producción y acumulación que exigió un acomodamiento para proteger las nuevas injusticias.

4. Breve referencia histórica y observación sobre los cambios sistemáticos. Prevenciones. Argentina después de la crisis de 2001

Haremos una breve referencia a la desregulación que se impuso a fines del siglo XVIII y principios del XIX para asegurar el cambio de la organización de la producción artesanal para el establecimiento de la industrial.

La disciplina de la producción, en Europa, desde el siglo XII al XVIII, estaba dada por la estructura de las corporaciones y su poder regulador sobre el trabajo artesanal.

Se puede decir que, en ese período, hubo un **derecho corporativo** con el cual se regulaban las relaciones de la producción. Las corporaciones instituían también una suerte de magistratura para resolver los conflictos originados en ese tipo de relaciones.

En el siglo XVIII se inició la sociedad industrial, que se originó en la sustitución del modo de producción artesanal por otro, el industrial.

Esta búsqueda de un nuevo ordenamiento de la producción se manifestó en diversos actos estatales destinados a la disolución del ordenamiento corporativo.⁽¹²⁾

En 1753 una ley inglesa declaró abolida la corporación de zapateros y, en 1756, otra abolió la corporación de tejedores. En Austria, en 1771, se convirtió en ley un proyecto que había ordenado elaborar María Teresa en 1751 y se dispuso la disolución general de las corporaciones. Luego, la disolución fue siguiendo: en Holanda y Toscana, en 1780; en Prusia, en 1791; en Roma, durante 1801; Nápoles lo hizo en 1821.

En Francia, el edicto de Turgot abolió las corporaciones en 1776, pero reconoció como excepciones a aquellas que gozaban de una concesión real y a las que reputaron indispensables, en las que la **desregulación** podía

interviniendo en la medida de lo preciso, para impedir las tendencias monopolísticas y para encuzar debidamente el proceso económico equilibrando y armonizando sus diversos factores. No sería honrado ocultar que una parte de los teóricos del neoliberalismo propende a restringir la intervención del Estado y, sobre todo, a darle una forma indirecta. De buena o mala gana, la intervención estatal se estima indispensable aunque sea en dosis mínima y en la forma menos directa posible —precisamente en favor de las libertades individuales—, y entre ellas, la de la iniciativa privada". Ver MILLAN PUELLES, A., *Sobre el hombre y la sociedad*, Madrid, 1976, pp. 161/162.

(12) ZANOBINI, GUIDO, *Corso di Diritto Corporativo*, Milán, 1943, p. 11 y ss.

causar daños enormes a la fe pública (joyeros) y a la salud pública (farmacéuticos). Pero las corporaciones eran una estructura real que ofrecería resistencia y, al poco tiempo, durante el mismo año 1776, el edicto de Clugny abrogó el de Turgot. La abolición se produjo, entonces, después de la revolución de 1789, mediante la Ley Le Chapelier del 17 de junio de 1791: “no se permite a los ciudadanos reunirse para la defensa de sus pretendidos intereses comunes: no hay más corporaciones en el Estado”.

Esta Ley Le Chapelier es la que sentó los principios organizativos que dominaron la estructura individualista de la sociedad industrial durante todo el siglo XIX. A tal punto que fue ella la que inmortalizó el nombre de su autor Isaac René Le Chapelier, quien —desde la Revolución hasta su guillotinamiento (el 22 de abril de 1794)— fue autor de leyes que consagraron los derechos de autor, la inviolabilidad de la correspondencia, la igualdad de las sucesiones, etcétera.

Pero esta desregulación no fue una liberación de la iniciativa privada, un reconocimiento total de la libertad individual, sino que inició un período en el que la libertad de asociación, reconocida dos años antes en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, se vio abolida cuando se trataba de la defensa de los intereses profesionales de los trabajadores. Una nueva regulación había comenzado, en la que el bien jurídicamente tutelado era la acumulación del capital en manos de la burguesía.⁽¹³⁾

El Estado liberal-burgués tenía apariencia prescindente en el campo de la distribución del ingreso, pero no en la fijación de las reglas jurídicas que determinaban la apropiación de los frutos de una mayor productividad del trabajo, multiplicada por el progreso técnico, “por cuanto el Estado se sustentaba en un poder político que era la expresión de los grupos sociales favorecidos en la apropiación de aquel fruto, principalmente en forma de excedente económico”.⁽¹⁴⁾

La prodigiosa revolución tecnológica de nuestro tiempo ha originado, en los últimos veinte años, “un aumento de la productividad superior al

(13) “... el excedente monopólico provenía de la heterogeneidad de la estructura social en la que el poder los estratos superiores, que tienen la mayor parte de los medios productivos, les permite captar gran parte del fruto de la creciente productividad del sistema”. Ver PREBISCH, RAÚL, “La periferia latinoamericana en la crisis global del capitalismo”, en *Revista de la CEPAL*, n° 26, p. 72.

(14) *Ibid.*, p. 85.

originado por la revolución industrial en sus 180 años de desarrollo”, como lo había predicho Sampay en 1964.⁽¹⁵⁾ Y, como advertía Prebisch en 1985, existe una pugna distributiva de grupos que tienden a sobreponerse al Estado, que “no está demostrando aptitud para dominarlos y encauzar la distribución y el proceso de acumulación del capital”.⁽¹⁶⁾ Esto conduce necesariamente a una reforma del sistema y de los medios de intervención estatal en la economía. No a una desregulación, pero sí a un cambio sustantivo en sus modalidades.

Puede observarse que este cambio en los modos de producción y de acumulación trae aparejada una modificación del sistema jurídico, cualesquiera sean los principios de organización política del Estado.

En su exposición sobre la **reestructuración** rusa, llamada *Perestroika*,⁽¹⁷⁾ Mijaíl Gorbachov, ha expresado que “el mundo ya no es lo que solía ser y sus nuevos problemas no pueden abordarse con pensamientos formulados en siglos anteriores”; por lo que “el mundo entero necesita reestructuración, es decir, desarrollo progresivo, un cambio fundamental”.

Esa reestructuración, en el plano de la organización económica, se traduce en un cambio de las viejas reglas por nuevas, para salir del *statu quo* que “crea condiciones preferentes para empresas anticuadas y castiga a las que están adelante”. La voluntad manifiesta es impulsar el reordenamiento: “el nuevo mecanismo económico (...) debe convertirse en una poderosa palanca, una fuerza motivadora para un desempeño ingenioso y de calidad. Cada empresa debe partir de demandas sociales reales para determinar sus planes de producción y de venta”.

La reorganización económica, como se ve, revaloriza la iniciativa empresaria, sin modificar el principio de la propiedad pública: “el socialismo —afirma— y la propiedad pública en la cual está basado proponen posibilidades virtualmente ilimitadas para procesos económicos progresivos”.

Por eso, a nuestro entender, el proceso llamado de desregulación o de desregulamentación, no es más que un aspecto de un cambio sistémico, que se refiere al derecho positivo como sostén del nuevo ordenamiento.

(15) SAMPAY, A. E., *La Argentina en la revolución de nuestro tiempo*, Bs. As., 1964, p. 54.

(16) PREBISCH, R., *op. cit.*, p. 85.

(17) GORBACHOV, MIJAÍL, *Perestroika*, Bs. As., Emecé, 1990, p. 123/124.

Pero debemos poner atención sobre este aspecto: mientras las naciones desarrolladas substituyen sus normas reguladoras por otras adecuadas a la transformación del sistema, los Estados de menor grado de desarrollo pueden ser impulsados a una desregulación absoluta para aumentar su grado de dependencia. Poner atención no significa aislarse ni desconocer las circunstancias que originan los cambios, sino administrar la evolución conforme a nuestro interés nacional y nuestras necesidades sociales.

En su Encíclica *Laudato Si'*, Su Santidad Francisco expresa, como lo había hecho en la Exhortación Apostólica *Evangelii Gaudium*, su preocupación por el incumplimiento del principio de la destinación común de los bienes de la tierra.⁽¹⁸⁾

Observemos que las políticas seguidas en la Argentina desde 2003 han contrarrestado aquellas nefastas orientaciones impuestas desde el año 1976, que no pudieron revertirse en el período 1983-1999, seguramente por las presiones del FMI que fueron acatadas mansamente hasta el desastre de 2001, cuya desoladora descripción realizara el Presidente Néstor Kirchner ante la 62º Asamblea General de las Naciones Unidas, donde expresara:

Nos encontrábamos ante un Estado vaciado por la aplicación rígida de las recetas del Fondo Monetario Internacional y, como corolario, se veía violencia en las calles y se vivía una crisis institucional en la que los presidentes duraban días. La Argentina, por primera vez, expulsaba a sus propios hijos a un exilio económico inédito. Hoy podemos decir que el Estado argentino ha ganado autonomía y administra soberanamente las variables de la macroeconomía en la medida que la actual etapa mundial lo permite, con una política económica sólida, ordenada y previsible en un marco institucional estable y democrático.⁽¹⁹⁾

Esperemos seguir en el buen camino.



(18) Ver también *Evangelii Gaudium*, en particular 203 a 206.

(19) Discurso del Presidente Néstor Kirchner ante la 62º Asamblea General de las Naciones Unidas, [en línea] <http://www.casarosada.gob.ar/discursosnk/24297-blank-71770233>

Defensa de la soberanía nacional

ALFREDO ERIC CALCAGNO⁽¹⁾



1. Introducción

En este artículo me referiré a los que considero son rasgos importantes de la soberanía nacional. Primero la definiré y esbozaré dos métodos empleados para analizarla: uno toma como eje a la soberanía misma, y otro a la dominación. En segundo lugar reseñaré argumentos y hechos históricos de afirmación y de denigración de la soberanía. Por último, esbozaré algunos rasgos de la lucha presente y futura en defensa de la soberanía.

2. La teoría

2.1. Definición de soberanía

Los elementos constitutivos del Estado son el pueblo, el territorio y la soberanía. El orden jurídico es la causa formal del Estado, mientras que el pueblo y el territorio son la causa material; y la soberanía es su carácter distintivo.⁽²⁾

El elemento central característico del Estado es la soberanía, que el *Diccionario de la Real Academia Española* define como "autoridad suprema del poder público". Se caracteriza por ser una potestad originaria, es decir,

(1) Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (UBA) y graduado en Ciencias Políticas (Universidad de París). Ex Secretario General del Consejo Federal de Inversiones y ex funcionario de las Naciones Unidas. Publicó 23 libros y numerosos artículos (algunos en colaboración).

(2) GONZÁLEZ ARZAC, FELIPE A., *Notas sobre el concepto de soberanía*, Bs. As., 1981, inédito.

que no es generada por otro ordenamiento o poder superior: es exclusiva, no está condicionada y puede actuar coactivamente con medios propios.

La expresión sociológica de la soberanía, por tanto, es la capacidad real para autodeterminarse que tiene la unidad estatal y debido a la cual puede forzar, superlativamente y de modo autónomo, toda voluntad que disperse o ataque la unidad de dominación irresistible, exclusiva y sustantiva del Estado. En resumen, la soberanía tiene un sentido positivo y otro negativo. En el sentido positivo expresa supremacía, supraordinación, sobre todos los que existen en su interior. En el sentido negativo significa independencia frente a otros Estados.⁽³⁾

Se ha dicho de la soberanía es a la ciencia política lo que el valor es a la ciencia económica.

2.2. Soberanía popular y soberanía nacional

El concepto de "soberanía" define cuál es su alcance teórico. Enseguida se suscitan los problemas políticos prácticos que atañen, primero, a quién ejerce el poder dentro de la Nación; y segundo, a las relaciones con otros Estados y con organismos internacionales.

En el primer caso, la soberanía se atribuye a cada ciudadano, titular de un derecho, que la ejerce primariamente con su voto; y al conjunto de ellos, que expresa una voluntad mayoritaria. En cambio, la soberanía que radica en la Nación, se refiere no solo a quienes participan actualmente en la vida del país, sino también a las generaciones del pasado y del futuro, que establecen una continuidad en los rasgos y valores que caracterizan a cada Nación.⁽⁴⁾

2.2.1. Soberanía popular

Como afirma Felipe González Arzac, "el llamado problema de la soberanía del pueblo se refiere al origen de la autoridad. Esta cuestión fue dilucidada en la polémica entre Jacobo I de Inglaterra y los jesuitas (Francisco Suárez y San Roberto Bellarmino). Jacobo I sostenía que su autoridad (y

(3) SAMPAY, ARTURO E., *La Constitución Argentina de 1949*, Bs. As., Ediciones Relevo, 1963, p. 109.

(4) Ver VEDEL, GEORGES, *Manuel Élémentaire de Droit Constitutionnel*, París, Librairie du Recueil Sirey, 1949, p. 112.

la de los reyes en general) provenía de Dios". Como sostiene Felipe A. González Arzac:

... los jesuitas distinguieron: la autoridad en abstracto proviene de Dios porque este creó al hombre como ser sociable y su existencia conlleva la de la sociedad y —consecuentemente— la autoridad que distingue a la sociedad de la multitud. Pero el origen concreto de la autoridad es la comunidad misma, y solo a ella corresponde designar a quienes la ejercerán o establecer su procedimiento de designación. Esta doctrina tiene sus puntos de similitud con el contractualismo rousseauiano, que después inspiraría la soberanía del pueblo adoptada por la Revolución Francesa. La doctrina de la soberanía del pueblo puede necesitar del ejercicio individual del voto para su concreción, pero no se identifica con él. Esto quiere decir que cada comunidad es la que rige su propio destino y que la comunidad está regida en la base por el conjunto de ciudadanos iguales. En consecuencia, la soberanía popular no es opuesta a la soberanía nacional.⁽⁵⁾

Dentro de cada país, la soberanía se expresa en la Constitución, que es el conjunto de reglas de derecho que determina la forma misma del Estado y de su gobierno, el modo en cómo se establecen los poderes y su competencia, así como los derechos de los ciudadanos y de los grupos sociales.⁽⁶⁾ Las leyes que se dicten para instrumentarla deben ajustarse a los principios en ella establecidos.

La soberanía se manifiesta en el ejercicio de tres funciones: la legislativa, la judicial y la administrativa. Con la legislativa constituye su propio orden jurídico y regula la vida política, social y económica; mediante su acción judicial dirime de modo obligatorio las controversias; y con su función administrativa procura satisfacer las necesidades colectivas.⁽⁷⁾

2.2.2. Soberanía nacional

En el derecho internacional público los actores son los Estados soberanos, que están sujetos a ese derecho, pero ningún órgano jurisdiccional puede imponerles normas ni sanciones. Cuando existen, son medidas de represalia

(5) GONZÁLEZ ARZAC, FELIPE A., *op. cit.*

(6) VEDEL, GEORGES, *op. cit.*, p. 131.

(7) RANELLETTI, ORESTE, *Istituzione di Diritto Pubblico*, Parte 1, Milán, Giuffre, 1948, p. 33 y ss.

adoptadas por otros Estados soberanos en situaciones de hecho. La circunstancia de que organismos internacionales, tales como las Naciones Unidas u organizaciones regionales, adopten resoluciones de bloqueo o castigo contra países, e incluso envíen tropas o naves de guerra, no otorga legitimidad a estas acciones; pueden ser argumentos de justificación ante las opiniones públicas de los países, pero contravienen la propia Carta de las Naciones Unidas.⁽⁸⁾

En resumen, la soberanía **en el** Estado y la soberanía **del** Estado se refieren a dos aspectos de una misma cuestión. La primera —soberanía del pueblo— se refiere al origen de la autoridad, y la segunda —soberanía nacional (potestad suprema de imperio o de gobierno)— tiene por titular a la Nación. Existe una compenetración entre ambas: si una Nación perdiera su soberanía (menoscabándose la soberanía **del** Estado), el ejercicio de la soberanía **en el** Estado perdería su substancia. El ideal es el pueblo soberano en la nación soberana.

3. La práctica

Una definición de soberanía en términos absolutos es la que queda expuesta; pero al lado de la teoría está la práctica que suele relativizar los términos absolutos. Los principios jurídicos de la soberanía, a menudo, han sido quebrantados en la realidad por los procesos de dominación.

3.1. *Métodos de análisis de la soberanía*

El método clásico de análisis de la soberanía tiene como punto de referencia su coincidencia o divergencia con la noción jurídica de la "soberanía". Con otro criterio, Michel Foucault basa su análisis en las relaciones de dominación. Afirma que:

... más que orientar la investigación sobre el poder del lado del edificio jurídico de la soberanía, del lado de los aparatos del Estado, del lado de las ideologías que lo acompañan, creo que es necesario orientar el análisis del poder del lado de la dominación (y no de la soberanía), del lado de las operaciones materiales, del lado de las formas de sujeción, del lado de las

(8) La Carta de las Naciones Unidas establece expresamente que "ninguna disposición de la presente Carta autoriza a las Naciones Unidas a intervenir en los asuntos que dependen esencialmente de la competencia nacional de un Estado ni obliga a los miembros a someter asuntos de esta índole a un procedimiento de arreglo en términos de la presente Carta" (art. 2º, párr. 7).

conexiones y utilizaciones de los sistemas locales de estas sujetos y del lado, en fin, de los dispositivos del saber.⁽⁹⁾

En otras palabras, en los casos de violación de la soberanía se propone estudiar al victimario más que a las víctimas.

Afirma Foucault que:

... en el caso de la teoría jurídica clásica del poder, el poder es considerado como un derecho que se poseería como un bien, y que en consecuencia, se podría transferir o alienar, de modo parcial o total, por un acto jurídico o un acto fundador de derecho —poco importa por el instante— que sería del orden de la cesión o del contrato. El poder concreto es el que todo individuo tiene y que cedería, total o parcialmente, para constituir un poder, una soberanía política.⁽¹⁰⁾

Más concretamente, recuerda que:

... la guerra ha presidido el nacimiento de los Estados: el derecho, la paz, las leyes nacieron en la sangre y el barro de las batallas. Pero por eso no hay que entender que son batallas ideales, rivalidades tales como la imaginan los filósofos y los juristas: no se trata de una suerte de salvajismo teórico. La ley no nace de la naturaleza, al lado de las fuentes que frecuentaban los primeros pastores; la ley nace de las batallas reales, de las victorias, de las masacres, de las conquistas que tienen sus fechas y sus héroes de horror; la ley nace de las ciudades incendiadas, de las tierras devastadas; nace de los famosos inocentes que agonizan en el día que comienza.⁽¹¹⁾

Por supuesto, la tesis de Foucault debería completarse con la observación de que con el avance del tiempo la dominación militar fue reemplazada en muchos casos por la dominación económica, con significados históricos parecidos.

Concluye Foucault entonces, que "sería necesario intentar estudiar el poder, no a partir de los términos primitivos de la relación, sino a partir de la

(9) FOUCAULT, MICHEL, *Il faut défendre la société*, París, Cours au Collège de France, 1976 [Gallimard Seuil, 1997], pp. 21/55.

(10) *Ibid.*, p. 14.

(11) *Ibid.*, p. 43.

relación misma, en tanto determina los elementos sobre los que se basa: más que demandar a los sujetos ideales lo que han podido ceder de ellos mismos o de sus poderes para dejarse sujetar, es necesario buscar cómo las relaciones de sujeción pueden fabricar sujetos”.⁽¹²⁾

En el análisis de los procesos de dominación es pertinente la observación de Maurice Godelier, quien sostiene que en los procesos de dominación a través de la historia, más importante que la violencia de los dominadores fue el consentimiento de los dominados. De allí la importancia creciente de los medios de comunicación al servicio de los dominadores, que crean o consolidan ese consentimiento.

En síntesis, desde el punto de vista de los valores a defender y de los resultados, tal vez los efectos de la tesis de la soberanía y de la dominación sean análogos. Son las dos caras de una misma moneda: por un lado, se afirma la potestad soberana, que no debe ser vulnerada; y por el otro, se trata de impedir la dominación, que destruiría la soberanía.

Difieren en cuanto a las causas históricas y al razonamiento lógico: si en el origen fue el acuerdo o la guerra, y si lo que rige es el contrato o la violencia. Pero existirá dominación si se vulnera la soberanía del Estado y, recíprocamente, el ejercicio pleno de la soberanía implicará la ausencia de dominación.

Por eso, el análisis que sigue sobre las diferentes formas de soberanía de un Estado es válido tanto si se refiere a la soberanía como a la dominación.

4. La historia

En los hechos, el ejercicio de la soberanía política ha sido un privilegio de los países poderosos; históricamente los países débiles no han podido practicarla en plenitud. Ante todo, la política colonialista de las mayores potencias mundiales llevó a la anexión de los países militarmente más débiles. El reparto de África y del sur y sudeste asiáticos es un doloroso ejemplo del colonialismo que aún perdura en lo económico, en lo militar y en resabios de sujeción política. Más recientemente, las características del nuevo poder mundial después del fin de la “guerra fría” han hecho variar los condicionamientos de la soberanía política.

A mediados de los años 70 existieron cambios sustanciales en el capitalismo practicado en el cono sur de América Latina: primero, se implantó una

(12) *Ibid.*, p. 239.

globalización con hegemonía del sector financiero por sobre el productivo; segundo, existió una fuerte concentración de la riqueza y el ingreso; y tercero, se redujo al mínimo el rol del Estado (en especial se privatizaron las empresas estatales y aumentó desmesuradamente el endeudamiento externo).

En definitiva, la acción del Estado dependerá de cuál sea el grupo político que gobierne. Si es neoliberal, procurará debilitar al Estado, y presentará la disyuntiva entre desarrollo y soberanía: con su lógica, para crecer económico debe cederse soberanía al “mercado” o a instituciones manejadas por el establishment internacional y nacional. Con esa orientación, las estrategias políticas y económicas, las tecnologías y las formas culturales de convivencia se generarán en el ámbito supranacional, y su ejecución y adaptación será regional y local. En consecuencia, lo nacional quedará vaciado de significado y de función.

¿Quiénes impulsan y ejecutan la declinación de la soberanía? Como en las novelas policiales, se pueden descubrir los culpables si se sabe quiénes son los beneficiarios y los perjudicados. Los objetivos son claros: puesto que el Estado es el principal instrumento del que pueden valerse las fuerzas populares para resistir las presiones externas y para ejecutar reformas sociales y económicas de fondo, es necesario debilitarlo: en el ámbito externo, impugnando la soberanía nacional; y en el interno, la soberanía popular.

4.1. Políticas de defensa de la soberanía

La historia argentina muestra múltiples ejemplos de defensa de la soberanía; como no se trata de presentar una historia del tema, solo citaré algunos casos concretos. Ante todo, desde el momento en que fueron usurpadas por el Reino Unido, jamás se aceptó la pérdida de la soberanía sobre las Islas Malvinas, cuya recuperación es un objetivo central de la política internacional argentina.

En un relato cronológico, la primera afirmación de la soberanía es la que resulta del nacimiento de la Argentina como Estado. Las guerras de la independencia son luchas por la soberanía nacional que se encontraba en gestación.

La afirmación de la soberanía nacional fue también materia del derecho internacional argentino a través de las doctrinas “Calvo”, “Bernardo de Irigoyen” y “Drago”.

La primera, enunciada por Carlos Calvo en 1868, sostenía la jurisdicción de los tribunales locales frente a los reclamos de extranjeros con respecto a los derechos y obligaciones derivados de un contrato, y negaba el privilegio diplomático que pudiera invocarse.

La tesis del Ministro de Relaciones Exteriores, Dr. Bernardo de Irigoyen, fue enunciada en 1876 y consiste en el rechazo de reclamos diplomáticos con respecto a bienes existentes en el país, de propiedad de sociedades anónimas cuyos accionistas son extranjeros.

La doctrina "Drago" fue formulada en 1902 por el Ministro de Relaciones Exteriores Dr. Luis María Drago, frente a la intervención armada de Gran Bretaña, Italia y Alemania contra Venezuela, que culminó con el bloqueo de sus puertos para obtener, por la fuerza, el pago de bonos en poder de acreedores de esos países. Sostenía Drago en una nota al Departamento de Estado de Estados Unidos que "la deuda pública no puede dar lugar a la intervención armada y menos a la ocupación material del territorio de naciones americanas por una potencia europea". Como sostengo más adelante, es una jurisprudencia aplicable al actual conflicto del gobierno argentino con los fondos buitre.

También realizó actos de defensa de la soberanía nacional el gobierno de Juan Manuel de Rosas. Francia e Inglaterra llegaron a la agresión abierta a la soberanía del país. Los dos hechos sobresalientes fueron los bloqueos de Francia (1838) y de Francia e Inglaterra (1845), que se resolvieron diplomáticamente (Tratados Arana-Mackau, de 1840 y Arana-Southern, de 1849). Existió, también, un hecho de fuerza en la Vuelta de Obligado (20/11/1845), en el que las fuerzas argentinas intentaron detener a las naves anglofrancesas. En ambos casos, los tratados suscriptos reconocen la soberanía argentina. Se estableció que la navegación de los ríos Paraná y Uruguay era de competencia interna de la Argentina en el caso del río Paraná, y de Argentina y Uruguay en el río Uruguay.⁽¹³⁾

Otro aspecto de la defensa de la soberanía nacional fue la neutralidad argentina durante las dos guerras mundiales. En la primera, el Presidente Hipólito Yrigoyen se negó a entrar en la guerra y obtuvo el respeto de la soberanía argentina en medio del conflicto. Después de la guerra, en noviembre de 1920, la delegación argentina se retiró de la Liga de las Naciones

(13) BAGÚ, SERGIO, *Historia Integral Argentina*, 1. *El país nuevo, El orden internacional 1815-1880. Segundo gobierno de Rosas*, Bs. As., Centro Editor de América Latina, 1960, p. 286.

porque las potencias dominantes no aceptaron el criterio argentino, que "propuso como esenciales los principios de la universalidad de la Sociedad de las Naciones y de la igualdad de todos los Estados soberanos".⁽¹⁴⁾

Durante la Segunda Guerra Mundial, el gobierno argentino —primero a cargo del Dr. Ramón S. Castillo y después, del General Edelmiro J. Farrell— mantuvo una posición de neutralidad, que recién se quebró el 27/03/1945 con la declaración de guerra a Japón y a Alemania. Cabe señalar que uno de los efectos de la declaración de guerra era que las empresas de países del Eje pasaban a ser intervenidas por el gobierno argentino y no por las potencias aliadas.

En el plano económico, el proceso de industrialización que siguió a la Segunda Guerra Mundial fue un ejemplo de afirmación de la soberanía. Se amplió el aparato productivo y se pasó a un estadio superior de desarrollo económico que afirmó las posibilidades políticas de autodeterminación.

La nacionalización de servicios públicos y la eliminación de la deuda externa, ocurridas entre 1945 y 1955, constituyeron una afirmación de la potestad del Estado.⁽¹⁵⁾ Asimismo, el proceso de nacionalizaciones determinó una drástica disminución del stock de capital extranjero que en 1913 representaba el 47,70% del capital fijo total; en 1931 era del 30%; y en 1940 del 20,40%; disminuyó al 15,40% en 1945 y al 5,40% en 1949.

El Presidente Arturo Illia protagonizó actos de defensa de la soberanía nacional cuando, a mediados de 1965, se negó a enviar tropas a la República Dominicana en ocasión de la ocupación por fuerzas de Estados Unidos; y expresó su intención de expulsar a la misión del Fondo Monetario Internacional si mantenía su exigencia de devaluar la moneda y derogar la Ley de Medicamentos.

(14) Mensaje del Presidente Hipólito Yrigoyen al Congreso Nacional declarando abierto el Período de Sesiones de 1921.

(15) Sucesivamente, se estatizaron la compañía de gas (marzo de 1945); el Banco Central (marzo de 1946); los teléfonos (en diciembre de 1946 se creó EMTA como sociedad mixta, que a mediados de 1948 se estatizó íntegramente); los ferrocarriles (febrero de 1947, con toma de posesión en marzo de 1948). Se crearon Agua y Energía Eléctrica (1947); la Dirección Nacional de Industrias del Estado (DINIE, en abril de 1948) para administrar 32 empresas incautadas a la "propiedad enemiga"; Empresas Estatales de Energía (ENDE en agosto de 1950), que agrupó a las cinco empresas de energía (Gas del Estado, YPF, Combustibles Sólidos Minerales, Combustibles Vegetales y Derivados, y Agua y Energía Eléctrica); Aerolíneas Argentinas (marzo de 1950); la Comisión Nacional de Energía Atómica (mayo de 1950); Transportes de Buenos Aires (enero de 1952); la Flota Argentina de Navegación de Ultramar (FANU); y la Flota Argentina de Navegación Fluvial.

Con la caída de la convertibilidad, y consecuentemente del neoliberalismo, pudo ejecutarse a partir de 2003 una política de afirmación nacional que se concretó con la recuperación de la soberanía económica, ante todo con la reestructuración de la deuda externa y el desligamiento del FMI, importantes políticas a las que me referiré más adelante.

4.2. Entrega de la soberanía

Frente a actos de defensa de la Nación y del Estado argentinos, como los reseñados —a los que podrían agregarse muchos otros—, existieron actos y políticas de entrega de la soberanía. Debemos señalar que en este trabajo no se trata de efectuar una valoración moral de estos hechos, sino simplemente de describirlos y de señalar sus consecuencias desde nuestro punto de vista; no se afirma ni se niega la buena fe con la que pudo actuarse.

Un ejemplo típico —por suerte frustrado— fueron las notas que en enero de 1815 firmó el Director Supremo Carlos María de Alvear para que su enviado Manuel José García entregara a Lord Strangford en Brasil, dirigidas una a él mismo y otra al gobierno inglés. En ellas se proponía la incorporación de las Provincias Unidas del Río de la Plata a los dominios del Rey de Inglaterra.⁽¹⁶⁾ El emisario no entregó las cartas, que sin embargo fueron conocidas extraoficialmente por el Ministro de Relaciones Exteriores de Inglaterra por copias que envió el cónsul británico en Buenos Aires, cuando ya Alvear había abandonado el gobierno.

Otro episodio de declinación de la soberanía fue la negociación de la paz con Brasil en mayo de 1827. El delegado de las Provincias Unidas, Sr. Manuel José García, que solo estaba autorizado a admitir la creación de un Estado Oriental independiente, firmó acuerdos preliminares por los que se devolvía al imperio las provincias cisplatinas, se pagaba una indemnización de guerra y se desarmaba la isla Martín García. Esa gestión fue desautorizada por el gobierno y el Congreso.

(16) En esa carta se afirmaba: "... cinco años de repetidas experiencias han hecho ver de un modo indudable a todos los hombres de juicio y opinión que este país no está en edad ni en estado de gobernarse por sí mismo, y que necesita una mano exterior que lo dirija y contenga en la esfera del orden antes que se precipite en los horrores de la anarquía (...) En estas circunstancias solamente la generosa Nación Británica puede poner un remedio eficaz a tantos males, acogiendo en sus brazos a estas provincias, que obedecerán su gobierno, y recibirán sus leyes con el mayor placer, porque conocen que es el único medio de evitar la destrucción del país, que están dispuestos antes que volver a la antigua servidumbre, y esperan de la sabiduría de esa nación una existencia pacífica y dichosa".

En el plano económico, las modalidades de la inserción externa de Argentina han impedido en varias ocasiones el pleno ejercicio de la soberanía nacional. Históricamente, dependíamos de un mercado regido por las grandes potencias mundiales, que marcaron las condiciones de nuestro comercio exterior. Nuestra integración al imperio británico trascendía lo comercial y se manifestaba en lo político; lo mismo ocurrió durante la hegemonía de Estados Unidos.

Ejemplos típicos de dependencia económica históricamente fueron desde 1824 hasta ahora: la deuda externa, en sí misma y por sus condicionalidades; la compra del Ferrocarril Oeste y el Pacto Roca-Runciman. En su *Historia de los ferrocarriles argentinos*, Raúl Scalabrini Ortiz muestra que la empresa británica Western Railway adquirió la propiedad de 544 km de vías férreas con una inversión real mínima.⁽¹⁷⁾

El Pacto Roca-Runciman fue firmado por el vicepresidente de la Argentina, Julio A. Roca, y por el ministro británico Walter Runciman, Presidente del Board of Trade, el 01/05/1933. En él se establecía que Gran Bretaña se obligaba condicionalmente a conservar la cuota de importaciones de carnes argentinas, con la posibilidad de reducirla unilateralmente; por su parte, la Argentina le otorgaba importantes ventajas comerciales.

Otros episodios de declinación de la soberanía nacional están ligados a la deuda externa. No solo se trata de un problema histórico, como el planteado con referencia al primitivo préstamo de Baring Brothers en 1824 y sus renegociaciones. Más recientemente, durante el período neoliberal (1976-2001), el endeudamiento externo fue el combustible que permitió funcionar a la convertibilidad; ha significado la firma de contratos con los bancos acreedores y negociaciones con el Fondo Monetario Internacional, en las cuales el gobierno argentino declinó atribuciones básicas de la soberanía nacional.⁽¹⁸⁾

Las condiciones exigidas por el FMI para conceder préstamos fueron ruinosas para la Argentina.⁽¹⁹⁾ Como contrapartida, se exigían las medidas de

(17) SCALABRINI ORTIZ, RAÚL, *Historia de los ferrocarriles argentinos*, Bs. As., 1940.

(18) CALCAGNO, ALFREDO E., *La perversa deuda*, Bs. As., Legasa, 1988 [1985]; y CALCAGNO, ALFREDO E. y CALCAGNO, ERIC, *La nueva deuda externa explicada a todos*, Bs. As., Catálogos, 2006.

(19) Los programas del FMI se fundamentan en una teoría económica: el equilibrio interno y de pagos externos se logra comprimiendo el consumo, abriendo la economía y reduciendo el gasto público; como consecuencia se impone un modelo global de crecimiento que tiene como eje el aumento de las exportaciones, la desregulación de la economía, las privatizaciones de empresas públicas y las restricciones monetarias, crediticias y al consumo.

política necesarias para pagar el endeudamiento externo y transferir ingresos a ciertas corporaciones y grupos sociales (que en general se destinaban a la fuga de capitales y a consumos suntuarios).⁽²⁰⁾ Esta declinación de la soberanía incluía la firma de tratados de libre comercio y de protección de inversiones, la fijación de árbitros neoliberales, la desregulación de mercados y, en general, medidas que hicieran perder márgenes de maniobra a los países subdesarrollados.

En el contexto de estas políticas, y buscando su irreversibilidad, comenzó un proceso de privatización generalizada de empresas públicas, aun de aquellas que son esenciales a la unidad nacional o a los procesos de industrialización, lo cual constituye para la Nación una gravísima declinación de la capacidad autónoma de decisión.

En definitiva, los resultados económicos del neoliberalismo fueron desastrosos. Veamos el solo indicador del producto interno bruto (PIB) por habitante: era de 8000 dólares internacionales en 1976, y se redujo a 7200 dólares en 2002; es decir, que los argentinos tenían 800 dólares menos por habitante que 26 años atrás. Esta fue la época del oro del neoliberalismo. En cambio, en 2013 el PIB por habitante era de 13.500 dólares: en 10 años, casi se duplicó.

5. La lucha del futuro: defender la soberanía

Predecir el futuro es una actividad de iniciados más cercana a la magia que a la ciencia. Ya las proyecciones económicas y las encuestas electorales tienen márgenes de error, aunque se basen en datos concretos; pero si es difícil pronosticar el ritmo de un proceso o actividad (por ejemplo, las tasas de crecimiento económico o la cantidad de votos), es casi imposible predecir la orientación de procesos históricos con alguna seriedad técnica. Lo que si es viable es señalar cuales son los factores que pueden ser determinantes en esa orientación. En una primera aproximación gruesa, en la Argentina de hoy la defensa de la soberanía incumbe al gobierno nacional (con la adhesión de otras fuerzas políticas y sindicales); y la oposición de los grupos antisoberanía, en su mayoría inspirados por las tesis neoliberales. Veamos rápidamente cuales son las orientaciones generales, las que a mi juicio deberían continuarse y consolidarse.

(20) SBATELLA, JOSÉ A. et al, *Origen, apropiación y destinos del excedente económico en la Argentina de la posconvertibilidad*, Bs. As., Colihue, 2012.

El gobierno, desde 2003, realizó actos políticos de defensa de la soberanía nacional en tres ámbitos.

El primero es la recuperación de la soberanía económica, con la aplicación de cuatro políticas fundamentales: el desligamiento del FMI, la reestructuración de la deuda externa, el desendeudamiento de la Nación y la lucha en contra de los fondos buitre. En general, se trata de dos órdenes de actos de gobierno: los ligados a la soberanía económica con respecto al exterior y los relacionados con la recuperación del Estado como elaborador de la política económica y agente del desarrollo.

Como en todo proceso histórico de largo plazo, todavía está pendiente la afirmación plena de la soberanía en varias áreas: por ejemplo, en la regulación de las inversiones extranjeras, que están regidas por los tratados de protección de inversiones extranjeras y responden a la ideología neoliberal predominante en esa época; consecuentemente, la resolución de litigios sigue estando en manos del CIADI, que es un instrumento jurídico-político de los inversores extranjeros. Por supuesto que las decisiones políticas dependen de la relación de fuerzas existente, pero es bueno recordar no solo los múltiples logros obtenidos en materia de soberanía, sino también los temas todavía sin resolver. Se cumplirá así la profecía del Martín Fierro: "Y han de concluir algún día/estos enredos malditos".

El segundo consiste en la política internacional independiente, para lo cual se crearon la Unión de las Naciones Suramericanas (Unasur), la Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños (Celac) y se rechazó la implantación del Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA).

El tercero es la estatización de actividades esenciales para el desarrollo nacional, tales como el sistema de previsión social (SIPA), la mayoría accionaria en Yacimientos Petrolíferos Fiscales (YPF) y Aerolíneas Argentinas; y la estatización del agua potable.

5.1. La soberanía económica

5.1.1. Desligamiento del FMI

En diciembre de 2005 la Argentina pagó toda la deuda que tenía con el FMI (en ese momento, también lo hizo Brasil). Con esta medida, quedó libre de las condicionalidades de política económica que el FMI impone a los países deudores. Reasumió así su soberanía económica, que estaba vulnerada por las condicionalidades que implicaban los acuerdos firmados

para recibir préstamos del FMI (cuyo modo rutinario de actuar consiste en aprovechar una crisis de la balanza de pagos para imponer ajustes coyunturales y estructurales). El eje de su acción es el pago de la deuda externa, para lo cual aplica programas de ajuste.

La política económica que impone el FMI es de ajuste coyuntural y reforma estructural. El ajuste lleva inexorablemente a la recesión al país que la aplica, pero tampoco soluciona el problema porque conduce a una espiral deflacionaria: la disminución del gasto reduce la actividad económica, bajan el consumo y la inversión, y cae la recaudación fiscal, lo que genera una nueva disminución del gasto, y así se realimenta la espiral depresiva. Por el contrario, los ejes de la política económica del gobierno son el mantenimiento del empleo y de los salarios reales en un contexto de crecimiento económico.

La reforma estructural neoliberal trata de implantar en el largo plazo un funcionamiento de la economía que se enumera en la nota 19 y que está en las antípodas del desarrollo con justicia social. Se basa en la disminución de la actividad estatal, en la desregulación del mercado y en la reducción de la participación de los asalariados en la distribución del ingreso. Al respecto, rigen dos eslóganes. El primero es público: "achicar el Estado es agrandar la Nación"; y el segundo inconfesable: "privatizar ganancias y socializar pérdidas". El problema es que en economía se puede de hacer cualquier cosa menos evitar las consecuencias (frase que se le atribuye a Keynes), que suelen ser catastróficas (recordemos la Argentina de 2001 y 2002). Por ejemplo, si se provoca una situación en la que es más barato importar que producir, entonces quiebra gran parte de la industria y el sector financiero domina al productivo.

Con el desligamiento del FMI, la Argentina recuperó la facultad de decidir su política económica; además, recobró su soberanía monetaria.

5.1.2. Reestructuración de la deuda externa y desendeudamiento

En marzo de 2005, el gobierno del Presidente Néstor Kirchner renegoció la deuda pública cuyo servicio se había suspendido. Un 76% de esa deuda se renegoció con una quita del 66% y un alargamiento importante de los plazos de pago. En 2010 se reabrió la posibilidad de canjear deuda en default por nuevos títulos y se llevó el monto reestructurado al 92,40% del total. Gracias a esa reestructuración y, sobre todo, a la recuperación del crecimiento económico y la mejoría en los balances fiscal y comercial, el peso de la deuda sobre el PIB cayó de manera espectacular.

En 2002, el monto de la deuda total (externa e interna) del sector público nacional equivalía a 164,40% del PIB; a fines de 2013 había disminuido a 39,50% del PIB. Los resultados son importantes porque cambió la naturaleza de los acreedores: el 60% son agencias del gobierno (las mayores, Banco Central y ANSeS). Además, disminuyó de modo sustancial el peso de la deuda pública externa: en 2004 era el 62% del PIB y en 2014 del 13%. Esto es importante, primero, porque la carga de los intereses de la deuda pública externa disminuyó radicalmente, fue solo del 0,70% del PIB en 2014 (excluyendo los pagos realizados dentro del propio sector público); y segundo, porque significó recuperar soberanía financiera y poder de decisión sobre nuestras políticas, que habían sido delegadas en el FMI y otros acreedores.

5.2. Los fondos buitre

5.2.1. Naturaleza de los fondos buitre

En la economía mundial, el sector financiero es el hegemónico; y dentro de él adquirieron creciente importancia los usureros y los delincuentes financieros. Hace 30 años, a escala mundial, la relación entre el producto interno bruto y los activos financieros era de casi 1 a 1 y ahora esa relación es de 1 a 3,6. Esa diferencia marca el ámbito de la especulación:

Se estima actualmente que la mitad de las finanzas mundiales pasa por los paraísos fiscales y bancarios (...) Y solo han desaparecido los escándalos más visibles (...) Más del 30% de las inversiones directas en el extranjero de las multinacionales, estarían destinadas a los paraísos fiscales y bancarios. Por supuesto, estas inversiones no hacen más que transitar por estos lugares opacos y las estadísticas no rinden cuenta de sus verdaderos destinos.⁽²¹⁾

Existe, además, una íntima relación entre los bancos “normales” y los paraísos fiscales “para hacer funcionar tanto los aspectos lícitos como los ilícitos de la globalización financiera”.

A su vez, los fondos buitre son las personas o sociedades comerciales que pretenden extraer beneficios usurarios o ventajas ilegítimas sobre las operaciones de compra de bonos, o cualquier otra clase de bienes depreciados emitidos por el Estado.

(21) MAILLARD, JEAN DE, “Paradis fiscaux et bancaires”, en *Encyclopaedia Universalis. Dictionnaire d’Économie*, París, Albin Michel, 2007.

Los fondos buitre son una amenaza internacional porque practican el terrorismo financiero. En primer lugar, aterrorizan e infligen daños a grupos grandes de población mediante el uso sistemático de la violencia; por ejemplo, impiden reestructuraciones de deuda y precipitan a países en una depresión económica; operan desde paraísos fiscales, que son guardias sin ley ni control; toman como rehenes a grupos ajenos al litigio (por ejemplo, en la situación argentina impiden que cobren bonistas que aceptaron el canje y que son el 93% del total).

En nuestro caso, amenazan con voltear una reestructuración de la deuda con una quita de 65.000 millones de dólares y alargamiento de plazos, que ya tiene 10 años, para obtener que un fondo buitre que en 2008 compró bonos basura por 48,7 millones de dólares, reciba ahora un retorno agregado de 1608%, de inmediato y en efectivo. Pero esto no es nada comparado con las demás consecuencias: a los primeros buitres habría que pagarles 1500 millones de dólares, lo cual les daría título a otra bandada de buitres para reclamar 15.000 millones más. Se trata, entonces, de obligaciones de cumplimiento imposible, con amenazas de represalias terribles. Es un caso típico de terrorismo financiero. Queda clara la disyuntiva: o se satisface la avidez de dinero de los buitres o se consolida la deuda ya reestructurada.

5.2.2. El planteo jurídico

El planteo jurídico de los buitres es sencillo: Argentina perdió un juicio y debe pagar. Así de simple. Sin embargo, el tema jurídico tiene facetas de derecho civil, penal y constitucional, que son diversos y contradictorios. Cada uno presenta sus problemas propios de difícil resolución y algunos son de imposible cumplimiento. Por ejemplo:

- I. **Existen dos decisiones opuestas de las Cortes Supremas de Justicia de Estados Unidos y de Argentina ¿Cuál debe prevalecer?**: los fondos buitre tienen una sentencia favorable del juez Griesa sobre el tema de la deuda en una causa anterior, que fue ratificada por el sistema judicial estadounidense; pero cuando se quiso cumplir, nuestra Corte Suprema de Justicia prohibió su aplicación en territorio argentino en el caso "Claren Corporation c/ Estado Nacional", del 06/03/2014. Entendió que era violatoria del orden público argentino y que en consecuencia no podía ejecutarse.

Frente a esta contradicción entre dos sistemas judiciales, ¿cuál sentencia debe prevalecer? Para estos casos, el derecho internacional establece el arbitraje de la Corte Internacional de Justicia de La Haya, pero los países involucrados deben dar su consentimiento; en este caso, Argentina pidió el arbitraje y EEUU dejó pasar varios meses sin contestar, lo cual equivale a una respuesta negativa.

En el plano moral y práctico, la alternativa se plantea entre violar el orden público argentino (en especial la reestructuración de las deudas de 2005 y 2010, que tuvieron una adhesión del 92,40% de los bonistas y una quita de las dos terceras partes en promedio); o disminuir una tasa de beneficios para los fondos buitre reclamantes (que son el 1% de los bonistas), del 1.608% al 300% en 5 años.

2. **Los fondos buitre cometan el delito de usura:** el art. 175 bis CP castiga “al que a sabiendas adquiriere, transfriere o hiciere valer un crédito usurario”. Nadie puede discutir el carácter usurario de una tasa de beneficio de 1.608% en cinco años, en dólares.
3. **El actual conflicto del gobierno argentino con los fondos buitre está encuadrado en la doctrina Drago:** como ya señalé, la doctrina Drago impide el cobro de deuda externa por la fuerza. Este principio está siendo violado: en efecto, mientras no se les pague a los fondos buitre, el Poder Judicial de los Estados Unidos prohíbe el cobro a los acreedores de la deuda externa argentina reestructurada y pretende frenar la emisión de nuevos títulos de deuda por la fuerza. Una conducta análoga tuvieron las flotas inglesa, alemana e italiana en Venezuela en 1902 y 1903, cuando bloquearon puertos para cobrar por la fuerza una deuda externa. La finalidad es la misma, pero los medios son diferentes. Ahora a nadie asustan las cañoneras; lo contundente son el sistema financiero internacional y el Poder Judicial de los Estados Unidos. Así, el Poder Judicial de Estados Unidos —y por ende su gobierno— está vulnerando una jurisprudencia aceptada mundialmente.
4. **Existe terrorismo financiero:** las acciones de los fondos buitres incurren en terrorismo financiero. En efecto: por extorsiones financieras impiden una reestructuración de la deuda —o intentan invalidarla— para precipitar a un país a una depresión económica. Además, actúan desde guaridas llamadas “paraísos fiscales”, donde no hay ley ni control; por último, toman como rehenes a grupos ajenos al litigio (por ejemplo, en nuestro caso, impiden que cobren los bonistas que aceptaron el canje con quita y plazos, que son el 92,40% del total). Reúnen los requisitos necesarios para que su acción sea calificada como terrorismo financiero.

Las leyes argentinas contienen el concepto de “terrorismo financiero”. El art. 168 CP define como extorsión “obligar a otro a depositar o tener a su disposición o de un tercero (...) cosas, dinero o documentos”. A su vez, los arts. 306 y 41 quinquis CP castigan el financiamiento del terrorismo.

Como surge de lo expuesto, los fondos buitre constituyen una amenaza importante para la soberanía nacional no solo por su poder financiero, sino por su gravitación política, ya que son importantes finanziadores de campañas electorales en Estados Unidos, en especial del Partido Republicano.

5.3. La soberanía internacional

Con respecto a la política internacional, está claro que la política es una sola y tiene su expresión nacional e internacional. Como vimos, no puede afirmarse la soberanía popular si no se consolida la soberanía nacional. En el caso de la Argentina, la recuperación de la soberanía se realizó mediante varios actos políticos, entre los que sobresalen la negativa a integrar una zona de libre comercio con Estados Unidos (ALCA) y el desligamiento con el FMI.

Al mismo tiempo, se ampliaron los lazos con el Mercosur, que dejaron de ser exclusivamente comerciales, y se impulsó la integración política con la creación de la Unión de Naciones Suramericanas (Unasur) y la Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños (Celac) como organismos geopolíticos.⁽²²⁾ Asimismo, está en formación el Banco del Sur como entidad financiera sudamericana, además de los múltiples organismos regionales de integración.

En lo esencial, se trata no solo del comercio regional dentro del cual cada país defiende sus intereses, sino que se privilegia: la institucionalización de la integración; la construcción de una infraestructura física; la creación de empresas multinacionales sudamericanas (públicas, privadas o mixtas); la integración migratoria, de previsión social, educativa, cultural y de medios de comunicación y transporte; y la cooperación financiera.

5.4. Soberanía sobre actividades esenciales

Otra importante área en la que debe fortalecerse la soberanía nacional es la constituida por actividades esenciales para el funcionamiento económico y el bienestar social. En ese sentido, se estatizaron cuatro áreas fundamentales: la previsión social, Yacimientos Petrolíferos Fiscales, la empresa proveedora de agua potable y Aerolíneas Argentinas.

Es sustancial que ese tipo de actividades funcione con el criterio de bien común y desarrollo nacional, y no de maximización de beneficios empresarios; si no fuera así, se dejaría de lado la provisión de esos servicios a personas o regiones de baja rentabilidad (por ejemplo, no habría vuelos de Aerolíneas Argentinas a destinos que no sean turísticos y que den pérdida operativa); o se abandonaría la finalidad del sistema de previsión social que no serviría para pagar jubilaciones, sino para hacer negocios

(22) La Celac reúne a 33 países de la región, es decir todos los americanos, menos EEUU y Canadá.

financieros; o la explotación petrolera generaría ganancias empresarias de corto plazo para transferirlas a países extranjeros (como ocurrió con Repsol, que no exploraba, pero extraía de pozos ya operativos, transfería ganancias a España y generaba enormes importaciones de petróleo y gas). Estas no son elucubraciones acerca de lo que podría pasar, sino el relato de lo ocurrido en la realidad argentina.

6. Algunas conclusiones

Los partidarios del neoliberalismo sostienen que la soberanía nacional ha quedado vaciada de contenido y que no tiene sentido sostenerla. Sin embargo, no es así la realidad.

En primer lugar, se comprueba que se requiere constantemente su ejercicio. El gobierno de los países radica en el Estado nacional, que lo ejecuta basándose en su soberanía. En particular ¿quién, si no el Estado nacional, va a planificar el mediano y largo plazo, a diseñar y aplicar el proyecto nacional y el plan económico, y a promover el bienestar de la mayoría de la población? ¿Quién puede negociar con las empresas transnacionales y los empresarios nacionales? (adviértase que este punto es fundamental cuando se está frente a una situación de crisis o de reasignación del poder económico). ¿Quién va a orientar o estimular la inversión privada productiva y realizar la pública, dentro de un proyecto de desarrollo? ¿Quién va a ejecutar políticas de distribución de la riqueza, el ingreso, la palabra y el conocimiento? ¿Cómo, si no es por la acción del Estado, puede encararse el problema de la deuda externa? ¿Cómo van a promoverse las exportaciones y regularse las importaciones? ¿Y por qué todas esas acciones que realizan profusamente los Estados de los países desarrollados no pueden ejercerlas los subdesarrollados?

Como respuesta a las denigraciones de la soberanía nacional, existe una realidad irrefutable.

Primero, no es cierto que la soberanía sea un atributo exclusivo de los países ricos; con el mismo criterio, podría afirmarse que dentro de un país solo tienen dignidad humana los especuladores ricos y carecen de ella los trabajadores pobres.

Segundo, es falso que declinar la soberanía sea un buen negocio para un país en su conjunto, aunque pueda serlo para un pequeño grupo local asociado a intereses externos. Para comprobarlo, basta con las tristes

historias de los países colonizados: imposible lograr un mayor grado de apertura al país rico e imposible mayor miseria y sujeción para el pueblo del país pobre.

Tercero. no es cierto que los países ricos enriquezcan a sus países súbditos; por el contrario, explotan sus riquezas naturales, su mano de obra y extraen los recursos financieros que pueden; en cambio, el desarrollo económico de los países pobres siempre ha sido el producto de su propio esfuerzo.

Por último, la historia demuestra que el desarrollo económico de los países con justicia social ha sido el producto de una decisión nacional, obtenida gracias al amparo de la soberanía nacional y al impulso de la soberanía popular. En ese sentido, soberanía, democracia, desarrollo y justicia social están estrechamente vinculados. A la obtención de estos objetivos tiende la defensa de la soberanía nacional.



Descolonización y poder punitivo⁽¹⁾

E. RAÚL ZAFFARONI⁽²⁾



Tratar una cuestión de política criminal implica ocuparse de un capítulo de la política, pues el viejo concepto supuestamente aséptico de Franz von Liszt está hoy superado. En tanto que la dogmática jurídico-penal es un proyecto técnico de política judicial, es decir, de la operatividad de un sector del sistema penal, la política criminal abarca el total sentido del ejercicio de poder de ese aparato y, por ende, la implica. A su vez, el ejercicio de poder del sistema penal forma parte de la totalidad de la política o ejercicio del poder del Estado.

Es indiscutible, pues, que el poder punitivo está imbricado en el eje de la política en el sentido amplio de gobierno de la *polis*, pero en un mundo cada vez más comunicado las sociedades no están aisladas; su poder interno está inserto en una red de poderes planetarios y, en el caso de nuestra región latinoamericana, el poder en nuestras sociedades no puede desvincularse del proceso de descolonización, que no culminó con la independencia del siglo XIX, sino que comenzó con ella y perdura hasta el presente.

Su culminación solo tendrá lugar cuando realicemos el ideal de nuestros libertadores y concretemos la **Patria Grande**, en la que ninguno de nuestros conciudadanos carezca de lo elemental para una existencia digna. Este

(1) Extracto del texto de la *Lectio Doctoralis*, leído en ocasión de recibir el grado de Doctor honoris causa por la Universidad Real, Mayor y Pontificia de San Javier de Chuquisaca, en Sucre, Bolivia, el 26 de marzo de 2012.

(2) Ex Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de la República Argentina. Profesor Emérito de la Universidad de Buenos Aires.

objetivo aún no se ha logrado, por lo cual no podemos en modo alguno regodearnos con discursos fúnebres destinados al colonialismo, que goza de buena salud.

Son tres, hasta ahora, las etapas del colonialismo en nuestra región, insertadas en los momentos de poder mundial e indisolublemente unidas a diferentes modalidades de ejercicio del poder punitivo: a) la primera fue el **colonialismo en sentido estricto**, practicado por las potencias ibéricas hasta el siglo XIX; b) la segunda fue lo que Darcy Ribeiro y otros pensadores llaman el **neocolonialismo**, ejercido por la nueva hegemonía mundial a la caída de los decadentes imperios ibéricos, en especial Gran Bretaña; c) la tercera etapa es la actual, de **tardocolonialismo o etapa superior del colonialismo**.

Este proceso —como dijimos— no es independiente del poder punitivo, sino que a este le incumbe un papel central, pues, por un lado, es el instrumento que verticaliza a las sociedades en forma de ejército para condicionarle su carácter **colonizador** y, por otro, es el que permite hacer del territorio conquistado un inmenso campo de concentración.

Me explico mejor: en toda sociedad se ejerce poder; hay dos formas de ejercicio del poder social que siempre existieron: el que resuelve los conflictos en forma reparadora (más o menos el esquema del derecho privado) y el que lo hace deteniendo un proceso lesivo en curso o inminente (la coerción directa del derecho administrativo, antes llamada “**poder de policía**”).

En pequeña medida también siempre existe un poder del soberano o gobernante (individual o asamblea) para eliminar a los que ponen en peligro al conjunto, pero cuando este poder se extiende a otros conflictos y el soberano se declara **lesionado único**, se produce la **confiscación de los conflictos** y el poder punitivo se vale de la venganza colectiva para legitimar su creciente poder, aunque en realidad lo ejerce para verticalizar jerárquicamente a la sociedad.

De este modo, a medida que avanza el poder punitivo con su **confiscación de conflictos**, las sociedades van perdiendo los lazos horizontales que hacen a la comunidad, al sentido de pertenencia simpática a algo común, para ser reemplazados por **vínculos verticales corporativos de subordinación**. La sociedad toda tiende a convertirse en un ejército y cuando este proceso alcanza su coronación, si la debilidad de las sociedades a su alcance se lo permite, se lanza a su conquista. Eso es lo que hizo Roma con toda Europa y, luego, Europa con todo el planeta.

Pero la fuerza vertical corporativa acaba petrificando a la sociedad colonizadora: la inmoviliza impidiéndole adaptarse a las cambiantes situaciones de la dinámica del poder; y la propia jerarquización obtenida mediante el poder punitivo como condición colonizadora o imperial es la que determina su ocaso y caída. Esto ha sucedido claramente con Roma y siglos después con el imperio ibérico.

Comunidad y sociedad jerarquizada son dos modelos que, en sus extremos, son incompatibles. El poder punitivo es destructor de los vínculos comunitarios, porque es poder vertical, en tanto que aquellos son horizontales. Para desarrollar la comunidad, es menester limitar o reducir el poder punitivo. Precisamente por eso, la **comunidad del pueblo** nazi, la *Volksgemeinschaft*, fue una caricatura de comunidad, porque jamás se puede organizar esta en base a la exacerbación máxima del poder punitivo, que es precisamente lo que la destruye; la *Volksgemeinschaft* no fue otra cosa que un intento de extrema verticalización social corporativa disfrazado de comunidad.

En nuestro continente el poder punitivo era mínimo a la llegada del colonizador. Si bien en algunos puntos se ejercía limitadamente por el gobernante para mantener el poder e, incluso, para extenderlo a los pueblos vecinos, la confiscación indiscriminada de conflictos era extraña a nuestras culturas originarias y los procedimientos de incorporación no parecían responder a los métodos que trajeron los ibéricos (el respeto a las deidades del pueblo incorporado, por ejemplo). Es posible que, sin la colonización, se hubiese extendido el poder punitivo en algunos puntos de nuestra región, pero, como es sabido, la historia no se escribe con potenciales y este proceso, si existió, fue violentamente interrumpido.

El poder punitivo que trajeron los colonizadores consistió en una formidable ocupación policial de territorio, que lo convirtió en un inmenso campo de concentración (una colonia no es más que eso), situación que perduró hasta que los imperios ibéricos decayeron por efecto de su propia estructura jerárquica, que le impidió adaptarse a las condiciones que le imponía la Revolución Industrial y, por ende, perdieron la hegemonía central, que pasó a las potencias del centro y norte europeos.

En ese momento de debilidad imperial fue cuando nuestros libertadores —San Martín, Bolívar, Sucre y los juristas formados en esta Casa⁽³⁾—,

(3) Nota del editor: Zaffaroni se refiere a la Universidad Real, Mayor y Pontificia de San Javier de Chuquisaca, en Sucre, Bolivia, donde expuso estas palabras.

concibieron la **Patria Grande** y la liberación de nuestros pueblos. Soñaron y establecieron el objetivo final de la descolonización. Para ello se les imponía desbaratar el poder punitivo del gran campo de concentración que liberaban. Por eso tomaron los modelos legislativos y las ideas disponibles en su tiempo: la Constitución norteamericana era el modelo de república único en ese momento; el Código español de 1822 era el producto del relámpago liberal de la península que, a la vez, sirvió para impedir que un ejército de reconquista colonial se lanzase sobre nosotros para ahogar en sangre nuestra independencia. San Martín y Bolívar llevaban en sus mochilas el pequeño librito liberal de Manuel de Lardizábal y Uribe, llamado el *Beccaria español*.

Nuestros libertadores comandaban ejércitos pluriétnicos y, por tanto, no eran racistas. Castelli, egresado de esta Alta Casa, abolió las instituciones coloniales de servidumbre de los indios en esta región. El pensamiento de los fundadores fue igualitario y liberal, conscientes de la necesidad de limitar y controlar al poder punitivo para estimular el sentimiento comunitario.

Pero nuestros libertadores fueron víctimas de un robo a mano armada. El nuevo poder hegemónico mundial no podía permitir el éxito inmediato de su empresa. Bolívar murió un poco antes de que un nuevo atentado le diese muerte; San Martín se percató de la momentánea imposibilidad y eligió el exilio; Sucre fue cobardemente asesinado; Monteagudo fue apuñalado por un sicario en Lima; Mariano Moreno murió misteriosamente a bordo de un navío británico; Artigas fue obligado a exiliarse en Paraguay; etc.

Nuestra región se balcanizó empeñada en sangrientas luchas fraticidas, hasta que minorías corruptas montaron **pseudo-feudalismos criollos** mediante el ejercicio de un poder punitivo de ocupación territorial adecuado a las nuevas condiciones, o sea, al servicio de gamonales y capataces serviles a las oligarquías terratenientes o extractivas. Este fue el panorama desde el **porfiriato** mexicano hasta la *República Vehla* brasileña, desde la **oligarquía de la carne enfriada** argentina hasta el **patriciado** peruano.

Pero lo más valioso que esas oligarquías robaron a nuestros libertadores fue el discurso liberal: lo bastardearon, lo pasaron por el fango de sus intereses corruptos, lo consagraron en leyes y constituciones con garantías que jamás se respetaron. La soberanía del pueblo quedó solo por escrito, relegada a un lejano futuro en el que, merced a la supuesta tutela de estas oligarquías proconsulares de la nueva hegemonía mundial, nuestros pueblos alcanzarían el desarrollo “biológico” que les permitiese ejercerla, pues de momento su “inferioridad racial” no lo hacía viable.

El discurso del grosero ingeniero ferroviario Spencer campeaba en nuestras universidades y legitimaba a las minorías de las **repúblicas oligárquicas** y a su poder policial punitivo. Las **razas inferiores eran peligrosas** y mucho más los mestizos, teorizados como desequilibrados productos de mezclas raciales incompatibles.

Nuestros pueblos aprendieron a desconfiar de las leyes y de las instituciones que eran invocadas por sus opresores y explotadores. Esta carga de desconfianza institucional se arrastró a lo largo de la etapa de lucha contra el neocolonialismo, que comenzó con la Revolución Mexicana de 1910, la guerra civil más sangrienta del siglo pasado, en medio de la cual nació al mundo el constitucionalismo social con la Carta de Querétaro (Constitución de 1917), impuesta por los diputados campesinos y obreros.

Esta resistencia al neocolonialismo se prolongó a lo largo de la mayor parte del siglo pasado y fue llevada adelante por movimientos populares que ampliaron la base de la ciudadanía real, o sea, de un protagonismo político que presuponía la satisfacción de elementales necesidades de vida digna. Fueron los llamados **populismos**, tan denostados por muchos de nuestros **intelectuales**, en particular cuando la realidad no se aviene con las formas y circunstancias lineales que ellos imaginaron. Esto obedece a que una parte de nuestra intelectualidad cree que cuando los hechos no coinciden con la **idea**, corresponde declarar errados los hechos en lugar de rectificar la **idea**.

Tales populismos fueron los gobiernos de Lázaro Cárdenas en México, de Getúlio Vargas en Brasil, de Hipólito Yrigoyen y Juan Domingo Perón en la Argentina, de José María Velasco Ibarra en Ecuador, del MNR boliviano, así como el APRA y Víctor Raúl Haya de la Torre en Perú, etc. El más superficial análisis histórico demuestra que fueron diferentes, como correspondía a la disparidad de realidades, pero **todos tuvieron en común la considerable y a veces abrupta ampliación de la ciudadanía real**.

Estos populismos también compartieron defectos en diferente medida: personalismo, contradicciones, vacilaciones, excesos, paternalismo, algún grado de autoritarismo y hasta de poder punitivo innecesario. En cuanto a corrupción, su nivel fue siempre muy inferior al de las **repúblicas oligárquicas**, que se permitieron alardear de **moralidad**, cuando en realidad operaban **legalmente** dentro de un sistema de **explotación y corrupción legalizadas**. Además, no faltan quienes pretenden considerarlos **fascistas**, cuando es sabido que el fascismo requiere un mito imperial, inconcebible en una lucha anticolonial.

No es menester ignorar ni minimizar los defectos de nuestros populismos del siglo pasado para verificar que en el balance histórico salen altamente beneficiados, en dos sentidos. El primero de ellos es demasiado obvio: sin los populismos es probable que muchos o la mayoría de nosotros no estuviésemos hoy aquí y quizá ni siquiera hubiésemos aprendido a leer y escribir.

El segundo es que todos los abusos cometidos por los populismos resultan insignificantes en comparación con las atrocidades, violencias, masacres y cruelezas de todo orden, llevadas a cabo por quienes usurparon el adjetivo **liberal** y opusieron resistencia a la ampliación de ciudadanía o procuraron desmontar de raíz la obra de extensión de los populismos.

Pero cuando incorporamos al platillo de la resistencia a la ampliación ciudadana, la última batalla del neocolonialismo, que fueron las llamadas dictaduras de “**seguridad nacional**”, los posibles o reales abusos populistas resultan directamente insignificantes.

En este capítulo de nuestra historia regional, el poder mundial y las fuerzas regresivas locales pervirtieron a nuestros oficiales militares y convirtieron a nuestras propias fuerzas armadas —fundadas por los libertadores— en policías de ocupación, dando lugar a un fenómeno de autocolonialismo de increíble crueldad. El descaro autocolonial llegó al grado de asumir sin reparo un discurso colonialista europeo, como era la idea de **seguridad nacional**, importada de las tesis francesas de ocupación de Argelia y Vietnam y del terrorismo de la OAS, cuya cabeza visible fue discursivamente defendida por el ideólogo nazi Carl Schmitt en su famosa conferencia sobre la **teoría del partisano**, pronunciada en la Universidad de Pamplona en plena dictadura franquista.

El saldo de este último coletazo del neocolonialismo en Latinoamérica es atroz: cientos de miles de muertos, torturados y desaparecidos; terrorismo e intimidación pública sin límites; persecuciones ideológicas absurdas; exiliados masivos; generaciones decapitadas intelectualmente; avasallamiento de todas las instituciones como nunca antes se había conocido, todo en el marco de una incalificable empresa de auto-colonización.

El poder punitivo de **seguridad nacional** triplicó el sistema penal, como bien lo señaló hace años la criminóloga venezolana Lola Aniyar de Castro. Junto al **sistema penal oficial** se montó otro *paralelo*, válido de **Estados de excepción**, con miles de prisioneros sin proceso ni imputación alguna, y junto a este, un **sistema penal subterráneo**, totalmente arbitrario y

encargado de las ejecuciones, torturas y desapariciones —que, entre otras atrocidades, arrojó a personas vivas desde aviones; secuestró y privó de identidad a niños y hasta empaló a algún adolescente—.

Acabó trágicamente la etapa del neocolonialismo a partir de la empresa bélica llevada a cabo en Malvinas por la dictadura argentina en descomposición económica, que sumó otra incalculable cuota de dolor y muerte de adolescentes comandados por irresponsables. Cruentamente se cerró la segunda etapa del colonialismo en la región, igual que como había comenzado: vertiendo sangre de los más careciados de nuestros pueblos.

Cabe preguntar, ante este balance, quién fue más liberal o, si se prefiere, quién fue menos antiliberal: ¿los populismos o sus detractores? La respuesta no deja ningún lugar a dudas: los más liberales —o los menos antiliberales— fueron siempre los movimientos populares. El poder punitivo fue en ellos mucho más limitado y prudente que el terrorismo sembrado por sus opositores. Sus excesos punitivos fueron juegos de niños, comparados con la atrocidad programada.

En el camino hacia la descolonización, conforme al objetivo final trazado por Bolívar y San Martín, nos enfrentamos con la tercera etapa del colonialismo: el **tardocolonialismo o etapa superior del colonialismo**.

Esta etapa se caracteriza por enmarcarse en un momento de poder mundial en que se disputa su ejercicio entre las grandes corporaciones económicas y los políticos. La concentración del poder económico y el predominio del capital especulativo hacen que hoy baje, desde el mundo central, esta opción. ¿Quién decide? ¿El poder político elegido por los pueblos o el poder económico de las corporaciones?

El embate de las corporaciones sigue hasta el presente usurpando, bastardeando y desnaturalizando el calificativo de **liberal**. Para eso trata de identificar lo **liberal** con la **libertad de mercado** o el llamado **neoliberalismo o liberalismo económico**, proclamado por nuestros cipayos locales que postulan —siguiendo a peregrinos publicitarios imperialistas— la indisolubilidad de este supuesto **liberalismo** con la libertad política.

Lo cierto es que la **libertad de mercado** así entendida se traduce en **libertad para explotar al prójimo** y, cuando este se cansa y resiste, en cancelación de todas las libertades y ejercicio ilimitado de poder punitivo, como hemos tenido reiteradas oportunidades de verificarlo en nuestra región.

El poder planetario y los cipayos entregados a los intereses de las corporaciones desataron una enorme corrupción en los primeros lustros de nuestras democracias post-dictatoriales, dando lugar a verdaderos desmantelamientos de nuestros estados, con dispersión irresponsable del capital estatal y entrega de resortes claves de las economías nacionales, destruyendo hasta donde les fue posible los avances del estado social de derecho. Este capítulo inicial del tardocolonialismo llegó a su fin porque provocó gravísimas crisis económicas y políticas, y desacreditó a sus voceros locales, muchos de los cuales optaron por retirarse a la **vida privada** a disfrutar de los beneficios obtenidos, en tanto que otros reaparecen de vez en cuando como patéticos aunque peligrosos **zombies**.

En este primer paso del tardocolonialismo el poder punitivo se ejerció agudizando la selectividad estructural que lo caracteriza, en particular en forma de control sobre los segmentos sociales carenciados y excluidos del sistema por el retroceso causado por las dictaduras de seguridad nacional y por el propio poder corrupto de las grandes corporaciones a través de sus empleados locales. La construcción mediática de la realidad, en especial a través de la televisión, mostraba que con penas desproporcionadas y restricciones a la excarcelación los excluidos no molestarían, conforme al conocido proyecto de **sociedad 30 y 70** (30% de incluidos y 70% de excluidos).

El resultado fue la superpoblación penitenciaria, las revueltas con alto número de muertes, la destrucción de los Códigos penales, la mayor autonomización de las policías, la ampliación de sus fuentes de recaudación autónoma, su consiguiente descalificación pública y su creciente ineeficacia preventiva.

El desempleo provocado por las crisis finales del proceso de desmantelamiento de los Estados —travestido de **fundamentalismo de mercado**—; la destrucción de la previsión social, de la salud pública y de la educación; la consiguiente multiplicación de los conflictos sociales y de la incapacidad para resolverlos, imposibilitaron cualquier tentativa de prevención primaria orientada hacia la fuente misma del conflicto social, en tanto que el deterioro policial debilitó la posibilidad de prevención secundaria (policial). Estas eran las condiciones cuando se cerró el primer capítulo del tardocolonialismo.

Pero este avanza ahora por otros caminos y, fundamentalmente, se centra en dos flancos de ataque: por un lado, quiere aniquilar la conciencia latinoamericana y; por otro, destruir nuestros vínculos horizontales o comunitarios mediante creaciones de realidad que generen violencias y

conflictos y provoquen un aumento ilimitado del poder punitivo, que a la vez reclaman a los alaridos.

En el primer sentido se afirma que entre un maya yucateco y un habitante de Buenos Aires, entre un afrobrasileño de Bahía y un araucano, no hay nada en común, o sea que, como máximo, nos somos más que un montón de naufragos. Quizá porque en inglés (*to be*) y alemán (*sein*) no se distingue **ser** y **estar**, se pretende que **estamos pero no somos**.

Y esto lo repiten algunos de los nuestros que, por cierto, usan ambos verbos, pues no faltan entre nosotros los intelectuales que pontifican contra las mayorías ignorantes y desprevenidas, aún no aptas para la democracia, supuestamente engañadas por oportunistas y corruptos.

Pero dejando de lado a nuestros dignos herederos del racismo de las **repúblicas oligárquicas**, que parecen no haberse enterado del paso de la historia, cabe preguntarse qué somos los latinoamericanos. ¿Cuál es el común denominador de nuestra ciudadanía? ¿Qué tenemos en común los indios, afros, mestizos, mulatos e inmigrantes de nuestra tierra? ¿Hay algo común en esta formidable variedad étnica y cultural?

Aunque parezca una paradoja incommensurable, lo cierto es que nos unifica la forma en que el propio colonialismo nos ha hecho, en ejercicio de su impiedoso poder planetario devastador.

Nuestra unidad y nuestra fuerza cultural ha sido creada por los propios dominadores sin percatarse, porque su soberbia les impidió caer en la cuenta de que nos estaban configurando como nación y que nos estaban dotando de un impresionante potencial cultural que hoy es capaz de ofrecer a la humanidad algunas alternativas al sendero destructor y suicida del poder planetario en curso.

No se trata de entretenernos inútilmente en revertir el filme de la historia, sino de analizarlo desde nuestra perspectiva. Al hacerlo, descubrimos con sorpresa que la paradoja alcanza su nivel máximo, pues los discursos que nos facilitan el análisis son proporcionados por el mismo poder colonizador, en el festivo relato de su ejercicio como epopeya. Si aprendemos a leer estos relatos en clave y desde nuestro atalaya continental, estos mismos discursos nos dicen qué somos a través de cómo nos hicieron.

Por cierto es que los hay de muy diversas calidades y estilos, pero personalmente creo que el más elocuente —casi en forma de cantar de gesta de raza superior— y a la vez el más finamente estructurado, es la *Filosofía*

de la historia de uno de sus ideólogos más sofisticados: Georg Wilhelm Friedrich Hegel.

Desde el centro del poder planetario nos han acostumbrado a voltear el discurso con que Hegel saludaba alegremente el avance del **espíritu**, del **Geist**, pero al estilo de Marx, señalando la carencia de una base mundana, material. Pero lo cierto es que esta no es nuestra tarea propia, pues Hegel dejó al mismo Marx prisionero de su construcción lógica cautivante, al punto de impedirle medir la profunda inhumanidad del colonialismo. Esto llevó a Marx y a Engels a afirmar atrocidades, como que era positivo que los norteamericanos le hubiesen robado territorio a México o que el dominio inglés en la India había hecho saltar a esta 5.000 años. Nunca entendieron la dimensión del colonialismo porque pensaban desde su mismo centro. Acostaron a Hegel, pero no lograron ponerlo patas arriba.

Desde una crítica anticolonialista se impone hacer algo diferente, o sea, invertir el relato, releerlo cuidadosamente desde la **visión de los sometidos**, de las víctimas. No pretendo apropiarme de ideas ajenas, pues lo cierto es que en la primavera de la Revolución Mexicana bosquejó esta empresa su ministro de educación, José Vasconcelos —autor al que no suele nombrarse porque en sus últimos años se perdió por caminos tortuosos, aunque de vez en cuando vale la pena repasar alguno de sus trabajos (*El hombre cósmico*, por ejemplo, actualizando su terminología)—.

Lo cierto es que, a mi juicio, nadie como Hegel señala claramente que la única **historia** es la del colonialismo, lo que le lleva a afirmar que nuestra América no tiene historia antes de la llegada del **espíritu**, es decir, antes del genocidio de los pueblos originarios, compuestos por indios que, según Hegel, **fallecen** al ponerse en contacto con los conquistadores, en un territorio donde todo es débil, incluso nuestros animales, porque todo es húmedo debido a que las montañas no corren como en Europa, sino de norte a sur, es decir, hasta nuestra geografía está equivocada.

Pero tampoco tenía en muy alta estima a los otros habitantes del planeta, pues para el gran dialéctico idealista los africanos están en estado de naturaleza y cometan los mayores crímenes; los musulmanes son fanáticos, decadentes y sensuales sin límites; los judíos tienen una religión los sumerge en el **servicio riguroso**; los asiáticos apenas están un poco más avanzados que los negros, y los latinos nunca alcanzaron el **periodo del mundo germánico**, que es ese estadio que **se sabe libre queriendo lo verdadero, eterno y universal en sí y por sí**.

De este modo, la epopeya criminal cantada por Hegel marginó a lo largo de **su historia** a todas las culturas con las que topó su paso genocida. El *Geist* racista de quien se considera la más alta expresión de la modernidad, es el más claro negador de la dignidad de persona del ser humano. Solo los que pensaban como Hegel —es decir, que compartían su mundo ideológico— eran **personas**, porque al pensar como él habían alcanzado el momento del **espíritu subjetivo** y podían ser titulares de derechos. Todo el resto: indios, africanos, asiáticos, musulmanes, judíos, latinos, no parecían haber alcanzado el momento del **espíritu subjetivo** o, al menos, no del todo.

Hegel no hacía más que narrar la historia del avance depredador del colonialismo y enlistar a las culturas inferiores que este echaba a la vera del camino. Pero lo cierto es que hay un extensísimo territorio geográfico en que el propio colonialismo provocó la concentraron millones de personas de todas las culturas marginadas y despreciadas por el espectral espíritu hegeliano: Latinoamérica.

En efecto: a nuestros pueblos originarios se sumaron los propios colonizadores, producto de la marginación sufrida al sur de España —supuestamente **reconquistado**— y de los perseguidos europeos amparados por Portugal; nuestros colonizadores fueron islámicos y judíos **cristianizados** a los golpes. Luego trajeron brutalmente a los africanos en un tráfico incalificable; vinieron los musulmanes, al descomponerse el imperio otomano; los judíos a través de Lima y, luego —movidos por las persecuciones rusas y, más tarde, nazi—, los asiáticos por el Pacífico; y, cuando los ingleses prohibieron el comercio esclavista, los latinos del sur europeo subdesarrollado que no podía incorporarlos al sistema productivo, y siguen viniendo más y más excluidos.

Y tuvimos conflictos, por cierto, pero no permanecimos mucho tiempo aislados en grupos cerrados, sino que comenzamos a interactuar. Nuestras culturas se sincretizaron y lo siguen haciendo, nuestras propias cosmovisiones se enriquecen y profundizan; lejos de cerrarse en ortodoxias falsas se abren en visiones más amplias, más vivenciadas que intelectualizadas.

Quien tenga la curiosidad de deambular un poco por un mercado popular de cualquier rincón de nuestra **Patria Grande** lo puede observar. No todo es igual, por cierto, sino que se perfilan ejes culturales: andino, atlántico, sureño. Nuestros artistas van dando cuenta de ello, tanto en el campo de la plástica como de la literatura. Nuestros sociólogos y antropólogos

sagaces lo investigan y otros de otras comarcas vinieron incluso a adentrarse en este fenómeno sin par.

No hay en el planeta otra región tan extensa y con tantos millones de protagonistas donde interactúen todas las culturas que el colonialismo despreció, humilló o marginó, y lo hagan casi en la misma lengua común.

Somos la contracara del colonialismo, el **contra-relato** viviente de Hegel. El propio Hegel advertía el riesgo, cuando afirmaba que los ingleses habían sido más sagaces que los ibéricos, porque no se habían mezclado con los originarios en la India. No advertía que los propios ibéricos colonizadores eran marginados expulsados de la metrópoli; y la interacción era inevitable porque, entre estos, el aislamiento no puede durar mucho.

En el momento actual, en el que el poder creado por el **espíritu** de la epopeya hegeliana —que, más bien, parece un espectro— se tambalea peligrosamente y corre el riesgo de acabar con el hogar humano, somos los depositarios de las culturas que quisieron arrasar, pero no en versión original, sino en la de una sincretización que las enriqueció muchísimo más.

Esto es Latinoamérica: tiene la palabra de los oprimidos de todo el planeta, pero enriquecida, como en una larga asamblea de coexistencia interactiva, viviente, dinámica. El aparente caos latinoamericano no es más que la interacción de todos los humillados del planeta que tuvimos tiempo para conversar y cambiar lenguajes, símbolos, ideas, creencias, cosmovisiones, y lo seguimos haciendo. Desde la perspectiva del poder colonizador mundial representado hoy por la pretensión hegemónica de las grandes corporaciones, constituimos un riesgo ante las turbulencias y bamboleos que se perciben o anuncian. Esto es lo que no comprenden —por ingenuidad o malicia— los escribas funcionales al tardocolonialismo. Y, precisamente por eso, desprecian a nuestros pueblos.

Ustedes también tuvieron a un Alcides Arguedas que escribía en París insultando a Bolivia con argumentos racistas. También en París escribía el famoso conde de Gobineau sobre Brasil, vaticinando la extinción de su población por hibridación racial. Gobineau se equivocó y Arguedas también, pero la diferencia estriba en que Gobineau era francés y Arguedas boliviano.

Dijimos antes que eran dos los flancos de ataque del tardocolonialismo en este momento; dos, sus objetivos: a) pretender anular nuestra conciencia continental; b) debilitar nuestro sentimiento de comunidad local, a través de la creación de una realidad mediática terrorífica y de una permanente

instigación a la venganza. Lo curioso de esta segunda agresión es que consiste en un veneno que se administran en el mismo centro del poder mundial: se envenenan y reparten.

En efecto: los Estados Unidos sufren un proceso de regresión autoritaria destructiva de su comunidad, como ningún otro país importante en el mundo. La lucha por el poder y la hegemonía de las corporaciones ha hecho que, desde hace tres décadas, el país haya instalado una immense máquina represiva, que hoy prisioniza a más de dos mil millones de personas y controla en *probation* y libertad condicional a otros tres mil millones, más de la mitad de los cuales son afroamericanos.

Penas absurdas y altísima selectividad del poder punitivo, y pérdida de garantías y prioridad del pragmatismo condenatorio, son las características de este poder punitivo que parece cortado a la medida de un estalinismo financiero que ha convertido al país, de lejos, en el campeón mundial de la prisionización, con un índice superior al de Rusia, que siempre se llevaba ese triste mérito.

Menester es aclarar que este proceso comenzó con las administraciones republicanas a partir de Reagan y es absolutamente extraño a todos los antecedentes históricos anteriores de los Estados Unidos, habiendo dado lugar a muchas investigaciones y críticas de nuestros colegas norteamericanos, llevadas a cabo al amparo de la libertad académica que, por suerte, sigue respetándose. Por todos, me permito recomendar al respecto la lectura de *Governing through Crime*, la interesantísima investigación de Jonathan Simón, profesor de la Universidad de California (Berkeley), recientemente traducido al castellano en Buenos Aires.

Semejante aparato requiere una inversión que se calcula en doscientos mil millones de dólares anuales, lo que no puede ser imitado por nadie en el mundo. Además, esta empresa tan enorme no solo extrae personas del mercado laboral, sino que también importa una altísima demanda de servicios, lo que le asigna un papel importante como variable del empleo. Estos datos hacen que parezca muy difícil desmontar semejante mamut punitivo; algunos colegas norteamericanos sostienen que su dimensión ha cobrado una dinámica propia que escapó al control de sus propios creadores.

Esta potenciación formidable del poder punitivo requiere un fuerte apoyo o consenso público, que se logra con la creación de una realidad mediática destinada a mostrar al delito común como el único y mayor riesgo

social, al tiempo que atribuye su responsabilidad a un grupo étnico individualizado, elevándolo a la condición de **enemigo**. La fabricación de enemigos es el método usado por todos los genocidas y recomendado como esencia de la política por el siniestro Carl Schmitt. Mucho podríamos hablar sobre esto, pero prefiero no extenderme, remitiéndome a lo que escribí muchas veces.

Lo cierto es que, si bien no podemos copiar el modelo que surge de este extraño giro norteamericano de las últimas tres décadas, recibimos su publicidad y su metodología y, además, cabe tener en cuenta que el gran empresariado mediático también forma parte de la red de grandes corporaciones, pues sus inversiones se hallan inextricablemente entreveradas con ellas. No resulta, pues, nada extraño que nuestros medios masivos también se dediquen a crear **pánico moral**, a fabricarnos enemigos y **víctimas héroes** y, en definitiva, a tratar de movilizar los peores sentimientos de venganza en nuestras poblaciones, con bombardeos continuos de noticias rojas y demandas de mayor represión punitiva.

Por su parte, directamente importada del centro, la comunicación de entretenimientos nos reitera las interminables series policiales dobladas a todas las lenguas y vendidas a bajísimo costo, concebidas en base a una estructura simplista en que el supuesto héroe (un psicópata, por lo general) triunfa porque emplea la violencia, viola los límites legales, burla a algún funcionarios prudente (detrás del cual se halla el consabido odio al juez) y, de este modo, mata al villano y salva a la mujer, por lo general mostrada como inferior, débil y hasta tonta. En una hora de zapping televisivo vemos más homicidios que los cometidos en un año en toda nuestra ciudad, y con un grado de crueldad que, muy rara vez, se presenta en la realidad. El corolario infalible es que no hay otra solución para cualquier conflicto que la violenta y punitiva.

Conforme al viejo y archiconocido **teorema de Thomas**, poco importa que algo sea verdadero o falso, pues si se lo da por verdadero, producirá efectos reales y, como es natural, estos efectos se producen. Así, la general creencia de que la violencia aumenta se instala y la demanda de venganza también, disfrazada de demanda de seguridad, sin que nadie repare en que la represión siempre es posterior al hecho; y nada se hace por prevenirlo: **después del homicidio es posible matar al asesino, pero con eso no se evita otro homicidio**.

Fuera del grupo de los llamados **formadores de opinión** televisivos y radiales, en el plano científico, nadie sostiene hoy el pretendido efecto disuasivo de la pena en delitos graves y violentos. Cuanto más grave es un delito, la sanción jurídica —cualquiera sea— tiene menor efecto disuasivo, hasta llegar al terrorista que se carga de dinamita y estalla en medio de una multitud porque cree que alcanzará el paraíso. En verdad, si alguien quisiese disuadirlo, por su propia seguridad lo último que le aconsejaría es que le alcance un Código penal.

Pero por irracional que sea, los políticos se hallan presos de los medios masivos, sea por oportunismo, por mala fe o, incluso los honestos, por miedo ante la agresión mediática. Los jueces son amenazados por la misma agresión y por el oportunismo de los políticos. Los legisladores destruyen los Códigos penales y los jueces dictan sentencias con temor. El miedo de la población y el movimiento vindicativo promueve el de los políticos y jueces. Las corporaciones procuran gobernarnos a través del miedo paranoico.

Los medios masivos construyen una realidad mediática que pretende mostrar a gobiernos populares como caóticos, precisamente en el momento en que no pueden hallar otras motivaciones para desconcertar a la opinión pública, pero con esto provocan un caos real en el sistema penal, lo desequilibran; condicionan una pena de muerte por azar en las prisiones precarias y superpobladas por presos provisarios —en su mayoría en prisión preventiva—; llevan adelante campañas de hostigamiento a los jueces, los desprestigian, los insultan impunemente aprovechando la ancestral y notoria incapacidad judicial para la comunicación masiva, siempre en situación de inferioridad, indefensión y alta vulnerabilidad frente a esta.

No obstante, no conformes con esto, los medios masivos, mediante los **comunicadores y formadores**, postulan una ampliación siempre creciente del arbitrio policial, lo que se traduce en una ampliación de la autonomía de las policías respecto de los controles políticos y judiciales y, por consiguiente, un mayor ámbito de arbitrariedad para la formación de cajas de recaudación autónoma.

A esto contribuye, claramente, la carencia de un modelo propio de policía en la región. Copiamos la Constitución norteamericana, pero no su policía comunitaria. Además, nos instigan a centralizar y tener policías únicas, que se vuelven inmanejables y ponen sitio al poder político y judicial, cuando los Estados Unidos tienen miles de policías.

En la región parecen ser ahora las policías las que llevan a cabo los golpes de Estado y no ya los militares; su poder autónomo está en condiciones de desestabilizar a muchos gobiernos y de repartir parte de su recaudación con caciques políticos locales, en especial cuando de financiar campañas de elección interna de los partidos se trata. La institución policial se deteriora y pierde capacidad preventiva.

Se olvida que las policías son fundamentales; que hay países sin fuerzas armadas, pero sin policía, ninguno, por lo cual es prioritario el cuidado de la institución policial y la planificación de un modelo acorde a nuestras necesidades y características, adecuadamente dimensionado, con inserción comunitaria y con controles políticos y judiciales eficaces.

En cuanto a los **enemigos**, cuando hay mejores candidatos, se deja de lado a los delincuentes comunes, pero cuando no hay terroristas ni otras organizaciones con caracteres conspirativos, se elige a estos y, en particular, a nuestros adolescentes de barrios precarios. Ellos son los **enemigos** mediáticamente construidos en nuestra región, aunque con frecuencia tampoco se ahorran asignar ese papel a los conciudadanos inmigrantes de nuestros países vecinos.

Es bastante claro el objetivo de destrucción comunitaria que se persigue con esta creación de realidad: generar violencia social, verticalizar nuestras sociedades, jerarquizarlas para mejor someter a nuestros sectores sociales más pobres y vulnerables, sembrar la desconfianza entre nosotros, romper todo vínculo o lazo de comunicación interclasista, hacer retroceder las garantías penales y procesales, impedir que los segmentos excluidos puedan coaligarse mediante la selección criminalizante, victimizante y policizante de los mismos sectores, etc.

En definitiva, se trata de destruir al máximo las relaciones horizontales de cooperación, diálogo y solución pacífica de los conflictos, desprestigiando y ridiculizando cualquier intento en ese sentido. La razón de este flanco de ataque es conocida desde siempre; el Martín Fierro lo dice: "si se matan los de adentro los devoran los de afuera".

¿Pero en realidad aumenta la violencia en nuestras sociedades? Esta es una buena pregunta, porque lo revelador es que Latinoamérica muestra un panorama muy diferencia de niveles de violencia social. En este momento, en México se vive una terrible tragedia con muchos miles de muertos en una masacre sin precedentes, que responde a una división internacional

del trabajo muy particular. En Centroamérica, el problema no parece ser menor, con alta frecuencia homicida —las maras, etc—. Pero, en el sur, la cuestión parece ser diferente: tenemos bajos índices de homicidio y al menos en Uruguay, Argentina y Chile parecen estar en baja. Argentina ha bajado su tasa un tercio en los últimos diez años; en Brasil, si bien es alta, también ha logrado bajarla en un tercio. En síntesis: siendo muy diferente el grado de violencia social en la región, lo llamativo es que la publicidad vindicativa y la creación de **pánico moral** es idéntica en toda ella, o sea, que se trata de una metodología a la que le es indiferente al grado de violencia real de cada sociedad.

En cuanto a los países del sur de la región, cabe pensar que no somos países **patológicos** y, por ende, no constituimos un fenómeno inédito y contrario a toda la experiencia mundial, en que todos los criminólogos saben que cuando un país sube su renta *per capita*, aumenta el empleo y reduce la inequidad distributiva, la curva de homicidios tiende a descender, y estos son precisamente los datos económicos que nos informa la Cepal en los últimos años. Sin embargo, el **pánico moral** cunde y los políticos honestos se asustan, y los deshonestos y corruptos, se aprovechan del miedo para sembrar el caos y debilitar a los gobiernos populares.

Si alguna prueba faltase acerca de que la construcción mediática de una realidad violenta y caótica es un instrumento del que se vale la reacción antipopular, recomiendo dar una vistazo a todas las proclamas de las dictaduras militares de nuestra historia y verificar que, en todas ellas, se demanda mayor represión ante el supuesto avance incontenible de la delincuencia común.

Pero los políticos honestos se asustan, no saben cómo responder a la agresión mediática, cuando en realidad tienen a mano la respuesta, tan cerca que no la ven, como su propia nariz. Perón parafraseaba a algún filósofo y repetía con frecuencia que “la única verdad es la realidad” y, en efecto, esa es la mejor defensa. Pero no la ven, permanecen hipnotizados por la televisión y tiemblan ante ella; en lugar de responder, se paralizan ante el riesgo de ser satanizados televisivamente.

Esto se debe, sencillamente, a que nadie sabe exactamente lo que sucede en la realidad y, pese a que es facilísimo averiguarlo, nadie lo hace. En algunos momentos depresivos estoy tentado de creer que a nadie le interesa prevenir la muerte de sus semejantes, pero este pensamiento me parece horroroso. Si la única verdad es la realidad, pero se opta por no averiguarla, no se puede decir ninguna verdad.

Bastaría con confeccionar un protocolo muy simple, con unas veinte preguntas acerca de cada homicidio y mirar cada expediente unos minutos para responderlo, centralizar la información y, con un pequeñísimo equipo de sociólogos o incluso estudiantes de ciencias sociales, trazar las curvas y cruzar los datos.

Este procedimiento exploratorio casi no tiene costo operativo y seguramente va a demostrar que los homicidios se concentran en algunos puntos geográficos de las ciudades y en algunas capas de población; verificará que no salen los pobres a matar ricos, sino que se matan entre ellos; demostrará que el grupo estigmatizado no es el que protagoniza el mayor número; verificará que predominan los homicidios entre conocidos sobre los que tienen lugar entre desconocidos, etc.

Pero, además, nos indicará quiénes son las víctimas, cuál es el riesgo de victimización a neutralizar, cómo prevenir los resultados, dónde concentrar la vigilancia, etc. En síntesis: **como no se sabe nada, no se puede responder nada y, lo que es más grave aún, de este modo tampoco se puede prevenir nada.**

Nuestros gobernantes no pueden ignorar que a mayor ciudadanía corresponde menos violencia y, si en realidad, están cumpliendo con la función de ampliación de la ciudadanía, no deben temer a la realidad, sino enfrentarla y, para eso, antes deben estudiarla, de modo sencillo, sin métodos sofisticados ni caros, como la simpleza que acabo de proponer; una investigación absolutamente grosera, meramente exploratoria, pero que nadie se ha tomado la molestia de llevar a cabo en ninguno de nuestros países.

El camino más corto hacia el desastre es el de la concesión al reclamo mediático de mayor poder punitivo. Se trata de una extorsión y nunca se debe ceder ante el extorsionador, porque siempre volverá por más, hasta que sea imposible satisfacer la atrocidad que reclame o hasta que las policías autonomizadas incurran en la primera violencia y, en ese momento, los mismos medios que reclamaron su autonomización se rasgarán las vestiduras y acusarán de **totalitarios y fascistas** a los políticos y gobiernos que cedieron a sus precedentes presiones.

Es menester que las fuerzas populares de nuestra región tomen urgente conciencia de que **el reclamo de mayor poder punitivo es un recurso del tardocolonialismo** para destruir nuestros lazos comunitarios locales,

nuestra solidaridad social, nuestro sentimiento de pertenencia y, en lo más inmediato, para desestabilizar a los gobiernos populares.

Los pueblos pueden desconcertarse un rato, pero siempre saben que, en el fondo, las únicas víctimas del poder punitivo en la región siempre fueron los más vulnerables entre ellos.

Desde los albores del proceso descolonizador sabemos qué debe contenerse el poder punitivo, porque es el instrumento preferido de dominación, el que usó para convertirnos primero en un inmenso campo de concentración; luego para mantener la disciplina de los capataces de las oligarquías terratenientes y extractivas; más tarde para decapitar a nuestras generaciones jóvenes; y, ahora, para desestabilizar a todo gobierno popular y para destruirnos como comunidades.

Las garantías liberales, las auténticas, las que fueron bastardeadas en leyes declamatorias por nuestros racistas, restablecidas en su sentido auténtico, siempre fueron un instrumento de liberación que nos permitió espacios sociales en los cuales desarrollarnos o consolidarnos como comunidad, en tanto que el poder punitivo siempre fue el medio racista y esclavizante para someternos más fácilmente.

Nadie puede llamarse a engaño en esta etapa del tardocolonialismo: los intereses colonialistas que se mueven detrás de las corporaciones mediáticas no piden más porque saben que carecen de espacio, pero si pudiesen ampliarían el poder punitivo hasta volvemos a la condición de campo de concentración. San Martín y Bolívar lo sabían y los egresados de esta Casa también, y por eso fueron perseguidos, exiliados y asesinados.

El derecho penal de garantías, los límites al poder punitivo, son indispensables para la ampliación de la ciudadanía, en tanto que el poder punitivo es necesario a quienes procuran su contención regresiva. Esto es, en síntesis, lo que nos enseña la historia, nuestra propia historia, la de nuestro incompleto proceso de descolonización.

En esta etapa es menester usar la inteligencia con gran habilidad y, para ello, no está de más releer de vez en cuando los libros que Bolívar y San Martín llevaban en sus mochilas.

Prueba de las profundas convicciones de nuestros próceres al respecto, fue su preocupación por los Códigos que fijaban límites al poder punitivo, como lo testimonian las elocuentes palabras con que el Mariscal

Santa Cruz proclamaba el Código penal boliviano de 1831: "Las leyes claras y positivas son la base de la buena administración de justicia, y la buena administración de justicia es la sola capaz de asegurar los derechos del ciudadano, e inspirarle esa tranquilidad en que consiste la libertad, y el goce de cuanto es más caro para el hombre constituido en sociedad".



Fundamentos del Estado

Notas sobre la regla de subordinación al derecho de la Constitución en la Argentina, Brasil, Colombia, Ecuador y México⁽¹⁾

RAÚL GUSTAVO FERREYRA⁽²⁾



1. Referencias iniciales

Siempre con el objeto de facilitar la comprensión del lector y el juicio crítico, presentaré diez argumentaciones apodícticas.

Primera. América Latina posee una múltiple entidad étnica. Aquí no constituye preocupación la cuestión terminológica, aunque es cierto que unos la critican porque la consideran racista (impuesta por el sueño imperial de Napoleón III) y otros porque sostienen que no todos somos “latinos”, y dicho apelativo deja fuera a los negros, a los indios, etc. Dado que se trata de una discusión abierta, en este escrito utilizo

(1) Este texto fue presentado en el XXII Encuentro de Profesores de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Panel N° 2: “El Constitucionalismo Latinoamericano”, realizado en la Facultad de Derecho (UBA), durante los días 27, 28 y 29 de agosto de 2015.

(2) Profesor Titular de Derecho Constitucional (Facultad de Derecho, UBA); Doctor de la Universidad de Buenos Aires. El autor agradece los aportes de Carolina Machado Cyrillo Da Silva, Johanna M. Romero, Ricardo Garzón Cárdenas, Edgar Fuentes Contreras, José Eduardo Schuh, Diego Dolabjian, Fernanda Lage, Leandro A. Martínez, M. Alejandra Pericola, M. Fernanda Lombardo, Mario F. Cámpora, Gustavo Alejandro Szarangowicz, Sebastián Toledo, Ricardo Rabino-vich Berkman, Leandro Vergara, Enrique Javier Morales, Leandro E. Ferreyra y E. Raúl Zaffaroni.

la expresión “América Latina” sin perjuicio de que cada uno la cambie como mejor le plazca.⁽³⁾

Segunda. “Ser latinoamericano” no es una cuestión difícil de discernir, puesto que en su amalgama étnica reside su riqueza.⁽⁴⁾ Hay un ser humano latinoamericano que se va abriendo paso en la historia en permanente resistencia al colonialismo, que le niega o retacea su dignidad de persona, en un territorio en que muchos millones de seres humanos interactúan y sincretizan sus cosmovisiones, que son expresión de todas las culturas sometidas y marginadas por el colonialismo en todo el planeta Tierra.⁽⁵⁾

Tercera. Su delimitación territorial, aunque pareciera relativamente sencilla, no se encuentra exenta de complejidad. Si acaso existiese acuerdo, se predicará que abarca más de 20 millones de kilómetros cuadrados de la superficie emergida en el planeta.

Cuarta. Recientemente se ha señalado que, en la distribución del PIB mundial en 2012, la participación de América Latina (calculada en miles de millones de euros) es del 9%, semejante al porcentaje de su población en la escala mundial.⁽⁶⁾

Quinta. La explicitación escrita de los enunciados que integran la totalidad del derecho constitucional actualmente vigente en cada uno de los Estados de América Latina requeriría, para su correcta disposición, más de 2000 páginas. Teniendo en cuenta la extensión impuesta por el presente evento académico para este texto crítico valorativo, las pretensiones deberán limitarse, más allá de cualquier supuesta agudeza por parte del autor.

Sexta. Se entiende por “constitucionalismo”⁽⁷⁾ al ordenamiento jurídico de una comunidad política, que se concreta mediante una Constitución escrita, cuya supremacía significa la subordinación a sus enunciados de todos los actos producidos por los poderes que integran el gobierno del Estado.

(3) ZAFFARONI, E. RAÚL, *El Derecho latinoamericano en la fase superior del colonialismo*, en prensa, original gentilmente cedido por el autor, s/f, p. 3.

(4) VARGAS LLOSA, MARIO, *Diccionario de América Latina*, Barcelona, Paidós, 2005, p. 12.

(5) ZAFFARONI, E. RAÚL, *El Derecho latinoamericano en la fase superior del colonialismo*, op. cit., p. 6.

(6) PIKETTY, THOMAS, *El capital en el siglo XXI*, E. Cazenave-Tapie Isoard (trad.), Bs. As., Fondo de Cultura Económica, 2014, p. 78.

(7) Ver, en sentido semejante, SÁNCHEZ VIAMONTE, CARLOS, “Constitucionalismo”, en *Encyclopédia Jurídica Omeba*, t. III, Bs. As., Editorial Bibliográfica, 1967, p. 1041.

En consecuencia, el término “constitucionalismo” puede ser reservado para definir la combinación o conglomerado normativo y no normativo; en el caso, con significado idéntico a “derecho constitucional”. Por “constitucionalismo” (o por “derecho constitucional”) se refiere al conjunto de disposiciones enunciadas tanto en el texto de la Constitución como a las que, eventualmente, se encuentran fuera de su texto, al provenir de fuentes internacionales y gozar de jerarquía constitucional. A esto debería sumarse la interpretación judicial que se les haya asociado como significado, a condición de que el propio orden lo instaure, modele y justifique.

Séptima. La doctrina que expongo intenta distinguir la normatividad⁽⁸⁾ de las constituciones y, acaso, si dicha materia resulta suficiente para caracterizar un determinado “modelo de derecho”. Se trata, desde luego, de una normatividad generada o creada, que no significa —ni mucho menos— conciliación con su propia y total realización. Todo el derecho constitucional debería reunir y comprender la viabilidad de su propia realización, dado que la idealidad que jamás puede concretarse en la realidad no debería ser objeto de concreción normativa.

Hace una década, nuestra dogmática se ha visto enriquecida con el aporte mediante el cual se señalaron diferencias entre los ámbitos del “derecho constitucional comparado latinoamericano” y el del “derecho constitucional latinoamericano”.⁽⁹⁾ Así, se dijo que el primero tiene por objeto

(8) Entiéndase por “normatividad” que los principios y reglas constitucionales son, o bien directamente aplicables, o aplicables tras construir otras disposiciones jurídicas a partir de sus prescripciones; principios y reglas, pues, colman dicha definición.

(9) La integración de América Latina aparece en diversos enunciados constitucionales. Así, en el Preámbulo de la Constitución Política de Colombia de 1991, se dispone: “... impulsar la integración de la comunidad latinoamericana...”. Asimismo, tiene cotización normativa específica en el art. 9º: “De igual manera, la política exterior de Colombia se orientará hacia la integración latinoamericana y del Caribe”. Dicha orientación se refuerza en el art. 227: “El Estado promoverá la integración económica, social y política con las demás naciones y especialmente, con los países de América Latina y del Caribe mediante la celebración de tratados que sobre bases de equidad, igualdad y reciprocidad, creen organismos supranacionales, inclusive para conformar una comunidad latinoamericana de naciones. La ley podrá establecer elecciones directas para la constitución del Parlamento Andino y del Parlamento Latinoamericano”.

Por su parte, la Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 también ha reglado aspectos del asunto; por ejemplo, en el art. 4º, parágrafo único, se señala: “A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latinoamericana de nações”.

En la Argentina, la Constitución Federal (en adelante, CF) también ha seguido la línea apuntada. En efecto, a partir de 1994, se ha ordenado en el art. 75, inc. 24, emplazado dentro de las

conocer el universo constitucional (constituciones, leyes, jurisprudencia y costumbres constitucionales) de los Estados de la región, sus aproximaciones y sus diferencias. Por su parte, el segundo comprende las instituciones, organismos, órganos y asociaciones supraestatales que los países han creado por intermedio de tratados, convenios y acuerdos internacionales, y que se obligan a respetar. Una gran porción es derecho comunitario con instituciones propias. En este amplio campo se encuentran esfuerzos de integración económica y también política; tribunales, cortes y parlamentos supranacionales; así como mecanismos de consulta en los más diversos aspectos y cuestiones.⁽¹⁰⁾

Octava. Esta contribución concentra su objeto en un pequeño fragmento del “derecho constitucional comparado latinoamericano”: el “derecho constitucional” de cinco Estados de América Latina:

- Argentina: por ser el sistema constitucional más antiguo en vigencia, si bien con rupturas y variaciones, desde 1853.
- Brasil: por ser el sistema constitucional que ordena el Estado con el territorio y la población más extensos, desde 1988.
- Colombia: en cuanto representa uno de los desafíos más importantes para la ordenación constitucional en la región, a partir de 1991, así como también por su integración entre derecho constitucional y derechos humanos (en adelante, DDHH).
- Ecuador: por su creación reciente con pretensiones de nuevo paradigma, en 2008.
- México: en cuanto inauguró un cambio de paradigma hacia el constitucionalismo social, en 1917.

atribuciones del Congreso: “Aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes. La aprobación de estos tratados con Estados de Latinoamérica requerirá la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara”.

La Constitución de Ecuador la anuncia desde el Preámbulo: “Nosotras y Nosotros, el pueblo soberano del Ecuador (...) Decidimos construir (...) Un país democrático, comprometido con la integración latinoamericana —sueño de Bolívar y Alfaro—, la paz y la solidaridad con todos los pueblos de la tierra...”. También destina el Capítulo Tercero del Título VIII, en un frondoso art. 423, cuyo texto comienza con la siguiente fórmula: “La integración, en especial con los países de Latinoamérica y el Caribe será un objetivo estratégico del Estado”.

(10) CARPIZO, JORGE, “Derecho constitucional latinoamericano y comparado”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXVIII, n° 114, UNAM, septiembre-diciembre de 2005, pp. 949/989.

Analizaré, concretamente, el modo de ordenar o subordinar impuesto por la Constitución en cada uno de estos Estados. Quizá pueda achacarse insuficiencia de probabilidades en el criterio que rigió las previsiones, que a su vez provocaron las elecciones normativas; sin embargo, pese a que no pretendo axiomatizar, descreo que la selección sea azarosa.

Novena. El normal fluir de la inteligencia, su propia fisiología natural, exige la estipulación de un punto de partida para la investigación y, luego, la disertación. No pretendo ni mucho menos glorificar el ejercicio de la función narrativa al elegir los cinco Estados mencionados. Tampoco pretendo devaluar o desconocer las virtudes de los órdenes jurídicos que no pueden ser aquí descritos por las razones antedichas.

Décima. La lectura comprensiva de los textos examinados —precisamente en su sumatoria de principios y reglas— permite advertir la presencia de casi todas las piezas conceptuales o categorías básicas inventadas por el constitucionalismo, excepto el sistema de gobierno parlamentario y la posibilidad de transferencia o cesión de competencias soberanas a instituciones interestatales con nivel semejante a la Constitución. Por lo tanto, en la actualidad, por primera vez desde los días de la independencia del yugo colonial europeo, la creación y ordenación constitucional, en cada uno de estos países, exhibe el momento más rico de todo su desarrollo histórico.

A continuación, trazaré un camino inicial para establecer regularidades y rupturas, semejanzas y desemejanzas, en las formas de ordenación que estipulan las constituciones elegidas, cuyo objetivo se describe en la próxima sección.

2. Estrategia argumentativa

El plan de labor es el siguiente. En el apartado 3 introduzco la afirmación del marco teórico capital que se enlaza en este escrito; en el 4 discierno sobre el componente constitucional y privilegio la captación de sus posibilidades de fundamentación a partir de su enfoque externo; en el 5 expongo los fundamentos constitucionales del Estado, de acuerdo a la tesis aquí promovida. En el 6 examino la regla de subordinación. Finalmente, en el apartado 7 analizo en particular la “regla sobre la subordinación” y su representación normativa en los fundamentos de los Estados escogidos. Por último, en el apartado 8 realizo los comentarios finales.

3. Marco teórico

La tesis pura o afirmación capital que engloba a este “texto de la sesión” es la siguiente: se denomina “Estado constitucional”⁽¹¹⁾ a todo ente que congrega en su composición dos elementos constituyentes naturales (territorio y población) y dos elementos constituyentes no naturales (poder y Constitución); uno de estos últimos es el “artificio fundamental”, la regla suprema del orden estatal, cuya estabilidad y perdurabilidad se intenta establecer con hegemonía suficiente. En el Estado constitucional todo el derecho del Estado debe ser derecho genuinamente autorizado por la norma positiva fundamental de su orden coactivo.

La Constitución es el fundamento (raíz) y fundamento (razón) que tiende a ordenar la vida del Estado. Estos dos fundamentos se despliegan u operan por intermedio de las cuatro reglas constitucionales “inacabadas” o principios constitucionales de “realización progresiva” que fundamentan al Estado: regla sobre la subordinación, regla sobre la variación, regla sobre la distinción y regla sobre la acción de los derechos fundamentales.

4. La Constitución, cuarto elemento del Estado

La Constitución no es un ente mundano aislado. Puede aislarse para su estudio dogmático; es decir, comprender, desde una perspectiva interna, su entidad y describir sus propiedades. Sin embargo, desempeña su tarea, con mayor o menor eficacia, con mayores o menores logros, dentro del ente estatal. Por consiguiente, también existe un enfoque externo: el propio modo en que la Constitución se da, se presenta, se relaciona, en fin, reglamenta y fundamenta al mundo de los elementos del Estado; o el Estado a secas. Construir constitucionalmente al Estado no es tarea sencilla. Por eso, las orientaciones conceptuales sobre “organizarlo u ordenarlo” —siempre con rol fundamental— no son una mera cuestión de fe o de vocabulario: siempre se encuentran abiertas a delimitación y discusión crítica.

Los elementos del Estado siguen siendo el territorio, la población y el poder; sin embargo, tratándose de la arquitectura del poder y el deslinde entre autoridad y ciudadanía, con semejante sustantividad, la Constitución se incorpora como cuarto y nuevo elemento al sistema. La concepción de la Constitución como cuarto elemento significa un programa que se presenta —para la Argentina y, eventualmente, para América Latina, en pos

(11) BONAVIDES, PAULO, *Curso de Direito constitucional*, 26^a ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2011.

de un nuevo modelo de integración real— y se intenta desarrollar paso a paso, porque no pretende privar de “fuerza expresiva” a la elemental trilogía de constituyentes del Estado.⁽¹²⁾

En principio, no debería existir otro Estado que no se encuentre “constituido” por la respectiva Constitución. No debería existir vida estatal fuera de la Constitución, pero existe. Aunque también se yergue un derecho estatal fuera de la constitución, aquí no hay espacio para su detallado tratamiento.⁽¹³⁾

5. Las reglas constitucionales

Elegir al artificio constitucional como fundamento del Estado constituye una determinación política. Se adopta con antelación a la arquitectura estatal y se funde con sus fines. Por dicha razón, al desenvolverse la elección señalada, se opera entre la decisión política y la propia arquitectura del sistema una relación circular que rige toda la construcción futura.⁽¹⁴⁾

El término “fundamento” se utiliza en varios sentidos y en múltiples contextos. Por amor a la claridad conceptual, entre la variopinta gama de significados, indico, a continuación, los elegidos. Así, “fundamento” en tanto “raíz” y “fundamento” en tanto “razón” son los senderos escogidos, en coincidencia con algunas de las alternativas lexicográficas. “Fundamentos constitucionales”, en referencia a su raíz, porque toda la construcción jurídica de una comunidad, en determinado tiempo y espacio, queda o debe quedar sustentada, soportada —en fin, “fundamentada”— por el propio derecho que emana de la Constitución, o cuya validación esta autoriza. “Fundamentos constitucionales”, en referencia a su razón, porque la validez jurídica de todo el derecho de una comunidad, en determinado tiempo y espacio, queda o debe quedar explicada —justificada, en fin—, “fundamentada” por el propio derecho que emana de la Constitución, o cuya validación esta autoriza.

La fundamentación constitucional del Estado se cumple o puede cumplirse por intermedio de cuatro principios o reglas: subordinación, variación, distinción y acción. Ninguna de estas reglas o principios posee una realización absoluta; por eso son reglas “inacabadas” o reglas de realización progresiva,

(12) HÄBERLE, PETER, “La constitución en el contexto”, en AIJC, CEPC, Madrid, n° 7, 2003, p. 225.

(13) Para la evaluación de esta cuestión, se remite a FERREYRA, RAÚL G., *La constitución vulnerable. Crisis argentina y tensión interpretativa*, Bs. As., Hammurabi, 2003 y también al ensayo “¿Tiempo constitucional? La constitución vulnerable”, [en línea] www.infojus.gov.ar, 29/4/2014, Id Infojus: DACF140220.

(14) ZAFFARONI, E. RAÚL et al., *Derecho penal*, Bs. As., Ediar, 2000, pp. 104/105.

o reglas de realización relativa. Además, asumo en este texto que no existen diferencias ontológicas o estructurales entre los principios y las reglas que emanan de las normas constitucionales; las desemejanzas entre unos y otras son más bien de estilo, pese a que desde el punto de vista de la literatura jurídica, en general, se prefiere “regla”. Bien entendido: que en toda obra literaria son esenciales el estilo y las ideas.⁽¹⁵⁾

Entonces, estos cuatro principios o reglas que emanan de la Constitución pueden ser descritos como de terminación inacabada, porque por su intermedio se pretende fundamentar la regulación del Estado o la limitación de su inherente poder. En su etapa de fundamentación estatal cada uno de estos principios o reglas constitucionales se desenvuelve activamente, ya sea para configurar una raíz, o ya sea para justificar una razón. Son materiales estructurales, pilares, o mejor, elementos de la arquitectura del interior del Estado emplazados de modo positivo, puestos en la Constitución. Sin embargo, para mantener incólume el rigor analítico, prefiero agruparlos en dos órdenes, exactamente parejos a los “fundamentos constitucionales”. Así, la regla sobre la variación o cambio y la regla sobre la subordinación caen dentro del marco de los fundamentos constitucionales observados como raíz. En cambio, la regla sobre la distinción y la regla sobre la acción se corresponden, o mejor dicho, son la manifestación de los fundamentos constitucionales apreciados, en este caso, como razón o justificación para el ejercicio de la fuerza estatal. Estos principios o reglas que surgen constitucionalmente observan el siguiente contenido.

5.1. Primera regla: sobre la subordinación

Una de las definiciones fijadas por el *Diccionario de la Real Academia Española* sobre “subordinación” —“Sujeción a la orden, mando o dominio de alguien”— deja constancia semántica precisa de cuanto se discute. En efecto, en el Estado constitucional, la subordinación del ente a la ordenación fundamental determinada por la Constitución liga con decisión intransigente el propio concepto de Estado.

(15) No asumo la distinción fuerte y débil, respectivamente, entre principios y reglas. Nótese: no significa que la distinción no posea entero fundamento; solo es preciso señalar que tiene un alcance y contenido explicativo bastante más reducido del que comúnmente se le asocia, dado que la mayor parte de los principios tienden a comportarse como las reglas, porque también son “derecho sobre derecho”, portadores de sana normatividad. Se sigue, en general, la consistente tesis de FERRAJOLI, LUIGI, expuesta en “Constitucionalismo garantista y constitucionalismo principalista”, N. Guzmán (trad.), Madrid, Marcial Pons, 2012, pp. 11/50.

La regla sobre la subordinación jurídica del Estado por intermedio de cada uno de los despliegues que la Constitución dispone (supremacía normativa, relación con el derecho internacional de los derechos humanos —en adelante DIDH— y control de constitucionalidad)⁽¹⁶⁾ persigue establecer la certeza, es decir, el “conocimiento seguro” por parte de la ciudadanía y los servidores públicos sobre la determinación del campo dominado por el derecho y del otro campo libre, un mundo sin reglas jurídicas. Los ciudadanos y los servidores públicos deben realizar el derecho de la Constitución.

5.2. Segunda regla: sobre la variación

La Constitución contiene una certidumbre: que su escritura metódica solo podrá ser expandida, contraída o revisada, por el propio proceso detallado en su texto. Autoriza un solo lenguaje posible, por intermedio de un modelo autorreferente. El propio proceso de su cambio formaliza, sin temores, que la Constitución puede ser reformada, con el debido respeto de sus determinaciones precisas, que nunca pueden ser entendidas como epístolas inútiles. De este modo, el artificio constitucional arraiga y afianza la estructura del Estado, al permitir el cambio de la regla suprema, que no es la copia ni la imitación de ningún ente u objeto perfecto e ideal. Por eso corresponde habilitar la propia metamorfosis de la Constitución. Me refiero al proceso real que cada orden jurídico regula y establece con sus propios matices, en los que participan los ciudadanos al elegir sus representantes y, en modo eventual, aprobar las normas elaboradas por el órgano constituyente, como así también la determinación de los órganos constitucionales y constituyentes determinados, de manera respectiva, para proceder a la variación normativa. Justificadamente, pues, la reforma configura un fundamento notable que sustenta la certeza en la edificación continua del orden jurídico del Estado.

5.3. Tercera regla: sobre la distinción de funciones

Para construir un edificio es necesario que un arquitecto diseñe los planos; luego, que los obreros y los técnicos se ocupen materialmente de la edificación. Para escribir una novela o un mero relato resulta menester conocer

(16) Este mecanismo es una de las invenciones mayores para resguardar la rigurosa juridicidad y máxima subordinación del Estado al derecho de la Constitución; en otras palabras, resguardar la supremacía constitucional. Las limitaciones propias de este texto, insinuadas en el apartado 1, inhiben una posible descripción del sistema y sus elementos teóricos. Se-mejantes razones también impiden su descripción, más adelante, en el marco apropiado contemplado en el apartado 7.

la gramática o tener presente, acaso, que quienes lean el texto deben compartir el código escrito por el autor. Para construir y mantener jurídicamente a esa personalidad colectiva que se apoda “Estado”, unos hombres tendrán que dar órdenes, encontrarse facultados para mandar con atribuciones suficientes, y otros deberán obedecerlas, ya sea por leal convicción, o por otro motivo que influya y determine el estado de dominación. El poder es el primer elemento no natural del Estado. Poder entendido como competencia atribuida a órganos del Estado en los que reside la capacidad para mandar o la facultad para dar órdenes, generar permisos o instalar prohibiciones. El poder es una cuestión fundamental en el derecho de la Constitución que ordena al Estado, con otra orientación, desde luego, pero con igual importancia que la libertad, que es la otra cuestión o materia fundamental.

La distinción de los poderes estatales —constituyentes y constituidos— tiene por inocultable finalidad contribuir a la consecución de lo que cotidianamente parece imposible, o digno de una de las más fantásticas de las utopías: someter el poder al cumplimiento de reglas de juego jurídicas pre establecidas. Se trata de impedir la concentración de los poderes. El fraccionamiento del poder del Estado constituye un formidable escudo de protección para la libertad de los habitantes.

5.4. Cuarta regla: sobre la acción. Derechos fundamentales

Hay constituciones que, en tanto fundamentos de “soporte” y de “validez” de los sistemas jurídicos, no se limitan a programar un conjunto de procedimientos dirigidos a posibilitar la planificación y despliegue de la coerción a cargo de los poderes constituidos. Además, y aceptando que ellas no son fines sino medios, reputan que los derechos fundamentales en ellas insertados realizan una reglamentación que se considera el ámbito básico de la vida comunitaria en libertad, donde se les concibe no solo como derechos subjetivos, sino también como reglas objetivas del sistema y, como tales, formal y no materialmente, como líneas de acción que deben asegurar un uso correcto de la fuerza estatal. Desde luego, esta demarcación o determinación jamás puede ser completa. Resulta casi imposible que la Constitución pueda determinar todas las orientaciones de su realización. En el Estado constitucional, la eliminación radical del ámbito de la discrecionalidad es insuperable; la discrecionalidad es un rasgo dominante de la especie humana.

En definitiva, los derechos fundamentales constituyen reglas o líneas significativas para la acción estatal y ciudadana.

6. Regla sobre la subordinación

Derecho constitucional y Estado no son entidades equivalentes, pero sí inextricablemente vinculadas: el primero entraña una especial combinación de reglas; mientras que el segundo constituye una entidad de dominación y asociación de hombres asentados en un territorio determinado, con vocación de permanencia, cuya cabecera de la ordenación jurídica se encuentra ocupada, en general, por el derecho emanado de la Constitución. La relación necesaria que existe entre estos dos instrumentos o entidades debería ser, pues, que el concepto de Constitución determinase, subordinase la noción de Estado.

Aunque no hay imágenes preparatorias, arraigar al Estado no coincide ni condice con su caída de rodillas. La auténtica subordinación del Estado al derecho constitucional significa establecer una relación de dependencia entre los dos entes. Subordinar, en esta consideración jurídica, significa precisar argumentos que hagan factible que el Estado quede bajo la sujeción, a la orden, mando o dominio del derecho que emana del sistema constitucional.

Una de las ideas aurorales desde fines del siglo XVIII y comienzos del siglo XIX ha sido la que postula la subordinación de los ciudadanos y los servidores públicos a una suma regla: la Constitución.⁽¹⁷⁾ Sin embargo, no hay relación entre la facilidad que existe para discurrir sobre las ventajas de dicha materia y la constante dificultad expuesta en su desventajosa realización concreta en cada comunidad estatal. Muchas veces, el propio orden constitucional pareciera en gradual desintegración o descomposición, excluido o descompensado por la energía repelente que emerge del desorden impuesto en determinadas comunidades estatales.

Sea como fuere, la Constitución es el único “artificio fundamental”⁽¹⁸⁾ inventado hasta el momento para lograr cierta regulación, determinada limitación

(17) Observa Luigi Ferrajoli que existen diversas concepciones de la Constitución y del constitucionalismo jurídico. Un rasgo común a todas ellas puede encontrarse en la idea de la subordinación de los poderes públicos —incluido el Legislativo— a una serie de normas superiores, que son las que en las actuales constituciones establecen derechos fundamentales (FERRAJOLI, LUIGI, *Constitucionalismo principalista...*, op. cit.). La afirmación resulta verdadera pero parcial, porque no basta con alcanzar el discurso de los poderes públicos. Tiene que contener, también, el ineludible deber de los ciudadanos de cumplir o acatar la Constitución, cuyas estipulaciones normativas son el esquema para abarcar y contener las conductas alcanzadas por el derecho.

(18) Karl Loewenstein llama constitución al “dispositivo fundamental” para el control del proceso del poder. Ver LOEWENSTEIN, KARL, *Teoría de la constitución*, A. Gallego Anabitarte (trad.), Barcelona, Ariel, 1979, pp. 149/151.

y específicos controles del poder del Estado. La determinación de reglas, fundantes y fijas, reguladoras del proceso político, constituye un acuerdo sustantivo para fundar la comunidad estatal y enraizar las convicciones de los ciudadanos y ciudadanas que integran su pueblo.

Me atrevo a justificar la proposición discutida sobre la subordinación jurídica del Estado, con marcado escepticismo. Apoyado en razonamientos anteriores y sin títulos excesivos, afirmo que, puesta la combinación de las reglas constitucionales en el mundo por el órgano habilitado para producirlas, o creadas por el órgano instituido para producirlas —siempre en representación de la ciudadanía—, sus “contenidos y procedimientos esenciales”⁽¹⁹⁾ permiten reconocer un modelo de Estado fundado en su correcta subordinación lógica al derecho, hasta cierto punto. En este contexto, repito: todo el Estado se encuentra constituido por la Constitución y todo el derecho del Estado debe ser derecho autorizado por la Constitución. Existe una notable excepción, muchas veces gigantesca y no menos patética ni evidente: ciertos aspectos de la emergencia política, económica, social y financiera tienden a no calzar en la Constitución. En dichas oportunidades se yergue un derecho estatal fuera de la Constitución, tal como ya he sugerido. Eliminar o reducir al Estado policial —el tipo opuesto por autonomía al Estado constitucional— no tiene que preocupar respecto de la utilización de medios para lograrlo, porque la composición de este último destruye o devalúa la regla sobre la subordinación.

6.1. Suma regla

Los hombres han dedicado y destinado largos años a aprender y disfrutar de las ventajas que puede proporcionar, en general, una ordenación jurídica determinada, calificada por la primacía de una norma que se erige como superior, con jerarquía intransigente, indubitable e indisputable por encima del resto de las normas que integran el sistema jurídico estatal y se califican como inferiores. La configuración de reglas sobre derecho constitucional ha contenido en su escritura —casi siempre— una regla suprema, es decir, la Constitución como norma que fundamenta la totalidad del orden jurídico, “... tanto por su forma de creación, cuanto por su contenido”.⁽²⁰⁾

(19) HÄBERLE, PETER, *El Estado constitucional*, estudio introductorio de Diego Valadés, H. Fix-Fierro (trad.), México DF, IIJ, 2003, p. 1.

(20) BIDART, CAMPOS, GERMÁN J., *El Derecho de la constitución y su fuerza normativa*, Bs. As., Ediar, 1995, p. 92.

Al idearse la primacía constitucional⁽²¹⁾ y su consecuente distinción jerárquica dentro del sistema, seguramente se infirió que, con la formulación de unas pocas palabras, se generaba una suma regla, cualidad que merece ser comprendida en sus justos alcances: "suprema, altísima y que no tiene superior".⁽²²⁾

Se emplaza una norma —la constitucional— en el sistema jurídico y se la posiciona como superior, porque ninguna será más alta que ella. Podría discutirse el don o gracia especial de la ubicuidad, es decir, si el emplazamiento y ulterior posicionamiento no constituyen, en rigor, una actuación autorreferencial de la propia norma constitucional que se autodetermina a sí misma. Nótese que la posición de la regla constitucional en el sistema e, incluso, su emplazamiento como suprema, aunque tiene el fundamento en ella misma, no implica contradicción lógica, porque manejar con cuidado los enunciados de naturaleza autorreferencial es algo bien distinto que predicar que todo enunciado de ese tipo o naturaleza carece de significado.⁽²³⁾ No hay misterio: para fundamentar la primacía de la regla constitucional, su cotización normativa descansa en su propio texto y no es preciso acudir a una norma superior a la Constitución misma para resolver la cuestión. La supremacía se comprende en normas puestas en la propia

(21) Sobre la supremacía normativa de la Constitución, el texto jurídico con mayor antigüedad, y aún en vigor, reside en la determinación establecida en el art. VI, Sección 2 de la Constitución de EEUU de 1787: "... Esta Constitución, y las leyes de los Estados Unidos que se expidan con arreglo a ella, y todos los tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la suprema ley del país y los jueces de cada Estado estarán obligados a observarlos, a pesar de cualquier cosa en contrario que se encuentre en la Constitución o las leyes de cualquier Estado...". Basta pronunciar la fórmula normativa citada en voz alta para creer en la naturaleza todopoderosa de la suma regla, máxime al estimularse su judicabilidad en el art. III, Sección 1: "Se depositará el poder judicial de los Estados Unidos en un Tribunal Supremo y en los tribunales inferiores que el Congreso instituya y establezca en lo sucesivo (...) Sección 2: El Poder Judicial entenderá en todas las controversias, tanto de derecho escrito como de equidad, que surjan como consecuencia de esta Constitución...".

(22) Según el *Diccionario de la Real Academia Española* (DRAE), del latín *summus*.

(23) El delicado problema teórico sobre la autorreferencia en el derecho constitucional ha sido estudiado y expuesto en FERREYRA, RAÚL G., *Reforma constitucional y control de constitucionalidad. Límites a la judicabilidad de la enmienda*, Bs. As., Ediar, 2007, pp. 437/450. En homenaje a la brevedad, aquí solo se sugiere la bibliografía básica sobre la cuestión: Ross, ALF, (i) *Sobre el Derecho y la justicia*, Bs. As., Eudeba, 1994, pp. 80/82; (ii) "On Self Reference and Puzzle in Constitutional Law", en *Mind*, vol. 78, Issue 309, Oxford University Press, January 1969, pp. 1/24; HART, H. L. A., "Self-referring laws", en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1985 (reimpresión de la primera edición 1983), pp. 170/178, publicado originariamente en obra en homenaje a Karl Olivecrona, 1964; y GUIBOURG, RICARDO, "La autorreferencia normativa y la continuidad constitucional", en AAVV, *El lenguaje del Derecho. Homenaje a Genaro R. Carrión*, Bs. As., Abeledo Perrot, 1983, pp. 182/195, entre otros.

escritura de la Constitución; no hay ningún supuesto porque se trata de derecho constituyente puesto por el propio creador de la norma.

Significativamente, una Constitución será el rodeo indeterminado de todas las circunstancias que atraviese en su realización, pese a que por definición constituya la suma regla sobre la pretendida ordenación previsible de la vida ciudadana insertada en la comunidad estatal. Entonces, cotizarla como “suma regla” significa indicar su inherente “supremacía normativa”⁽²⁴⁾ o hacer referencia a su significación más armoniosa como “teorema de la supremacía”.⁽²⁵⁾ “Supremacía” tiene semejante significado que “suma”: que no tiene superior en su línea, porque nada existe por encima de la regla fundamental del Estado.

El poder constituyente, integrado por los representantes de los ciudadanos que forman el pueblo del Estado, elabora y establece la norma constitucional, cuyo paso final, en ocasiones, también se remite a la aprobación del cuerpo electoral. En el momento constituyente de la creación jurídica originaria o en el momento constituyente de su variación, también se establecen las atribuciones para generar normas de rango inferior a la Constitución. Desde luego, existirán en el ordenamiento normas de diverso rango y el único modo conocido para mantener la unidad del citado ordenamiento exigirá que todas las normas que lo componen se reduzcan a la “unidad” de criterio prescrito por la Constitución. Esta reducción a la unidad será entera y coherentemente posible si, y solo si, existe una norma de la cual deriven su normatividad, de modo directo o indirecto, todas las otras demás normas.⁽²⁶⁾

La unidad del sistema jurídico estatal es una tarea fundamental que cumple la Constitución, al subordinar la producción y la realización jurídica a una determinada graduación de jerarquías, procesos y contenidos, hasta cierto punto. La Constitución, al configurar el parámetro de validación formal y material, determina la membresía de las reglas inferiores de todo el orden estatal.

El acuerdo básico de la ciudadanía significa, sin pompas, que en el escalonamiento jerárquico de las normas jurídicas, en principio, nada existe sobre la regla superior constitucional. Todo acto o norma producido o generado fuera del procedimiento o contenidos estipulados por la suma regla

(24) SAGÜES, NÉSTOR, *Teoría de la constitución*, Bs. As., Astrea, 2004, pp. 98/99.

(25) EKMEKDJIAN, MIGUEL Á., *Tratado de Derecho constitucional*, t. I, Bs. As., Depalma, 1993, p. 31.

(26) BOBBIO, NORBERTO, *Teoría general del Derecho*, Bogotá, Temis, 1998, pp. 168/173.

constitucional implica una “variación” no autorizada o cambio prohibido por el propio sistema; la transgresión genera una situación de disconformidad, un vicio o defecto: la inconstitucionalidad. La citada gradación jurídica ubica a todas las reglas en niveles diferentes; los mayores subordinan a los inferiores, y la Constitución subordina a todo el orden jurídico del Estado. Así, puede postularse la unidad del ordenamiento jurídico del Estado. Sin hacer profecías, un historiador de las constituciones narraría, en el futuro siglo XXII, que la “supremacía normativa”, objetivada en la suma regla constitucional —inventada en el siglo XVIII— fundamentó la unidad de los ordenamientos jurídicos estatales durante el siglo XIX, mecanismo que se consolidó durante el siglo XX y a comienzos del XXI constituía un solvente paradigma.

6.2. Relación con el DIDH

En nuestros Estados de América Latina, la redacción de la Constitución dejó de ser una ficción o un Estado de entes imaginarios a partir de la independencia de la sujeción colonial. Resulta inmensa la nómina de los modelos normativos proyectados en América Latina desde el siglo XIX.⁽²⁷⁾ Se trata de cientos de escritos que tuvieron diferentes senderos, de obras imperfectas, quizá tautológicas, porque el único modelo jurídico existente, por escrito y por entonces, era la Constitución de Estados Unidos, sancionada en Filadelfia en 1787. Aquí no ofreceré resumen ni comentario de estos textos. Constan en documentos reales, aunque muchos de ellos no pasaron del mero programa o tuvieron una vigencia muy breve. Sin embargo, en su lenguaje y en las derivaciones apropiadas de su lenguaje constitucional originario, precoz y parcamente, estipulaban la relación entre el “derecho estatal” y el “derecho internacional”.

Concretamente, aquí se trata de la ubicación jurídica del DIDH en el orden jurídico del Estado constitucional y en determinado tiempo,⁽²⁸⁾ no de sus modalidades de ingreso, progreso y egreso del sistema estatal.

En el párrafo anterior se da cuenta de la primacía, revelada en el ámbito de subordinación del Estado al derecho, al quedar ligada la validez de su orden jurídico al marco de referencia, formal y sustancial, tipificado y sostenido en la suma regla constitucional. La opción por una Constitución

(27) GARGARELLA, ROBERTO, *200 años de constitucionalismo en América Latina 1810-2010*, op. cit.

(28) BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *Manual de la constitución reformada*, Bs. As., Ediar, 1996, p. 371.

escrita, cuya variación o cambio solo debe formalizarse por procesos distintos a la producción de la ley ordinaria, establece un paradigma en el sistema de fuentes del orden jurídico. Entre los corolarios de dicha doctrina, hay una de relevante importancia teórica: por intermedio de la primacía constitucional, los Estados intentaron diseñar, desarrollar y completar el monopolio de la fuerza, concretado en la regulación de la autoridad y la centralización terminante de los ámbitos vinculados con la producción y realización del derecho, respectivamente.

Pronto se cumplirán 70 años desde la creación de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), que, en rigor, como se ha observado,⁽²⁹⁾ por su natural competencia para la ordenación interestatal, debería llamarse "Estados Unidos". Uno de los datos más significativos de la ONU se objetiva en la normatividad producida a escala global, con profundos rasgos de derecho constituyente de la más alta estirpe sobre DDHH. Al leerse con seriedad, el art. 1º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos —aprobada por la Asamblea General el 10 de diciembre de 1948—, que proclama que "Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros", llamará la atención que los hombres son una especie extremadamente original. Demoraron miles de años para escribir, con atisbos globales y determinada normatividad jurídica, que honrar la vida y "ayudar a vivir"⁽³⁰⁾ con determinado régimen de bienestar,⁽³¹⁾ no hacer daño⁽³²⁾ al otro, "guiarse por el conocimiento"⁽³³⁾

(29) BUNGE, MARIO A., *Filosofía política. Solidaridad, cooperación y democracia integral*, R. González del Solar (trad.), Barcelona, Gedisa, 2009, p. 331. En este texto se añade que los EEUU deberían llamarse "Provincias Unidas".

(30) *Ibid.*, p. 193.

(31) Ramón Ferreira escribió en 1852 que el Estado tiene como fundamento proporcionar a los hombres medios de conservación y procurar que sean más felices. "Los objetos generales de un buen gobierno son la riqueza, la ilustración, la seguridad de los ciudadanos y la moral pública". Ver FERREIRA, RAMÓN, *Manual de Derecho Natural* (escrito en 1852 para el Colegio de Tacna en el Perú), Paraná, Imprenta Nacional, 1861, pp. 32 y 35.

Años antes, Thomas Jefferson había escrito también sobre el mismo asunto: "*The care of human life and happiness, and not their destruction, is the first and only legitimate object of good government*". Ver *The Writings of Thomas Jefferson, To The Republican Citizens of Washington County, Maryland, Assembled at Hagerstown On the 6th Instant [Monticello, March 31, 1809]*, vol. VIII, Taylor y Maury, Washington D.C. 1854, p. 165. Bastaría pensar en el Estado y atribuir un apropiado mundo feliz entre sus finalidades capitales. No obstante, dejó librado al lector la fe y mérito de la afirmación de Jefferson.

(32) POPPER, KARL R., *La sociedad abierta y sus enemigos*, Bs. As., Paidós, 1992, p. 479

(33) RUSSELL, BERTRAND, "Lo que creo", en *Por qué no soy cristiano*, Barcelona, Edhsa, 2004, p. 86.

y ser solidario siempre que se pueda, en un marco de profundo e inmarcesible respeto al otro, constituye el repertorio fundamental para las bases mínimas del desarrollo de la vida de nuestra especie.

Deseo exaltar tres escenas, porque comprendían, con buenas razones, aspectos relevantes de la relación del DIDH con el derecho estatal.

Escena 1. El DIDH se produce en el ámbito de encuentros, debates, eventos, cónclaves o asambleas, siempre en sede internacional; siempre, por tanto, interestatal. Cambia, radicalmente, el paradigma del monopolio estatal en la creación del derecho, aunque no cesa ni se devalúa la primacía constitucional.

Escena 2. Singularmente, pues, corresponderá actualizar y ampliar el contenido del derecho constitucional. Su vinculación con el DIDH resulta inevitable e impostergable. Sin embargo, en este ámbito juega un rol clave el método de inserción y ulterior posición del DIDH en el sistema estatal.

Escena 3. El DIDH genera dos cuestiones en relación con la primacía de la constitución estatal.

Respecto de estas dos cuestiones a las que me refiero en la **Escena 3**, para facilitar la comprensión, denominaré a la primera de ellas “consagración textual”. Limitada la observación a América Latina, sus textos constitucionales se distinguen en dos grupos: aquellos en los que existe una concreta y específica “formulación normativa” sobre la vinculación jerárquica entre el DIDH y el derecho de la constitución, y aquellos textos constitucionales que carecen de enunciados que propicien, expresamente, la aludida referencia. Toda armonía, muchas veces, resulta peligrosa. En un cuidadoso relato debe escribirse: casi todos los textos constitucionales poseen formulaciones; excepto, por ejemplo, el uruguayo, en el que se encuentra “ausencia de referencia expresa a la interacción entre el DIDH y el derecho constitucional”.⁽³⁴⁾

Una segunda distinción también es iluminadora. Ahora, específicamente, existen cuatro órdenes de escalonamiento jerárquico. En primer lugar, los textos que prescriben la “primacía o prevalencia” del DIDH sobre el derecho interno de fuente estatal; en segundo lugar, los textos que determinan la “equivalencia” de las ordenaciones normativas, tanto de la fuente externa como de la estatal; en tercer lugar, las constituciones que determinan

(34) MACHADO CYRILLO DA SILVA, CAROLINA, “La posición jerárquica del Derecho Internacional de los Derechos humanos en las constituciones sudamericanas”, en *Contextos*, publicación del Seminario sobre Derecho Público de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires, nº 5, 2013, pp. 124/135.

que el DIDH se “posicionaría debajo de la propia normatividad constitucional”, y, por último, el caso de Uruguay, que ante la falta de mención detallada, invita al experto o al ciudadano a un “viaje” bastante ilegible y dominado, quizá, por la discreción en la realización del derecho.

En suma, se aprecia en los Estados latinoamericanos un notorio esfuerzo de los poderes constituyentes. Tolerado o recomendado, el avance progresivo y sustantivo del DIDH configura una nueva ordenación del sistema de fuentes. Ciertamente, cada sistema constitucional posee “determinados rasgos propios de identidad”,⁽³⁵⁾ aunque muchas veces la prosa desarrollada a nivel textual no alcanza una coherente realización. Los rangos en el orden jurídico son diferentes; no es indiferente la concretización de un doble sistema de fuentes: la propia del derecho interno del Estado y la internacional. Incluso, se ha llegado a advertir que si la constitución declinase su rango superior, es decir, su específica primacía a favor del DIDH, ello no eliminaría su fuerza normativa.⁽³⁶⁾ El ADN del derecho internacional se transmite, sin solución de continuidad, en el propio cuerpo del DIDH; así, se contiene la aspiración de prevalencia sobre el derecho interno, incluyendo el constitucional.

Sin embargo, si tuviésemos que elegir por estas horas, preferiría adoptar el mecanismo de la absorción, con un relevante e indisponible margen de apreciación estatal, con rango equivalente y posibilidad de denunciar la salida del sistema internacional. Pese a que la tesis no luzca exagerada u ortodoxamente internacionalista, por ahora prefiero observar la casa común, la república, sin pausas y con firmeza, para dar ubicuidad en el espacio, en un futuro cercano, a un derecho de los derechos humanos para todos los latinoamericanos. Nótese que se trata de una perspectiva fundada “en la insuperable dificultad, hoy existente, de fundar la unidad del ordenamiento en la supremacía del derecho internacional”,⁽³⁷⁾ que cesaría, total o parcialmente, acaso, el día que se pueda afirmar la existencia de la completa globalización o mundialización uniforme del derecho y la de un solo Estado-orden jurídico, y prescindir o devaluar el concepto de Estado que actualmente se maneja. El comentario no deja de ser optimista, porque relega la supremacía total del derecho internacional a su entronización en

(35) DOLABJAN, DIEGO A., “Constitución y derechos humanos. 75.22. Modelo para armar”, en *Contextos*, op. cit., pp. 89/123.

(36) BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *El Derecho de la constitución y su fuerza normativa*, op. cit., p. 456.

(37) ALÁEZ CORRAL, BENITO, “Nacionalidad y ciudadanía ante las exigencias del Estado constitucional”, en *Fundamentos*, nº 7, Cuadernos monográficos de teoría del Estado, Derecho público e Historia constitucional, Junta General del Principado de Asturias, Oviedo, 2012, p. 130.

la cúspide del orden jurídico, que por entonces dispondría de las instituciones necesarias para crear y realizar un orden jurídico global en el mundo entero. Mientras tanto, los ciudadanos de cada una de las comunidades deben disponer del más certero y adecuado ámbito de libertad para discernir si, acaso, en el futuro, toda la aldea sudamericana⁽³⁸⁾ se hallaría conglobada por la primacía fundacional de determinadas piezas del DIDH, en pleno, rango o nivel distinguidamente superior sobre todo el derecho; incluido, con propiedad, el propio constitucional de fuente interna.

7. Formulación y representación normativa de la regla sobre la subordinación

7.1. Estado argentino

Su Constitución federal (en adelante, CF) es el texto más antiguo de los vigentes en América Latina. El 25 de mayo de 1853 el Director Provisorio de la Confederación Argentina, Justo José de Urquiza, decretó:

Art. 1º: Téngase por Ley Fundamental en todo el territorio de la Confederación Argentina, la Constitución federal sancionada

(38) El 22 de junio de 1856, Francisco Bilbao propuso la formación de un Congreso de América del Sur, en el que cada república enviaría igual número de representantes. El Congreso, símbolo de la unión y de la iniciación, se ocuparía, especialmente, de convertir en leyes particulares de cada Estado varias iniciativas, entre las que se destacaron: "... 1) La ciudadanía universal. Todo republicano puede ser considerado como ciudadano en cualquier república que habite; 2) Presentar un proyecto de código internacional; 3) Un pacto de alianza federal y comercial (...) 12) Presentar el plan político de las reformas, en el cual se comprenderán el sistema de contribuciones, la descentralización, y las reformas de la libertad que restituyan a la universalidad de los ciudadanos las funciones que usurpan o han usurpado las constituciones oligárquicas de la América del Sur (...) 14) El Congreso fijará el lugar de su reunión y el tiempo, organizará su presupuesto, creará un diario americano. Es así como creemos que de iniciador se convierta un día en verdadero legislador de la América del Sur; 15) Una vez fijadas las atribuciones unificadoras del Congreso Americano y ratificadas por la unanimidad de las Repúblicas, el Congreso podrá disponer de las fuerzas de los Estados Unidos del Sur, sea para la guerra, sea para las grandes empresas que exige el porvenir de la América; 16) Los gastos que exija la Confederación, serán determinados por el Congreso y repartidos en las Repúblicas a prorrata de sus presupuestos; 17) Además de las elecciones federales para representantes del Congreso, puede haber elecciones unitarias de todas las Repúblicas, sea para nombrar un representante de la América, un generalísimo de sus fuerzas, o bien sea para votar las proposiciones universales del Congreso; 18) En toda votación general sobre asuntos de la Confederación, la mayoría será la suma de los votos individuales y no la suma de los votos nacionales. Esta medida unirá más los espíritus", en BILBAO, FRANCISCO, "Iniciativa de la América. Idea de un Congreso Federal de las Repúblicas. Post-dictum", en Cuadernos de Cultura Latinoamericana, nº 3, México DF, Facultad de Filosofía y Letras, Unión de Universidades de América Latina, UNAM, 1978 [1856].

por el Congreso Constituyente el día primero de mayo de ese año en la Ciudad de Santa Fe.

Art. 2: Imprímase y circúlese a los gobiernos de provincia, para que sea promulgada y jurada auténticamente en comicios públicos.

Junto con el decreto, los gobernadores de provincia recibieron una nota, también con firma del Director: "... La Constitución política ha sido sancionada...".

El art. 12 del Acuerdo de San Nicolás de los Arroyos imponía al Director Provisorio el deber de promulgar y hacer observar la Constitución, luego de que fuese sancionada.

Para que esta disposición se lleve a efecto, dispondrá V.E. que se distribuyan ejemplares impresos por los pueblos y territorios de esa provincia, y que en un mismo día se haga en todos los puntos cabeza de partido, una lectura pública de la Constitución, en presencia de las autoridades territoriales (...) Concluida la lectura empezará el acto de juramento (...) encabezado por la fórmula siguiente: "Nosotros, ciudadanos argentinos que formamos el pueblo de la provincia de (...) juramos (...) respetar, obedecer y defender la Constitución política de la Confederación argentina, sancionada por el Congreso General Constituyente el 1º de mayo de 1853".⁽³⁹⁾

La CF fue jurada el 9 de julio de 1853 en toda la Confederación, excepto por el pueblo de la provincia de Buenos Aires, que recién suscribió el pacto constitucional en 1860.⁽⁴⁰⁾ Posteriormente, el texto fue reformado en los años 1866, 1898, 1957 y 1994 —el último cambio formalizado—.

(39) RAVIGNANI, EMILIO, *Asambleas Constituyentes Argentinas*, t. sexto, 2^a parte, Bs. As., Peuser, 1939, pp. 837 y 838

(40) El poder constituyente originario observó ciclo abierto desde 1853 hasta 1860. El ingreso del pueblo de la provincia de Buenos Aires significó un aporte decisivo para la construcción del Estado argentino. Aunque el año "1853" fue un momento clave de la democracia constitucional argentina", debe ser interpretado como "1853/60" dado que, pese a que en este último año lo que hubo fue una reforma, desde el punto de vista jurídico lo que aconteció fue la consolidación del poder constituyente originario, ciclo abierto en 1853 (en igual sentido, BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *Tratado elemental de Derecho Constitucional*, t. I-A, Bs. As., Ediar, 1999-2000, pp. 476 y ss.). Por eso es correcto mencionar que el texto fundacional argentino es de 1853-60, pese a que en este texto, en general, sólo por razones de simplificación del lenguaje, a veces, se indique "1853", a secas

Sus enunciados normativos y no normativos se encuentran repartidos en un "Preámbulo", dos "Partes" y las "Disposiciones transitorias". La "Primera Parte" contiene al "Capítulo primero: Declaraciones, derechos y garantías" y al "Capítulo segundo: Nuevos derechos y garantías". La "Segunda Parte: "Autoridades de la Nación" abarca un "Título primero: Gobierno federal" y un "Título segundo: Gobiernos de provincia". Los principios y reglas de naturaleza permanente se alojan en 129 artículos constitucionales, más el "14 bis" (derechos sociales) distribuidos en las dos primeras partes, respectivamente. Por último, las "Disposiciones transitorias" se hospedan en 17 artículos.

Corresponde decir con propiedad que la CF de la Argentina, desde 1853/60, consagra la supremacía normativa de la suma regla y el correspondiente es-calonamiento jerárquico de las normas inferiores a ella. Según se alumbra en el art. 31:

Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto de 11 de noviembre de 1859.

Por lo tanto, el derecho de la Constitución posee una peculiar forma de ordenar y organizar la vida comunitaria. La subordinación del Estado al derecho de la CF constituye un mecanismo claro, solvente y riguroso. Además, por su antigüedad, merece ser objeto de una comprensión específica y calificada.

La CF reformada, a partir de 1994, dispone la complementariedad constitucional del DIDH en las condiciones establecidas en el art. 75, inc. 22, para conjugar el recto entendimiento de la primacía:

Corresponde al Congreso (...) inciso 22: Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención

Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.

Así vez, la ley 24.820—publicada en el Boletín Oficial (BO) del 29/05/1997— otorgó jerarquía constitucional a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, aprobada por la XXIV Asamblea General de la OEA, en los términos del art. 75, inc. 22 CF. Por su parte, la ley 25.778 —publicada en el BO el 03/09/2003— otorgó jerarquía constitucional a la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, adoptada por la Asamblea General de la ONU el 26/11/1998, y aprobada por ley 24.584.

La ley 27.044 —publicada en el BO de la República el 22/12/2014— dispuso otorgar jerarquía constitucional en los términos del art. 75, inc. 22 CF, a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), ONU. En consecuencia, hoy son catorce los instrumentos del DIDH que gozan de jerarquía constitucional.

Se asume, entonces, que la racional conglobación entre el derecho (estatal) constitucional y el DIDH (internacional) con jerarquía constitucional, tipificado en la Argentina en términos de equivalencia de las fuentes (CF y DIDH, según regulación contenida en el art. 75, inc. 22), abre un espacio interesante y de

probada riqueza semántica para la “complementariedad”, cuyo único requisito reside en el propio margen de reserva estatal propiamente estipulado por la CF. Léase, por ejemplo, un cúmulo de siete argumentos:

1. por la racionalidad dispuesta para todos los actos de los departamentos que ejercen el poder republicano, según asigna el art. 28 y reparte a todo el texto constitucional;
2. por hecho indisputable que “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 [la] Constitución”, según se consigna en el art. 27;
3. por la propia relatividad de los derechos constitucionales, todos susceptibles de regulación por el legislador, siempre que no se altere su núcleo;
4. por la prohibición de otorgamiento de facultades extraordinarias, suma del poder público, sumisiones o supremacías, vinculada en el art. 29;
5. por el principio de estricta y máxima juridicidad, reglado en el art. 19, que establece las competencias delimitadas del poder público;
6. por la distinción horizontal del poder y la fijación de zonas de reserva a los poderes constituidos, según exigen los arts. 1º, 44, 87, 108 y concordantes;
7. por el propio peso del art. 75, inciso 22, al detallar que el DIDH jerarquizado constitucionalmente, en las “condiciones de su vigencia…”, no deroga “… artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos” (huelga destacar que los artículos aludidos por la propia CF a la “Primera parte” albergan, mínimamente, a los contenidos entre los artículos 1 a 33 del texto).

7.2. Estado brasileño

El texto vigente fue promulgado el 5 de octubre de 1988.⁽⁴¹⁾ Consta de un “Preámbulo” y nueve Títulos, a saber: I. “Principios fundamentales”; II. “Derechos y garantías fundamentales”; III. “Organización del Estado”;

(41) El poder constituyente originario de 1988 estipuló, entre las Disposiciones constitucionales transitorias (ADCT), un enunciado normativo sumamente original e inédito: así, el art. 2º ADCT dispone “No dia 7 de setembro de 1993 o eleitorado definirá, através de plebiscito, a forma (república ou monarquia constitucional) e o sistema de governo (parlamentarismo ou presidencialismo) que devem vigorar no País”. El plebiscito establecido por el constituyente originario fue reformado por la enmienda Constitucional nº 2/92, mediante la cual se cambió la fecha de su realización para el 21 de abril de 1993, y se dispuso que la forma y el sistema de gobiernos definidos por el plebiscito serían vigentes desde el día 01/01/1995. Como resultado del plebiscito, con 66,26% del total de votos ganó la forma de gobierno república y con 55,58% ganó el sistema presidencialista.

IV. "Organización de los poderes"; V. "Defensa del Estado y de las instituciones democráticas"; VI. "Tributación y presupuesto"; VII. "Orden económico y financiero"; VIII. "Orden social" y IX. "Disposiciones constitucionales generales". La Constitución de Brasil contiene 250 artículos y un larguísimo texto con otros 100 de naturaleza "constitucional transitoria".

En más de cinco lustros, el sistema constitucional originario y fundacional de 1988 se ha reformado en forma reiterada: 88 variaciones, hasta mayo de 2015,⁽⁴²⁾ por intermedio del mecanismo "Emendas".⁽⁴³⁾ La abrumadora cantidad de "cambios normativos" puede razonablemente inclinar a pensar que la ideología instituida por el poder constituyente en 1988 sufrió modificaciones; también puede sugerir que la propia vocación jurídica del manifiesto originario se encuentra comprometida por tan radical historicidad que observa las "Emendas". Haya virado o no, desde posturas de intervención del Estado en la economía hacia posturas de fuerte signo diferente, la ley fundamental ha sido mantenida en sus directrices; mejor aún: interpreta un estado de conciencia individuado en la ciudadanía.

Esta estabilidad de los principios generales constitucionales podría reputarse como uno de los elementos que han apoyado el desarrollo y crecimiento de la economía, de las finanzas, de los avances en investigación científica y del propio desarrollo tecnológico que se aprecian en Brasil y sus implicancias en el concierto mundial de Estados. Esta reflexión puede resultar exagerada, aunque el período 1988-2015 es único en la historia del Estado brasileño, desde su independencia en 1822. En este sentido, cabe destacar la vigencia ininterrumpida de un texto que, como se ordena en el art. 1º, determina que la República Federativa de Brasil constituye un

(42) Ver la última enmienda [en línea] http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc88.htm

(43) "Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: I) de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; II) do Presidente da República; III - de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros. § 1º A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio. § 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros. § 3º A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem. § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais. § 5º A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa".

Estado democrático de derecho, que tiene como fundamentos la soberanía, la ciudadanía, la dignidad de la persona humana, los valores sociales del trabajo y de la libre iniciativa y el pluralismo político.

En la dogmática brasileña se discute el valor del Preámbulo. Sea o no sea venerable jurídicamente, su simple declaración constituye una manifestación señera sobre la intención de subordinar el orden estatal a los fundamentos de la Constitución:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição Da República Federativa Do Brasil.

A mi juicio, la recta interpretación se encuentra anidada en el propio Preámbulo. Pero, para evitar cualquier situación equívoca, el art. 1º de la Constitución brasileña de 1988 contiene una fórmula normativa parca, concisa y concluyente, en tanto determina la fuente del poder del Estado y su subordinación. Concretamente, en el párrafo único se ordena: “*Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição*”.

La realización de la fórmula receptada en el art. 1º constitucional brasileño debería dejar fuera de discusión la normatividad de los desarrollos de cada uno de los despliegues de la regla sobre la subordinación del Estado al derecho constitucional. Representar la certeza en el mundo estatal —pasado, presente y sobre todo porvenir— queda afianzada, se encuentra ligada, en fin subordinada a una regla artificial, la Constitución, que no tiene nada de orden metafísico. Una certeza siempre es “... certeza de alguien respecto de algo”;⁽⁴⁴⁾ en nuestro caso, nada más y nada menos que del hombre sobre el orden jurídico que fundamenta al Estado. Por esto, la Constitución de Brasil ordena regíamente: “... en los términos de esta Constitución”.

Decidida la subordinación al derecho de la Constitución, restan una palabras relacionadas con el sitial o emplazamiento jurídico del DIDH. En la

(44) BUNGE, MARIO A., *Diccionario de Filosofía*, México, Siglo XXI, 2001, pp. 213/214.

Constitución de la República Federativa del Brasil del año 1988, se dispuso, originariamente, en el art. 5º, LXXCII, § 2º: "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte".

Esta formulación normativa hizo que algunas orientaciones juzgasen la concreción de un sistema de equivalencia o integración de fuentes, en el propio contexto de la Constitución de 1988 y por imperativo de las claves que se pueden inferir de la regla bajo comentario. En cambio, otras orientaciones han sugerido la prevalencia del derecho constitucional de fuente estatal.

Posteriormente, en 2004, por intermedio de la enmienda constitucional 45/2004, se introdujo el siguiente texto como art. 5º, LXXVIII, § 3º: "Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais".

Indudablemente, la regla contenida en el texto originario alienta o atrae una interpretación abierta al sistema de fuentes. Sin embargo, no puede desconocerse el hecho de que un acto reformador, 16 años después, sugirió una formulación normativa. Quizá, por de pronto, y ante la escasa actividad registrada en el ámbito propiciado por la propia reforma de 2004 (me refiero al ámbito pergeñado por la nueva formulación contenida en el art. 5º, LXXVIII, § 3º), corresponda activar la comprensión originaria del sistema de equivalencia o integración de las fuentes.

7.3. Estado colombiano

La Constitución colombiana actualmente en vigencia fue promulgada y publicada en la *Gaceta constitucional* en julio de 1991. Desde entonces ha sido reformada en reiteradas oportunidades (han sido 38, aunque Colombia posee y padece un singular mecanismo de "declaración de inexequibles" de las enmiendas), sin desvanecer ni devaluar las prescripciones originarias de los principios y reglas que la nutren y desarrollan en las 380 piezas de su articulado permanente. En su cabecera se emplaza el "Preámbulo". Luego, sus 13 Títulos, a saber: I. "De los principios fundamentales"; II. "De los derechos, las garantías y los deberes"; III. "De los habitantes y del territorio"; IV. "De la participación democrática y de los partidos políticos"; V. "De la organización del Estado"; VI. "De la rama legislativa";

VII. "De la rama ejecutiva"; VIII. "De la rama judicial"; IX. "De las elecciones y de la organización electoral"; X. "De los organismos de control"; XI. "De la organización territorial"; XII. "Del régimen económico y de la hacienda pública" y XIII. "De la reforma de la Constitución". Finalmente, las "Disposiciones transitorias" se articulan en 60 piezas no permanentes.

Es preciso destacar que la regla sobre la subordinación se concreta con claridad y concisión en la Constitución política de Colombia de 1991, una de las leyes fundamentales más modernas de la región. Veamos, entonces, los enunciados que, en su conjugación fecunda, programan constitucionalmente la armazón del Estado y su ulterior e inmediata sujeción jurídica al derecho de la Constitución. Más allá de la ductilidad cierta o incierta de la simple declaración, corresponde indicar que, desde su Preámbulo, se anuncia, sin presuntuosidad pero con vocación normativa, lo siguiente:

El Pueblo de Colombia, en ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo, y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana, decreta, sanciona y promulga la siguiente Constitución Política de Colombia.

A su vez, las primeras palabras de las prescripciones constitucionales, precisamente en el art. 1º, se dirigen a ordenar:

Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

Luego, en el art. 3º se encuentra una determinación jurídica clave: "La soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público. El pueblo la ejerce en forma directa o por medio de sus representantes, en los términos que la Constitución establece". Téngase presente

que, más adelante, en el art. 113, se determina taxativamente que “son Ramas del Poder Público, la legislativa, la ejecutiva y la judicial”.

Los enunciados referidos dan suficiente cuenta de la idea de constituir un Estado, el origen del poder y el criterio para su ejercicio. La sujeción del Estado al derecho se encuentra de modo indubitable en las referencias alegadas. Todo cuanto digo contiene, además, un coronamiento expreso en las letras constitucionales colombianas en el art. 121: “Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley”.

El Estado colombiano posee, desde 1991, una de las reglas señeras sobre la cuestión examinada. Concretamente, me refiero al art. 4º y la materialización normativa de la supremacía constitucional:

La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales. Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades.

Por de pronto, la originalidad del art. 4º merece ser resaltada en dos aspectos. En primer lugar, aunque la idea de supremacía constitucional se encuentra en el ideario constitucional de América Latina desde el siglo XIX, la prescripción “La Constitución es norma de normas” es novedosa en el vocabulario de los poderes constituyentes. En consecuencia, el art. 4º, al determinar que la Constitución es la norma de mayor jerarquía del sistema, provoca la ordenación jurídica del Estado, al disponer que **no es lógicamente posible ir de la norma superior a la norma inferior**, sin atravesar la distancia jerárquica que hay entre ellas. Negar esta distancia sería contradictorio, porque no puede irse de lo superior a lo inferior sin atravesar las distancias que los separan. Este sencillo ejemplo demuestra la primacía lógica de la Constitución.

El segundo aspecto prescrito por el art. 4º, que también posee suficiente originalidad —al menos en el decir propio de los enunciados constitucionales— alude a su acatamiento o deber de obediencia. Toda Constitución, como norma,⁽⁴⁵⁾ forma parte del mundo real en cuanto cosa escrita, publicada,

(45) En el apartado 7.1, al comentarse la CF de la Argentina, se incluye en la descripción su paradigmático art. 31, creado en 1853. La normatividad del enunciado mencionado se encuentra fuera de debate, merced a su prístina estructura y cotización. En el 2004 la Corte

acatada. La arquitectura que propone la Constitución, como toda norma, tiene un ámbito de su producción y otro ámbito para su realización. Producida la norma, previa comprensión racional, deberá sobrevenir su acatamiento, es decir, su realización, tanto por los ciudadanos como por los poderes del Estado. Sin embargo, existen diferentes situaciones en las que la realización del derecho emanado de la Constitución exige una interpretación que, específicamente, resultará a cargo de la jurisdicción. La realización del derecho constitucional será siempre, pues, concreción o ejecución de derecho creado. Bajo esta especificidad en la formulación normativa, el art. 4º de la Constitución política de Colombia inaugura el proceso político de los ciudadanos que integran la comunidad y, en paralelo, se asume la ordenación del “deber” de acatamiento de sus enunciados.

Dispuesta la subordinación del Estado al derecho de la Constitución Política de 1991, solo resta indagar la cuestión del espacio jurídico del DIDH, según menciona el propio instrumento en el art. 93:

Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben en su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) declaró, en el fallo “Vizzotti”, que la CF de la Argentina asume el carácter de una norma jurídica (ver CSJN, “Vizzotti, Carlos A. vs. AMSA S.A.”, 14/09/2004, Fallos: 327:3677, considerando 8º, suscrito por los jueces Enrique S. Petracchi, Augusto C. Belluscio, Carlos S. Fayt, Antonio Boggiano, Juan C. Maqueda, E. Raúl Zaffaroni y Elena I. Highton de Nolasco. Ciertamente, en el art. 31 constitucional se dispuso originalmente en 1853/60 y todavía se encuentra en vigencia: “Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación...”; sin embargo, a lo largo de la historia fue puesta en jaque, y devaluada y derrotada, la eminente propiedad llamada prescriptividad de la ley, es decir, la determinación de la conducta humana, de ciudadanos y servidores públicos por intermedio de la CF. También, con semejante vocabulario, la fuerza normativa de la Constitución es reglada, especialmente, en América Latina. Así, el “sendero colombiano” fue seguido por Venezuela, en 1999, al disponer en el art. 7º de su Constitución: “La Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico...”. Ecuador, en 2008, ha dispuesto en su art. 424 constitucional: “La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico”. Análogamente, Bolivia, en 2009, confirma la tendencia hacia la formulación escrita de la normatividad constitucional, en el art. 410, apart. II: “La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa”.

La aparición de esta regla positiva en el mundo jurídico constitucional de América Latina ha provocado, significativamente, nuevos deslizamientos. Ello, porque ha cambiado el sistema de fuentes, al referirse propiamente sobre la materia la Constitución Política de 1991. De manera decidida, el constituyente se inclinó por el criterio de la prevalencia en el “orden interno” del DIDH. No obstante, en el caso de los “derechos y deberes” consagrados por la propia Constitución colombiana de 1991, configura un patrón de interpretación, porque ellos deberán ser interpretados “de conformidad” con los tratados internacionales sobre DDHH ratificados por Colombia. No es objeto de estas líneas hacer una digresión sobre si la Constitución de 1991 debe ser calzada dentro del marco del ámbito referenciado como derecho interno o no debe ser enmarcada como tal —esto es, si la prevalencia del DIDH se desenvuelve, en todo espacio y tiempo—; sin embargo, nótese que la ordenación constituyente por la fórmula “de conformidad” se encuentra lejos de una mera o simplificada referencia; circunstancia que anida, cuando menos, un parámetro para la realización constitucional.

La única dificultad tangible para los ciudadanos y servidores públicos podría reposar en que sea necesaria una previa investigación de campo o determinación empírica para hallar los “tratados y convenciones” que reconocen DDHH y que han sido “distinguidos” con su “ratificación” por el Congreso colombiano. En este sentido, en comparación, el modelo de la Argentina adoptado en 1994, según se ordena en el art. 75, inc. 22 —susceptible de ampliación por vía congresual—, se presenta como más taxativo que el modelo colombiano, pero su universo puede ser más acotado por su propia autolimitación en la descripción del DIDH que posee jerarquía constitucional (en forma originaria fueron 11 instrumentos; ampliados a 14 por vía congresual).

7.4. Estado ecuatoriano

Ecuador ha tenido una gran cantidad de constituciones. Un constitucionalismo agitado. Desde 1830, la entronización misma del Estado ecuatoriano y la configuración republicana independiente, se han sucedido, por lo menos, 15 instrumentos que han tenido diversa suerte.

El texto constitucional vigente en la actualidad fue aprobado en el 2008. En un ejercicio comparativo, por su extensión y detallismo normativo, solo es superado por la Constitución de Brasil. No es una cuestión que carezca de significación, en la inteligencia de que la población y el territorio de México,

la Argentina y Colombia, resultan superiores a los del Ecuador. Con evidencia, el poder constituyente ha necesitado disponer la reglamentación y enunciar normas constitucionales que, por su configuración y emplazamiento, se encuentren fuere de los ámbitos cotidianos de deliberación política comunitaria.

En su "Preámbulo" reúne la celebración a la *Pacha Mama* y la formulación de "una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el *sumak kawsay*". Luego, los enunciados constitucionales se ordenan en 9 "Títulos", a saber: I. "Elementos constitutivos del Estado"; II. "Derechos"; III. "Garantías constitucionales"; IV. "Participación y organización del poder"; V. "Organización territorial del Estado"; VI. "Régimen de desarrollo"; VII. "Régimen del buen vivir"; VIII. "Relaciones internacionales" y IX. "Supremacía de la Constitución". Exactamente, 444 artículos para dar residencia a la variada gama de principios y reglas de naturaleza permanente. Posee también 30 "Disposiciones transitorias", una "Disposición derogatoria"; un "Régimen de transición" compuesto por 30 artículos, y una "Disposición final: "Esta Constitución, aprobada en referéndum por el pueblo ecuatoriano, entrará en vigencia el día de su publicación en el Registro oficial".⁽⁴⁶⁾

La definición sobre el modelo de Estado elegido no se hace esperar. Las primeras letras prescriptivas se orientan hacia allí; en efecto, en el art. 1º se dispone:

El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada.

La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución.

La génesis del poder y el sometimiento de este a los marcos constitucionales operan de modo claro y solvente, al menos según surge del art. 1º constitucional. Desde la misma regla, en clave normativa, corresponde inferir que el poder del Estado en Ecuador nace y se sostiene en el poder individuado en cada uno de los ciudadanos que integran su pueblo. La soberanía de los

(46) Concretada el 20 de octubre de 2008.

ciudadanos que integran el pueblo es el fundamento del poder del Estado, porque sin ella resulta inimaginable e irrepresentable el desenvolvimiento de los diferentes círculos que contiene la vida comunitaria. La configuración del Estado constitucional queda a cargo del derecho de la Constitución. Su existencia jurídica, por ende, apropiada, única y exclusivamente puede encontrar fundamento de derivación más que en la Constitución de 2008. Pareciera atinado decir que Estado y derecho constitucional se encuentran unidos de modo indisoluble; quizás, en forma semejante que un ser vivo y su propia ordenación y correspondiente organización.

Otro aspecto interesante, en cuanto a la regla de subordinación bajo análisis, consiste en determinar que la Constitución ecuatoriana, en el Estado constitucional, es la fuente del derecho por antonomasia. Así se dispone en el art. 424: "La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica".

La subordinación al régimen imperativo de la Constitución del Ecuador de 2008 se ratifica en el art. 426: "Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución".

Naturalmente, la regla sobre la subordinación del Estado al derecho de la Constitución también requiere la franca explicitación del escalonamiento o gradación de los enunciados que integran el orden estatal.

Art. 425.- El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos. En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior. La jerarquía normativa considerará, en lo que corresponda, el principio de competencia, en especial la titularidad de las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados.

Sobre el constitucionalismo global —esto es, el DIDH—, en la segunda parte del art. 424 se instituye lo siguiente: "La Constitución y los tratados

internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconocan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público”.

No obstante, resulta sugestivo que la prescripción contenida en el art. 425 no colabora, precisamente, en la tarea de determinar la “equivalencia de las fuentes”, porque allí se lee: “El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales...”; significativamente, el “punto y coma” luego de “Constitución” tendrá que ser armonizado con la inteligencia también dichosa provista por el art. 424 de la misma estatura constituyente.

Para salvar cierta discordia normativa —que podría haber sido evitada, ante tanta profusión—, será necesario volcar la recta interpretación hacia la segunda parte del art. 426:

Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos.

En consecuencia, correspondería opinar que el poder constituyente ecuatoriano en 2008 optó por el sistema de equivalencia de las fuentes, en la inteligencia provista por la segunda parte del art. 424, que se coordina con el art. 426 recién citado.

Pareciera, pues, que la equivalencia de las fuentes operaría a condición de que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución. Ciertamente, se trata de un criterio constituyente razonable, pero del que no se puede predicar la adopción de un modelo de equivalencia liso y llano sin ninguna cortapisa.

La Constitución del Ecuador de 2008, en términos jurídicos, recién ha sido puesta en marcha. Posee interesantes novedades, algunas de ellas han sido referidas más arriba. Otras, como por ejemplo la contenida en el art. 95,⁽⁴⁷⁾ revelan una manifiesta intención de construir el orden estatal

(47) “Art. 95. Las ciudadanas y ciudadanos, en forma individual y colectiva, participarán de manera protagónica en la toma de decisiones, planificación y gestión de los asuntos públicos,

desde una perspectiva más ancha y sobresaliente que la ensayada por el constitucionalismo liberal solo preocupado por la esfera de libertad del individuo. La realización concreta del modelo pondrá de manifiesto el grado de protagonismo ciudadano en la configuración del orden alentado por la Constitución ecuatoriana.

En definitiva, la Constitución de la República del Ecuador de 2008 subordina al orden estatal. La estatura de sus enunciados asegura esta afirmación; al mismo tiempo, el DIDH, en las condiciones descritas arriba, también integra el escenario de más alta estirpe jurídica.⁽⁴⁸⁾

7.5. Estado mexicano

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos entró en vigor en 1917. En pocos meses celebrará sus primeros 100 años. Su antigüedad es solamente superada por los 162 años del texto fundacional del Estado argentino. Sin embargo, la Constitución mexicana ha sido

y en el control popular de las instituciones del Estado y la sociedad, y de sus representantes, en un proceso permanente de construcción del poder ciudadano. La participación se orientará por los principios de igualdad, autonomía, deliberación pública, respeto a la diferencia, control popular, solidaridad e interculturalidad. La participación de la ciudadanía en todos los asuntos de interés público es un derecho, que se ejercerá a través de los mecanismos de la democracia representativa, directa y comunitaria".

(48) El asunto no queda agotado ni clausurado; mejor aún: se encuentra abierto a debate. Ciertamente, al tratarse de una ley fundamental moderna y ambiciosa, llama la atención las dificultades que se observan en la configuración estrictamente normativa. No puedo desconocer la presencia del art. 438: "La Corte Constitucional emitirá dictamen previo y vinculante de constitucionalidad en los siguientes casos, además de los que determine la ley: 1. Tratados internacionales, previamente a su ratificación por parte de la Asamblea Nacional". Por ende, una posibilidad interpretativa sería la siguiente, en armonía con lo suscitado en el cuerpo principal de este escrito. Así, la Constitución del Ecuador y los instrumentos del DIDH "ya ratificados" (art. 424) tienen la misma jerarquía constitucional, lo cual no descartaría que el DIDH "por ratificar" (art. 438) sea considerado con una jerarquía infraconstitucional en cuanto están sujetos a control previo de constitucionalidad. Ahora bien, en rigor de la verdad, solo cabría hablar de jerarquía entre normas vigentes. De tal modo, no cabría hablar de jerarquía infraconstitucional de los DIDH "por ratificar" frente a la Constitución pues, simplemente, no están vigentes todavía. En cambio, sí tiene sentido hablar de jerarquía de los instrumentos del DIDH "ya ratificados" respecto de la Constitución; la cual, en el caso, sería idéntica o semejante. Mantengo, pues, la idea de que el constituyente ecuatoriano adoptó un sistema de equivalencia jerárquica entre la Constitución y el DIDH ya ratificado. Debo repetir: no ha sido la mejor redacción de las fórmulas normativas, porque, pese a la abundancia de reglas, no es fácil compaginar la realización armónica preferida por los asambleístas reunidos en Montecristi a juzgar por la ausencia de concisión y la atomización de diversos criterios que no siempre son coincidentes. Por último, la propia denominación del Título IX: "Supremacía de la Constitución" (que comprende arts. 424 a 444), hasta podría hospedar la idea de la cotización infraconstitucional del DIDH.

reformada en 223 ocasiones, mientras que, durante ese mismo período (1917-2015), la CF argentina ha sido reformada apenas en tres oportunidades, y una de las reformas —1949— fue dejada sin efecto.

En México, la regla sobre la variación observa una gran utilización.⁽⁴⁹⁾ Cabe señalar que los cambios constitucionales han sido heterogéneos, porque mantienen diferente alcance. Quizá haya predominado la idea de que la Constitución es una entidad mundana; y por tanto, no debe ser ídolo de ilustración ni ser juzgada como el producto inalcanzable de personas sabias o no sabias, que en su mayoría han muerto. No obstante, la intensidad y la profundidad de los propios cambios no autorizan a juzgar aquí si ha sucedido o no ha sucedido la pérdida del material normativo originario, o todo ha consistido en un desarrollo jurídico que ha permitido la manutención global de la arquitectura constitucional asumida en Querétaro hace casi un siglo.

El texto vigente se conforma del siguiente modo:

- Título Primero. Capítulo I: "De los Derechos Humanos y sus Garantías". Capítulo II: "De los Mexicanos". Capítulo III: "De los Extranjeros". Capítulo IV: "De los Ciudadanos Mexicanos".
- Título Segundo. Capítulo I: "De la Soberanía Nacional y de la Forma de Gobierno". Capítulo II: "De las Partes Integrantes de la Federación y del Territorio Nacional".
- Título Tercero. Capítulo I: "De la División de Poderes". Capítulo II: "Del Poder Legislativo". Capítulo III: "Del Poder Ejecutivo". Capítulo IV: "Del Poder Judicial".
- Título Cuarto. "De las responsabilidades de los servidores públicos y patrimonial del Estado".
- Título Quinto. "De los Estados de la Federación y del Distrito Federal".
- Título Sexto. "Del Trabajo y de la Previsión Social".
- Título Séptimo. "Prevenciones Generales".
- Título Octavo. "De las Reformas a la Constitución".
- Título Noveno. "De la Inviolabilidad de la Constitución".

Todo se despliega en 136 artículos, a los que corresponde añadir una variopinta colección de "Artículos transitorios".

El constitucionalismo puede ser comprendido desde su relación o referencia a las condiciones de existencia humana. Asumido que el monopolio de

(49) Brasil tiene un promedio de poco más de tres enmiendas por año; México se acerca a dicha dimensión y Colombia se mantiene cerca de dos reformas; si se intentase vincular con un promedio el sesgo del cambio constitucional, la Argentina ha aguardado, con la misma lógica, más de 32 años para cambiar reglas de su Constitución.

la fuerza descansa en el Estado —y también la centralización jurídica—, se intenta razonablemente que las relaciones entre las personas y las de estas con el Estado se desarrolle dentro de un orden de convivencia pacífica. Dependerá, entonces, vislumbrar si las determinaciones normativas se enlazan con la construcción de una sociedad de ciudadanos igualmente libres o si se enfatiza la traza de una mancomunidad de ciudadanos socialmente iguales o con cierta igualdad material de oportunidades. En otras palabras, el constitucionalismo liberal ha enfatizado en dar estabilidad y no empeorar las condiciones básicas; su carta de navegación, por tanto, descansa en un Estado respetuoso de la vida, de la libertad y de la dignidad. El constitucionalismo social introduce una variante singular, porque se edifica desde la perspectiva de un Estado promotor del desarrollo o mejoría de la condición humana; aquí, el proceso constituyente se orienta hacia el fomento y protección de la función de la propiedad, la educación, la salud, el trabajo, la familia, el ambiente y las riquezas naturales, entre otras categorías.

El texto original de la Constitución mexicana de 1917 da carta de ciudadanía normativa a robustos aspectos ameritados en el párrafo anterior; así, por ejemplo, las reglas sobre educación (art. 3º); la determinación de que la propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional corresponde originariamente al Estado; así como el dominio directo de todos los minerales "... o substancias que en vetas, mantos, masas o yacimientos, constituyan depósitos cuya naturaleza sea distinta de los componentes de los terrenos..." (art. 27); y, en el mismo artículo, el derecho del Estado de imponer en todo tiempo a la propiedad privada "las modalidades que dicte el interés público". Probablemente, el ícono normativo lo configure el Título Sexto: "Del Trabajo y de la Previsión Social", porque se destinan, por primera vez en América Latina, alrededor de 2000 palabras (todo en su solo artículo, el 123) para formular con estatura constitucional un verdadero código de la cuestión social: duración de la jornada laboral; vacaciones; minoridad; trabajo de mujeres; salario; igualdad de salario a igual trabajo, "sin tener en cuenta sexo ni nacionalidad"; accidentes del trabajo y de las enfermedades profesionales de los trabajadores, sufridas con motivo o en ejercicio de la profesión o trabajo que ejecuten; derecho de los obreros y de los patronos para coaligarse en defensa de sus respectivos intereses, formando sindicatos, asociaciones profesionales; reconocimiento del derecho de los obreros y de los patronos a las huelgas y los paros; entre otras cuestiones.

En cuanto a la subordinación jurídica del Estado, se concreta del siguiente modo, según el art. 39: "La soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo. Todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de éste. El pueblo tiene en todo tiempo el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de su gobierno".

A continuación, en el art. 40 se instaura, con propiedad, la determinación que obliga al derecho de la Constitución.

Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática, laica, federal, compuesta de Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior; pero unidos en una federación establecida según los principios de esta ley fundamental.

La gradación jurídica se contempla en el art. 113. Allí queda claro que la Constitución mexicana es el fundamento del Estado.

Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma —celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado—, serán la ley suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las constituciones o leyes de los Estados.

La supremacía al orden constitucional, como se leerá más abajo, asume una nueva vertiente a partir de 2011, fruto de la validación del DIDH, y no ha sido afectada. La base del orden jurídico estatal, por lo demás, se encuentra fuera de debate ante la genuina y clara disposición reguladora contenida en el art. 113 recién referenciado.

La Constitución mexicana contiene desde 1917 una regla sumamente original para el tiempo de su redacción, puesto que luego ha sido imitada por muchos Estados. Dedica el Título IX a la inviolabilidad de la Constitución, y dispone en el art. 136:

Esta Constitución no perderá su fuerza y vigor, aun cuando por alguna rebelión se interrumpa su observancia. En caso de que por cualquier trastorno público, se establezca un gobierno contrario a los principios que ella sanciona, tan luego como el pueblo recobre su libertad, se restablecerá su observancia, y con arreglo a ella y a las leyes que en su virtud se hubieren expedido, serán juzgados, así los que hubieren figurado en el gobierno emanado de la rebelión, como los que hubieren cooperado a esta.

Se trata de una regla semejante a una determinación de “clausura”⁽⁵⁰⁾ del orden instaurado; es decir, una regla que presupone la existencia de un proceso de decisión para identificar las consecuencias normativas del sistema y descalificar todas aquellas acciones que no se encuentran calificadas por el orden constitucional.

Desde 2011 se ha operado un relevante cambio en México, en el orden autorizado por su Constitución, en cuanto a una definición explícita sobre el ámbito del DIDH. Más allá del acierto o deficiencia que pueda hallarse o no hallarse en la propia formulación normativa, con seguridad se afirma que el sitio para emplazar este tipo de reglas lo constituye, sin dudas, el art. 1º de cualquier articulación constitucional. Así lo hacen saber los mexicanos:

En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.⁽⁵¹⁾

Ha de ser cierto que el Estado mexicano ha optado por un sistema de equivalencia de fuentes, en materia de DIDH. Además, favorecer a las personas en todo tiempo la protección más amplia elimina la posibilidad de pensar en algún matiz depredador o limitante del criterio de equivalencia adoptado.

(50) ALCHOURRÓN, CARLOS Y BULGIN, EUGENIO, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Bs. As., Astrea, 1998, pp. 189/196.

(51) Compárese la diferencia en la redacción con la referencia semejante contenida en el art. 93, párr. 1, de la Constitución de Colombia. Ver apartado 7.3.

8. Comentarios finales

Primero. El Estado, el derecho y la Constitución son entes artificiales; naturalmente, también lo es la asociación que da lugar a la mancomunidad: "Estado constitucional". El orden natural, si acaso fuese tal, no requiere de procesos de control, pero puede producir, ciertamente, situaciones de encantamiento al espectador o a quien realice o intente su comprensión. Por el contrario, el orden social, inventado por el hombre, sí requiere procesos de control. Sin embargo, las ordenaciones fundamentales desarrolladas por los artificios para el control social creados por él no deberían producir encantamiento acrítico, porque al no ser objetos naturales siempre reflejan una serie de relaciones de fuerza en constante cambio. Identificar la desigualdad de los hombres reviste tarea prioritaria en el examen del origen y desarrollo del Estado constitucional.

Segundo. El artificio constitucional constituye el cuarto elemento del Estado. Se ilustra un enfoque original: la conexión de la Constitución con el ente que fundamenta, el Estado. En el Estado ordenado u organizado con fundamentos en una Constitución, su constitucionalización nunca es cabal ni totalizadora.

Tercero. Las reglas constitucionales que fundamentan al mencionado Estado prescriben con bastante suficiencia la subordinación certera de su orden jurídico, la autorización detallada para su cambio formalizado, la distinción de las funciones controladas de sus poderes gubernativos y notable literatura sobre la acción de sus derechos fundamentales; baste señalar, por ahora, que la descripción constituye el resultado de una previa comprensión analítica, que guarda para cada regla un rasgo básico o manifestación preferencial de su entidad propia.

Cuarto. La Constitución, al fijar determinados procedimientos, cumpliría la función responsable de la más alta alcurnia atribuible a las formas jurídicas: alejar la paz. La regla sobre la subordinación está llamada a desarrollar un rol eminentemente procesal, porque la tensión entre individuo y Estado, el conflicto entre ciudadano y autoridad, imposible de resolver con rasgos definitivos, se disuelve a favor de ciertos procedimientos específicos. Recuérdese al respecto que, al subordinar la actuación estatal al derecho de la Constitución, dichos procesos confían el arraigo de determinada certeza. La naturaleza procesal queda fijamente establecida con la regla sobre la subordinación.

En los cinco Estados cuya arquitectura fundamental aquí se evalúa, la soberanía de la vida comunitaria se dispone por intermedio de una norma constitucional escrita. La concreción de la regla sobre la subordinación, entendida desde sus formulaciones normativas, resulta una verdad indiscutible. Sin temor a equivocarme, dicha tesis podría extenderse al conjunto de los Estados que integran América Latina, aunque en algunos casos con matices, porque la distancia entre idealidad constituyente y realidad político-constitucional asume tal relevancia que produce una devaluación de la regla sobre la subordinación del Estado al derecho.

Quinto. El Estado constitucional, en especial en América Latina, quizá signifique una ideación infinitamente más potente que su apropiada concreción en la realidad política y comunitaria, ya que la distancia entre idealidad constituyente y realidad política asume un grado significativo. Hace años se ha dicho que una "Constitución no hace en absoluto a un Estado, salvo en la más estricta significación literal, un auténtico Estado constitucional".⁽⁵²⁾ En ninguna de las líneas anteriores apelé al juego de palabras, porque juzgo relevante la cruda descripción, sin la complaciente veneración en que incurren ciertos intérpretes que creen posible un inexistente culto oficial a la constitución, olvidando la más genuina posibilidad entregada por la sociedad abierta: o todos realizamos el derecho constitucional, o el derecho constitucional es simplemente una nueva forma arbitraria e irracional de dominación. Tampoco ahora jugaré con las palabras. Bastará, por eso y para finalizar, una afirmación, con igual pureza teórica que la perseguida en el apartado 3: sin Constitución, no hay Estado constitucional. La subordinación jurídica del Estado al derecho de la Constitución, por de pronto, fomenta la ilusión de que los ciudadanos sean efectivamente iguales en libertad y el poder constituido constituya una zona de competencias limitadas sometidas al control racional. Hasta hoy, el ideal del Estado constitucional es la mejor herramienta inventada por el hombre para vivir en comunidad y no tiene rival...



(52) LOEWENSTEIN, KARL, *Teoría de la constitución*, op. cit., p. 161.

República, democracia y proceso

EFRAÍN QUEVEDO MENDOZA⁽¹⁾



1. Localización del problema

La preocupación por el estudio del proceso desde coordenadas constitucionales y políticas nace, en nuestra región (Sudamérica), a mediados del siglo XX con importantes aportes de Eduardo J. Couture y J. Ramiro Podetti, pero tiene una primera expresión generalizada en el procesalismo argentino desde el año 1972, cuando se celebró en Mendoza el VII Congreso Nacional de Derecho Procesal, bajo el lema “Constitución y Proceso”, proponiéndose a la reunión científica como primer tema “La independencia, autoridad y responsabilidad del Poder Judicial”.

En ese contexto, es solo en los últimos años, y fundamentalmente por obra de los constitucionalistas —embarcados en su gran mayoría en el denominado “derecho procesal constitucional”—, que se han planteado a la ciencia procesal sudamericana, sin que esta muestre un interés superlativo en su investigación, aquellos problemas estructurales que provienen de la inserción del Poder Judicial como poder del Estado.

No parece desacertado, entonces, un ex integrante de la Corte Suprema de Justicia de la Nación cuando, en el año 1994, apuntaba que “salvo excepciones, no puede hablarse de un verdadero desarrollo teórico del tema en América Latina”, en donde “ni siquiera podemos hablar de

(1) Profesor Titular por concurso de la cátedra “Teoría y Práctica Procesal II (Civil)”, de la carrera de Abogacía (Facultad de Derecho, UN Cuyo), hoy, jubilado. Director Académico de la Especialización en Derecho Procesal (Facultad de Derecho, Universidad Católica de Cuyo, sede San Juan).

una tradición de **teoría política de la jurisdicción**”, y aunque no puede ignorarse la producción científica al respecto “es inevitable convenir en que la misma es escasa en relación con el enorme desarrollo teórico en otra áreas, donde nuestra doctrina latinoamericana se halla al mismo nivel que los países centrales”, conjugándose “intereses” e “ignorancia” para “producir un panorama de poderes judiciales cuyas estructuras guardan cierta semejanza con las del mundo central del siglo pasado —se refiere al XIX—, salvo alguna que se acerca a las de finales de ese siglo”.⁽²⁾

Esta situación se mantiene a la fecha si tomamos como ejemplo las últimas grandes obras aparecidas en Argentina, por mérito de Enrique Mario Falcón, Osvaldo Gozaini y Adolfo Alvarado Bellosi, las que dedican al aspecto político de la función jurisdiccional del Estado, y a la estructura del órgano al que se asigna su ejercicio, un espacio desproporcionado en relación al resto del contenido de las obras.

Uno de los pocos integrantes de la escuela científica del derecho procesal que tempranamente recogió el guante de la realidad sociopolítica contemporánea —Clemente Díaz (lamentablemente desaparecido en la plenitud de sus potencialidades de jurista)— denominó el área como “fundamentos políticos del derecho procesal”.

Es que el Poder Judicial nació a la teoría política del Estado liberal como un ente inferior en la estructuración y funcionalidad de la organización del poder soberano. Prescindimos, obviamente, de la situación que tenía en las monarquías absolutas puesto que concentraremos nuestra atención en los Estados democráticos.

Uno de los precursores del diseño actual de la organización política del Estado democrático, John Locke, excluía a los órganos judiciales de los “poderes” entre los que se distribuía el ejercicio del poder político, focalizado en el Ejecutivo, el Legislativo, el Federativo y el de Prerrogativa, quedando la función juzgadora incluida dentro de la ejecutiva, en cuanto ambas “se conciben únicamente como aplicación de las leyes generales a los casos específicos”. Es Montesquieu quien eleva la función judicial a la categoría de poder del Estado, en posición equivalente al de los otros dos poderes. Sin embargo, también este autor minimiza la “*puissance de juger*” al declararla “*invisible et nulle*”, conforme a su idea de que “la mera subsunción de los hechos en la ley a través de la sentencia” no cumple “ningún papel

(2) ZAFFARONI, E. RAÚL, *Estructuras judiciales*, Bs. As., Ediar, 1994, pp. 19/20.

político” en el funcionamiento del Estado, siendo un “simple instrumento o cauce de la aplicación de la ley”, a cargo de órganos públicos que se desempeñan como “voceros de la ley”, “máquinas de hacer silogismos cuya única función se resume en la aplicación de la pena que la ley señala, puesto que la premisa mayor, la norma, está previamente establecida, y la premisa menor es fijada por el jurado”.⁽³⁾

La burguesía revolucionaria francesa de finales del siglo XVIII no asignó un lugar más alto al Poder Judicial.

El 22 de noviembre fueron suprimidos los Parlamentos. La ley de 16/24 de agosto de 1790 reorganizó el sistema judicial. Prohíbe que los tribunales hagan reglamentos y los obliga a:

... dirigirse al cuerpo legislativo siempre que sea necesario interpretar una ley o hacer una nueva (...) la sucesiva ley 27 de noviembre/1 de diciembre de 1790, sancionando la **prohibición para el juez de interpretar la ley** (...) instituía, junto al poder legislativo (y, por consiguiente, como órgano de este y no del poder judicial) un **tribunal de casación** con el cometido de **velar sobre las contravenciones al texto de la ley por parte del juez** y de provocar, en caso de dificultades interpretativas, un pronunciamiento clarificador del legislador a través del *referee legislatif*. Por ley 16/26 de setiembre de 1791, se instituyó el **jurado popular** con competencia en materia penal.

Esa última norma legal **prohibía** al juez:

juzgar los actos del poder ejecutivo y resolver cualquier controversia en la que fuese parte un sujeto público (con excepción de las de naturaleza penal), así como **dejar de aplicar o, peor aún, anular** los actos realizados por el ejecutivo violando la ley (...) en los albores de una fase histórica que habría de ver **dilatarse las competencias de la administración, toda la actividad de ésta quedaba sustraída al control jurisdiccional y cubierta por una suerte de inmunidad** (...)

La Revolución significó un **cambio de titularidad en el poder** que pasó a ser ejercido fundamentalmente **por la burguesía a través**

(3) HERNÁNDEZ, MARTÍN, *Independencia del juez y desorganización judicial*, Madrid, Civitas, 1991, pp. 48/49.

de la institución asamblearia, es decir, por medio de leyes. La soberanía nacional (nombre nuevo para el poder político), tenía que tomar precauciones con el **otro poder, el judicial**, que hacía efectivas o inútiles esas mismas leyes.⁽⁴⁾

Ya en el siglo XIX, Napoleón emprende la organización de la administración de justicia a través de la ley del 20/04/1810, destinada a servir de modelo (conocido como “modelo francés”), contrapuesto al “modelo anglosajón” que se caracteriza por ubicar al Poder Judicial como un órgano del Estado bajo la responsabilidad del Ejecutivo, quien designa a los funcionarios integrantes de aquel y controla, incluso, su carrera. El Tribunal de Casación integra, ahora, el Poder Judicial, pero es controlado por el Ejecutivo igual que el resto de los magistrados judiciales.

Este modelo, expandido en gran parte de la Europa continental, no niega, formalmente, la independencia del Poder Judicial, pero ella:

... permanece como valor ideológico, confiado a algunos signos externos y a algunas modestas especificidades del estatuto del magistrado, que no sirven para engañar los espíritus más lúcidos. Y en efecto, en el curso de siglo y medio durante el que imperó el modelo, el liberalismo político-democrático no cesó de denunciar la contradicción entre el sistema y los derechos del individuo. La tensión entre libertad y autoridad en las vicisitudes del Estado liberal es también lucha por restringir las prerrogativas del Gobierno sobre la organización judicial, a través de la creación de garantías institucionales específicas, dirigidas a limitar las competencias del Ejecutivo en la materia.⁽⁵⁾

En el propio Estados Unidos de Norteamérica, el primer presidente de la Corte Suprema —Jay— calificó al Poder Judicial como un poder “sin la bolsa y sin la espada”; la primera, en manos del Poder Ejecutivo y la segunda en las del Poder Legislativo.

Es claro que las democracias modernas instalan un Poder Judicial débil, sin la jerarquía institucional necesaria para arbitrar en el ejercicio del poder político por los órganos ejecutivo y legislativo.

(4) *Ibid.*, p. 49.

(5) SENESE, SALVATORE, “Democracia pluralista, pluralismo institucional y gobierno del Poder Judicial”, en *Corrupción y estado de derecho. El papel de la jurisdicción*, Madrid, Trotta, 1996, p. 51.

Esa debilidad en el origen histórico ha proyectado sus efectos en las dificultades que todavía hoy encuentra el Poder Judicial para legitimar su posición, de poder autónomo e independiente, frente a los otros poderes del Estado, incardinando al proceso judicial como un método democrático de producción del derecho, en el mismo plano en que se ubica la ley y el acto administrativo.

Se trata de localizar el fundamento, coherente con el sistema democrático, que justifique la existencia, dentro de ese sistema, de un poder del Estado circunscrito a la función de juzgar los casos regidos por las normas integradoras del orden jurídico estatal y controlar la legalidad de los actos de los otros poderes del Estado, dando adecuado sustento republicano a la obligatoriedad de sus procedimientos y decisiones

Esta es, ni más ni menos, la cuestión que nos hemos propuesto abordar ahora, en el marco de un “nuevo derecho” para un “nuevo Estado” y que debemos, no sin temores, afrontar.

2. Dificultades desde la ciencia política

El primer obstáculo con el que se encuentra quien incursiona por este empinado terreno de la ciencia jurídica proviene no tanto de esta como de la ciencia política que, desde su albor en la cultura grecolatina, no acierta con un criterio uniforme y medianamente seguro para individualizar y distinguir, nítidamente, las nociones de “democracia” y “república”, necesarias para satisfacer, mínimamente, las necesidades de quienes deben recurrir a ella para la construcción de un firme entramado conceptual en otros campos de las ciencias sociales, en particular del jurídico-procesal.

Destaca Giovanni Sartori que “en la medida que la ‘democracia’ ha llegado a ser un término universalmente apreciado, su contenido se [ha] dilatado abusivamente hasta convertirse en el más ambiguo de todo estos términos. No todos los sistemas políticos se declaran socialistas, pero hasta los sistemas comunistas se declaran democráticos. A partir de la segunda guerra mundial la ‘democracia’ se encuentra a la orden del día”; remata con una cita de Bertrand de Jouvenel, para quien “las discusiones sobre la democracia (...) carecen de valor intelectual, ya que no sabemos de lo que estamos hablando”.⁽⁶⁾

(6) SARTORI, GIOVANNI, *Enciclopedia Internacional de las Ciencias Sociales*, Madrid, Aguilar, 1974.

Otro tanto ocurre con la idea de “república” respecto de la cual se ha dicho, por Xifra Heras —siguiendo a Ruiz del Castillo—, que es la fórmula menos fijada por su contenido y más adaptable a todas las creaciones de la experiencia, más propicia al cambio y a la rectificación. Las aspiraciones de todos los partidos pueden moldearla; es tan indiferente a la sustancia que temporalmente encierra, como el vaso al licor que contiene. Entre nosotros se ha señalado el “abuso” y el “maltrato” que ha recibido el vocablo, al punto de vaciar su contenido.⁽⁷⁾

La volatilidad de la significación de estos dos términos en la ciencia política ha favorecido, inclusive, su frecuente utilización como sinónimos.

La estrecha vinculación que media entre ambos aspectos del régimen de gobierno se advierte con solo pensar que en nuestros días la democracia “no supone el ejercicio directo del poder sino la delegación del poder; no es, en resumen, un sistema de autogobierno, sino un sistema de limitación y control del gobierno”. No hay, como en Grecia, “identidad entre los que gobiernan y los que son gobernados”; ni siquiera “lo que llamamos “democracia directa” (iniciativa popular, referéndum, etc.) puede colmar el abismo que separa la democracia griega de la actual”,⁽⁸⁾ de donde resulta indudable que “en el mundo moderno democracia es, ante todo y sobre todo, un término normativo: no **describe** algo sino que **prescribe** un ideal”.

Frente a la perplejidad que provoca en quienes asistimos desde afuera a esta imponente creación científica, que busca comprender y, en lo posible, corregir los grandes sistemas de gobierno de las sociedades modernas, pero que, a la vez, debemos, necesariamente, servirnos de ella para construir nuestros conceptos y extraer conclusiones, aparece debidamente justificado que recurramos a la opinión que se nos muestra más adecuada, dentro de la ciencia especializada, para erigirse en la base de una construcción científica que permanezca adherida a las concepciones políticas que informan los cimientos constitucionales del orden jurídico, brindando así sustento normativo a nuestra construcción.

La Constitución argentina, y en general la mayoría de las latinoamericanas, enuncian el sistema “republicano” como una de las formas que adquiere el ejercicio del poder político (art. 1º CN).

(7) EKMEKDJIAN, MIGUEL A., *Tratado de Derecho Constitucional*, t. I, Bs. As., Depalma, 1993, p. 146.

(8) SARTORI, GIOVANNI, *op. cit.*

El régimen democrático es objeto de enunciación indirecta, en Argentina, en la Constitución de 1853, al designárselo por lo que constituye su arista más visible en el mundo contemporáneo: el carácter “representativo” con que se ejerce el poder político;⁽⁹⁾ mientras que su mención expresa se introduce recién en 1994 en los arts. 36, párr. 4, y 38, párr. 1, CN; el “principio de soberanía popular” se proclama en el primer párrafo del art. 37 CN, como base de la garantía del “pleno ejercicio de los derechos políticos” por la ciudadanía.

2.1. Noción de “democracia” en la Constitución Argentina

Para Schumpeter, citado por Sartori, la democracia se resuelve en “un dispositivo institucional para producir decisiones políticas, en virtud del cual los individuos adquieren el poder de decidir a través de una lucha competitiva por los votos del pueblo”; este, cuando es asumido como interés dominante en una sociedad política, se estructura a través de normas supremas del orden jurídico.

Es esa la idea nuclear que preside nuestra Constitución Nacional cuando instituye los “partidos políticos” como “instituciones fundamentales del sistema democrático”, y establece como manifestación del “principio de soberanía popular” la garantía a los ciudadanos “del pleno ejercicio de los derechos políticos”, entre los que enuncia expresamente el “sufragio (...) universal, igual, secreto y obligatorio” y la “igualdad real de oportunidades (...) para el acceso a cargos electivos y partidarios” (art. 37 CN).

Es, por lo tanto, acertado concluir que “el art. 1º de nuestra Constitución se adhiere a la democracia representativa”, adhesión que se confirma con su art. 22 que contiene una prohibición carente de otro fundamento que no fuere ese sistema de organización del Estado, y que aparece explícito con la Reforma de 1994.

2.2. Noción de “república” en la Constitución Argentina

La división de poderes constituye el punto central del sistema republicano de gobierno, fundado en la genial percepción de Montesquieu de que “para que no se pueda abusar del poder es preciso que por la disposición

(9) La forma representativa presupone, en el orden de normas donde se encuentra descripta, que el gobierno actúa en representación “del pueblo” y que “el pueblo se gobierna a sí mismo por medio de sus representantes”. Es la vieja tesis de la **democracia como forma de gobierno**, o democracia “popular”, en BIDART CAMPOS, GERMAN J., *Tratado elemental de Derecho Constitucional Argentino*, t. I, Bs. As., 1989, p. 146.

de las cosas el poder frene al poder”.⁽¹⁰⁾ La dogmática constitucional ha incorporado a aquella idea central otras que modelan el sistema, como la de **responsabilidad** en el ejercicio de las funciones públicas, la de **periodicidad** en los cargos, la de **publicidad** de los actos de gobierno, pero que no desplazan a aquella en su papel de tipificar el carácter republicano de un sistema de ejercicio del poder político.

Esa división, aunque clásicamente formulada por Montesquieu, aflora en el pensamiento antigüo, con Platón, Aristóteles y Polibio, de suerte que la originalidad de aquel radica en la circunstancia de haber diseñado la “división de poderes” como medio de asegurar la libertad, o sea, haber constituido la libertad en el eje —como escribe Legon— de una organización constitucional del Estado como salvaguarda máxima de libertad y antídoto eficaz contra el despotismo, prestando así consistencia, nitidez y fuerza de convicción a los elementos preexistentes de la doctrina; no era nueva la división de los poderes, sino que lo novedoso era el sentido dado a la división, consistente en detener el poder con el poder, es decir, creando en el seno mismo del poder la disposición adecuada para evitar y corregir el abuso con el fin de tutelar la libertad política.

El meollo del sistema radica en la asignación de un conjunto de atribuciones a cada uno de los órganos del Estado, asegurando su separación, y a la vez, el control mutuo y la colaboración en el ejercicio de sus funciones. Todo ello con el objetivo básico de garantizar las libertades individuales y agregamos, ahora, la plena vigencia y eficacia de los derechos humanos básicos.

2.3. La democracia republicana

Estos derechos humanos se erigen en el vértice de conjunción de la “democracia republicana” si se admite, con cierto sector de la doctrina neopositivista, y aún con un sentido en absoluto diferente, que “los derechos fundamentales (...) —de los derechos de libertad a los derechos sociales— operan como fuentes de invalidación o deslegitimación más que de legitimación”, por cuanto “representan no una autolimitación siempre revocable del poder soberano, sino, al contrario, un sistema de límites y de vínculos supra ordenado a él”, que operan “hacia, y si es necesario, **contra** el Estado, o sea, contra los poderes públicos aunque sean democráticos o de mayoría”.⁽¹¹⁾

(10) Citado por EKMEKDJIAN, MIGUEL A., op. cit., p. 157.

(11) FERRAJOLI, LUIGI, *Derechos y garantías*, 6^a ed., Madrid, Trotta, 2009, pp. 52/53.

La democracia republicana se integra así con el ejercicio del poder político por aquellos que han adquirido la potestad de adoptar decisiones a través del voto mayoritario del pueblo, en la medida en que el ejercicio de esa potestad se someta al control recíproco de la totalidad de quienes adquirieron porciones de ella y se comprometan con “la tutela de los derechos fundamentales, cuya violación por parte del soberano legitima la ruptura del pacto y el ejercicio del derecho de resistencia”.⁽¹²⁾

Sobre estas bases elementales nos moveremos para examinar la organización estatal a la que nuestro orden constitucional y legal asigna la función jurisdiccional y las normas de procedimiento que regulan el ejercicio de esta función, con el propósito de establecer si responden plenamente a las exigencias de un sistema democrático y republicano de gobierno.

3. La legitimación democrática del Poder Judicial

La asunción por el Estado del monopolio de la función jurisdiccional se encuentra **históricamente legitimada** en la necesidad de suprimir la defensa privada de los derechos, evitando que la falta de certeza en la tutela —jurídica— de que goza un interés —individual o colectivo— frente a otro, cuyo sacrificio es un medio necesario de satisfacción del primero, se convierta en fuente de enfrentamiento físico, e incluso moral, entre los sujetos de esos intereses y germen de la alteración de la paz social. La satisfacción del interés público en el mantenimiento de la paz social y de los intereses particulares de los sujetos de derecho justificó, y justifica aún, la monopolización estatal de la función de juzgar los conflictos y toda situación de incertidumbre o insatisfacción en que se encuentre un determinado interés —privado, colectivo o público— protegido por el derecho, sea que tal protección provenga de una norma particular del ordenamiento legal o de un principio general.

La **legitimación política** del ejercicio exclusivo de esa potestad por los órganos del Estado en el contexto de un Estado democrático, regido por el “principio de la soberanía popular”—según la fórmula elegida por el art. 37 CN— resulta bastante más dificultosa, sobre todo con relación a una estructura estatal que durante siglos permaneció como una dependencia del poder absoluto del Rey, y aun en países que abrazaron el sistema

(12) *Ibid.*, p. 53.

democrático de gobierno después de la Segunda Guerra Mundial se mantuvo dentro de la órbita del Poder Ejecutivo.

Si a ello se agrega que en nuestro sistema los integrantes del Poder Judicial no adquieren el poder de juzgar directamente del pueblo, sino de un concurso de órganos de origen electivo (art. 99, inc. 4, CN), luego de una selección a cargo de un Consejo de la Magistratura, cuyo origen tampoco es electivo (art. 114 CN)—de modo que aquellos no pueden arrogarse la representación directa del “soberano”—, encuentra explicación el **complejo de inferioridad** que sufre el Poder Judicial frente a los otros poderes del Estado, integrados por funcionarios elegidos directamente por el pueblo.

La legitimación democrática del ejercicio de la potestad jurisdiccional por el Poder Judicial, en forma exclusiva, se ha intentado desde distintos ángulos que repasaremos sintéticamente.

3.1. Legitimación de origen

3.1.1. Elección popular

La elección popular de los jueces fue el primer y natural recurso del Estado liberal para legitimar el poder de juzgar en cabeza de los órganos judiciales,⁽¹³⁾ aunque pronto esa legitimación en la fuente del poder encontró el obstáculo de la “deslegitimación” en su ejercicio, habida cuenta que aquella se lograba a costa de la pérdida de independencia de quien accedía a los favores del “soberano” a través de una singular estructura partidaria que condicionaba, luego de producida la elección, el sentido de los juicios que imprimen dirección a sus decisiones.

El concepto de “república democrática” importa un Poder Judicial alejado de todas las pasiones que imponen las coyunturas electorales, con el propósito de garantizar la objetividad en el juzgamiento de los derechos individuales, sociales y públicos, y asegurar el equilibrio de los poderes del Estado.

Esto es tanto más cierto en nuestros días en que se asigna al juez la función política de hallar la regla de conducta que rija el caso que se somete a su juicio y el remedio jurisdiccional apropiado a la tutela del derecho controvertido, colocándolo en una posición demasiado cercana a la de

(13) “El poder solo es legítimo cuando procede de la autoridad del pueblo y está basado en su consentimiento”, el cual puede provenir de “una mera presunción, en un supuesto no verificado”, como es el caso del nombramiento por “aclamación”, o resultar “verificado mediante procedimiento *ad hoc*”, en SARTORI, GIOVANNI, *op. cit.*

aquellos que conducen políticamente a la sociedad desde parciales posiciones ideológicas partidistas; de ello se sigue un riesgo cierto de que el medio de acceder a la función se convierta en un compromiso de fallar según las valoraciones afines a la ideología a través de la que el juez accedió a su cargo.

Sustraído el juez a los límites de la legalidad no puede, obviamente, quedar atrapado en el horizonte, más oscuro e indefinido, de la ideología gobernante.

3.1.2. Nombramiento ministerial

No tardó, entonces, la democracia liberal en desembarazarse de ese mecanismo legitimador, aunque para adoptar el régimen del nombramiento “ministerial”, dando forma a lo que se denominó el “modelo napoleónico” que desligó la fuente de legitimidad del poder de juzgar de las facciones políticas, pero sin lograr, de otro lado, incardinarlo como producto de un desinteresado consentimiento popular y, peor aún, sujetándolo, ahora, al arbitrio del gobernante (Ministro de Justicia) de turno.

La evolución hacia este modelo que se inicia a poco andar de la Revolución Francesa (Constitución del 25/12/1799) culmina en la Ley de Organización de la Justicia del 20/04/1810, en la que se deja el gobierno de la Administración de Justicia, incluida la designación de los jueces, en manos del Ministro de Justicia, y a través de este, del Emperador.

Entre nosotros el sistema adquirió la forma de la designación del juez por el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado o del Poder Legislativo, según el caso. La intervención de dos de los órganos integrados por funcionarios, cuyo nombramiento tiene raíz electiva —popular—, parecía favorecer la representatividad con que los jueces impartían justicia.

Los resultados concretos del sistema, vigente en Sudamérica desde hace un siglo y medio, no fueron satisfactorios y la representación popular, absolutamente mediata que confiere a la magistratura, no alcanza para legitimar democráticamente la función judicial.

La creación de consejos de la magistratura para la realización de una selección previa a la intervención de los órganos con representación popular directa, y en algunos casos para el nombramiento directo de los jueces, ha venido a resolver algunos de los problemas prácticos del sistema en orden a la óptima selección de los jueces, pero no alcanza por sí para legitimar

democráticamente el ejercicio de la función jurisdiccional por los magistrados integrantes del Poder Judicial.

3.2. Legitimación en la estructura del órgano

Del origen de la delegación del poder, la legitimación democrática se traslada a la composición del órgano juzgador a través de mecanismos de incorporación de ciudadanos comunes a las estructuras estatales que tienen la función de juzgar los casos concretos. Este es el sistema de participación popular en el ejercicio de la función jurisdiccional, a través del sistema de “juicio por jurados”, en el que, se ha dicho, “es el propio pueblo (...) quien directamente asume el ejercicio de una de las tres potestades del Estado: la potestad jurisdiccional (...) no es que la ‘justicia emane del pueblo’, sino que es el pueblo mismo quien la administra”.⁽¹⁴⁾

Nuestra Constitución transita por ese camino en lo que respecta a los “juicios criminales ordinarios” (art. 118 CN), aunque el legislador ha sido remiso en implementar el sistema a favor de la forma condicional en que ha sido concebida la proposición normativa, supeditando la vigencia del sistema a su establecimiento en toda “República”; brindó un razonable apoyo a la jurisprudencia para declarar que “La manda constitucional al Congreso Nacional de promover el establecimiento del juicio por jurados no se ha impuesto con el deber de proceder inmediatamente a ello (arts. 24 y 75, inc. 12 CN). En consonancia, se admitió constitucionalmente la espera de la instauración del juicio por jurados para “todos los juicios criminales ordinarios” para el Poder Judicial, hasta “luego que se establezca en la República esta institución” (art. 118 CN)”.⁽¹⁵⁾

En nuestros días se advierte un fuerte impulso de dar efectiva operatividad a la cláusula constitucional citada, implementando legislativamente este modo de legitimar democráticamente la función de impartir justicia, sobre todo en el área del proceso penal y con limitaciones importantes en orden al tipo de imputación delictiva que debe ser sometida a proceso.⁽¹⁶⁾

(14) MORENO CATENA, VÍCTOR; CORTÉS DOMÍNGUEZ, VALENTÍN Y GIMENO, SENDRA VICENTE, *Introducción al Derecho Procesal*, Madrid, Colex, 1996, pp. 29 y 117/118.

(15) TRIB. ORAL CRIM. N° 1 NECOCHEA, “Incidente de recusación respecto de los autos caratulados ‘Lantaño, María del C. Espinazo, Ángel Jesús. Neris, Laura Isabel s/ Promoción y Facilitación Prostitución de Menores y Mayores’”, noviembre de 2005, Expte. T.C. 3977-0244, del voto de la Dra. Irigoyen Testa.

(16) La ley 14.543 instituyó el sistema de enjuiciamiento en la Provincia de Buenos Aires —para “delitos cuya pena máxima en abstracto excede de quince (15) años de prisión o reclusión o,

El fundamento político de la institución es que introduce “un principio de legitimidad” que consiste en la participación del pueblo en la decisión de los conflictos de derecho. Afirman con énfasis los partidarios del jurado que “si la Democracia es el gobierno del Pueblo, por el Pueblo y para el Pueblo, el Jurado es una herramienta eficaz”⁽¹⁷⁾ y que “desde el punto de vista de la estricta legitimación democrática no cabe duda alguna de que el jurado constituye la fórmula más perfecta de participación popular en la justicia, pues a través de él los ciudadanos asumen directamente la función jurisdiccional”.⁽¹⁸⁾

Tengo para mí que el fundamento político que se busca en la estructura popular del órgano juzgador no supera el que se localiza en el origen de la delegación que el pueblo realiza a través del sufragio universal, y encuentra, según mi particular opinión, similares obstáculos prácticos en su funcionamiento, aunque de orden muy diferente.

La participación popular que se obtiene de la incorporación de un grupo de ciudadanos, seleccionados por azar, a los órganos judiciales encargados de ejercer la función jurisdiccional, es, a mi criterio, mínima y por completo insuficiente para brindar base democrática al juicio que emiten tales órganos, alcanzando apenas para asumir un carácter simbólico que no traduce la efectiva opinión de la mayoría de la soberana voluntad del pueblo en la formación del juicio particular en el que se sustenta la decisión.

El jurado es un órgano judicial solo simbólicamente representativo de la voluntad popular puesto que esta se adscribe al “pueblo”, tomado aquí como un término singular con el objeto de atribuirle, parafraseando a Sartori, un consentimiento meramente presunto, “en un supuesto no verificado”.

Para dar base a esa presunción de consentimiento popular, la adopción del jurado requiere una sustancial transformación en la manera de formar

tratándose de un concurso de delitos, alguno de ellos supere dicho monto” (art. 22 bis CPP)—; la provincia de Neuquén lo adoptó en el nuevo Código Procesal Penal (ley 2784); la provincia de Chubut lo contempla en el Código Procesal Penal (ley 5478); Río Negro incorpora el juicio por jurados en el nuevo Código Procesal Penal e instituye un período de vacancia hasta 2018; existen varias iniciativas de juicio por jurados en el Parlamento, entre ellas la del senador nacional Eugenio Artaza.

(17) MOONEY, ALFREDO, *Juicio por jurado popular*, 4^a ed., Córdoba, Editorial Francisco Ferreira, 1999, pp. 488/489.

(18) GIMENO SENDRA, VICENTE, *Introducción al Derecho Procesal*, 2^o ed., Madrid, Colex, 2004, p. 21.

la decisión del litigio, la que deja de ser el producto de una argumentación racional fundada en el conocimiento de los hechos y en la discrecional aplicación del derecho.

Una especie de fe en el hombre común y en el sentido intuitivo de justicia viene a reemplazar al racional análisis de los instrumentos técnicos de conocimiento de la realidad que se juzga y la prudente elección de la norma jurídica que los contempla y que brinda la solución que debe aplicarse a los hechos conocidos. La posición del jurado frente al conflicto se ha descripto, entre nosotros, diciendo que: "El jurado busca esa justicia que al decir de Chevalier es un ideal porque es un misterio y es un misterio porque es un ideal. La razón cartesiana es una vía de conocimiento, el Jurado popular usa la razón cotidiana de la diaria cultura de vivir y apela en términos pascalianos a las razones del corazón que la razón no entiende".⁽¹⁹⁾

La coincidencia de ese enfoque de la función de juzgar con las modernas corrientes filosóficas analíticas (L. Wittgenstein) y estructuralistas (Lévi Strauss, Foucault y Althusser) que, de algún modo, culminando la línea de la filosofía crítica kantiana y conduciéndola a su máximo extremo, proclaman la reducción del conocimiento a la "crítica del lenguaje", explica el nuevo impulso que ha adquirido en nuestros días el sistema de juzgamien-to por jurado.

Ciertamente no puede pretenderse aislar el espíritu judicial, desprendiéndolo de sus afectos y sentimientos, para exigirle una decisión con base puramente racional; ciertamente el juez no es una "máquina de hacer syllogismos". Pero en la decisión deben converger, y de hecho convergen, la intuición, el sentido común y el raciocinio, sin que deba descartarse el sentimiento del juez incentivado por la calidad de persona que reviste, en última instancia, el objeto sobre el que recae su decisión. "Para el juicio sirve precisamente el **sentido del todo o sentido del ser**" lo que no es otra cosa que "**el buen sentido o sentido del bien**". Por eso la primera condición del juez, más importante que el raciocinio, debe ser el **buen sentido**", útil para el comienzo de la labor decisoria que se inicia con la formación de "**hipótesis de trabajo**: necesarias precisamente para establecer un punto de partida sobre el cual razonar".⁽²⁰⁾ Luego de razonar para motivar la hipótesis de trabajo, el juez debe decidir y ello es un acto de voluntad y,

(19) MOONEY, ALFREDO, *op. cit.*, p. 496.

(20) CARNELUTTI, FRANCISCO, *Derecho y proceso*, Bs. As., EJEA, 1971, pp. 245/246.

por lo tanto, de elección: “el pensamiento no basta para agotar el iter de la decisión. Al final como se ha dicho ya hay un salto. Elegir quiere decir saltar, y nadie salta si no se fía de superar el obstáculo”.⁽²¹⁾

Quiero ir más allá, todavía, y sostener aquí que la base espiritual del juicio debe ser el amor, aunque esto pueda parecer una excentricidad. No he podido resistir la tentación de transcribir algunas reflexiones que, hace algún tiempo no lejano, hizo Héctor Tizón, escritor de alto nivel literario y ex juez del Superior Tribunal de Jujuy, a la revista *Rumbos*, aparecidas en la edición del domingo 10 de setiembre de 2012. Dijo en esa ocasión el juez novelista:

Si un juez no se commueve por los semejantes tiene que dedicarse a otra cosa. Si no es capaz de ponerse en el lugar del otro nunca va a acertar, más allá de las leyes. Si no es capaz de reír o de llorar nunca va a ser un buen juez (...) Si un juez no tiene capacidad de amor, la sociedad que lo ha nombrado juez no puede estar segura. Eso es lo esencial, todo lo demás lo puede lograr afuera, sin hacer daño como juez.

Este razonamiento “explica la aspiración que resurge siempre a admitir en los colegios juzgadores profanos en derecho, en los cuales el buen sentido no ha sufrido ninguna deformación por efecto de la cultura jurídica”;⁽²²⁾ sin embargo, en nuestra opinión, esa condición necesaria en el espíritu del juzgador no puede llevarse al extremo de suprimir su raciocinio, necesariamente sustentado en reglas científicas y técnicas para el conocimiento de los hechos —pruebas— y en normas jurídicas para atribuirles el particular valor que les corresponde —justo concreto—.

3.3. Legitimación en el ejercicio y en el resultado

La doctrina constitucionalista argentina, con apoyo en el texto constitucional, ha preferido derivar la legitimidad del Poder Judicial como órgano independiente dentro de un régimen estatal democrático, en el ejercicio que los jueces hacen de la potestad jurisdiccional, permitiendo que sean las valoraciones predominantes en la sociedad política las que guíen el juicio que nutre cada sentencia que decide un conflicto particular.

(21) *Ibid.*, p. 252.

(22) *Ibid.*, p. 246.

Esta vía indirecta constituye, también, una modalidad de la representación democrática en cuanto la voluntad real del pueblo, expresada en los valores fundamentales que forman, integran y se expresan en la opinión pública, se refleja a través de una razonada explicitación de la existencia de tales valores y del modo en que deben operar en cada relación singular regida por el derecho.⁽²³⁾

La publicidad de los fallos, conjugada con la libertad de expresión y de prensa impuestas por el régimen republicano de gobierno, complementa esta fuente de legitimidad democrática del Poder Judicial, dando oportunidad a que el pueblo tenga acceso irrestricto a los fallos judiciales y se exprese en cuanto a si su contenido responde efectivamente a sus valoraciones y creencias, descalificando aquellos jueces que le dan la espalda formando sus juicios con parámetros políticos, morales y económicos contrarios a aquellos valores y creencias.

Por otra parte, el Poder Judicial independiente es necesario para establecer y garantizar el equilibrio de poderes que viene impuesto por la Constitución y que es condición del Estado democrático, entendido como un sistema de controles. Sin la existencia de un órgano independiente que controle el cumplimiento de las normas supremas del orden jurídico por los poderes políticos, estos quedarían libres de imponer arbitrariamente sus mandatos amparados en la fuerza que les imprime el voto mayoritario. La legitimación se extrae así de la necesidad funcional que la democracia tiene de un Poder Judicial autónomo y sujeto solo al orden jurídico. En este sentido se ha dicho que: "Una institución es democrática cuando es funcional para el sistema democrático, es decir, cuando es necesaria para su continuidad, como sucede con el judicial. Cuando se dice que el poder judicial tiene legitimidad constitucional pero no legitimidad democrática, se ignora su funcionalidad democrática".⁽²⁴⁾

Conforme esa perspectiva, lo que transmite legitimidad democrática al Poder Judicial es "su ya mencionada utilidad para la estabilidad y continuidad democrática. Es verdad que no es indiferente la forma de selección, pero en este aspecto lo importante será decidirse por el que sea más

(23) "[H]ay quienes apuntan que la legitimidad democrática del Poder Judicial deriva más que de su legitimidad de título, de su legitimidad de ejercicio, en el sentido de que a través de sus sentencias, si son correctas y proyectan los valores y creencias sociales, y si cuentan con consenso, dicho Poder Judicial será igualmente democrático y podrá, incluso, superar en representatividad al mismo Parlamento", en SAGÜES, NÉSTOR P., *El tercer poder*, Bs. As., LexisNexis, 2005, p. 7.

(24) ZAFFARONI, E. RAÚL, op. cit., p. 41.

ídóneo para el cumplimiento del cometido democrático y ello no puede depender de un dato meramente formal".⁽²⁵⁾

La misma conclusión se extrae de una visión neopositivista, desde la cual se ha dicho que:

En esta sujeción del juez a la Constitución y, en consecuencia, en el papel de garante de los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos, está el fundamento principal actual de la legitimación de la jurisdicción y de la independencia del poder judicial de los demás poderes, legislativo y ejecutivo, aunque sean —o precisamente porque son— poderes de mayoría. Precisamente porque los derechos fundamentales sobre los que se asienta la democracia sustancial están garantizados a todos y cada uno de manera incondicional, incluso contra la mayoría, sirven para fundar, mejor que el viejo dogma positivista de la sujeción a la ley, la independencia del poder judicial, que está específicamente concebido para garantía de los mismos. En consecuencia, el fundamento de la legitimación del poder judicial y de su independencia no es otra cosa que el valor de la igualdad *en droits*: puesto que los derechos fundamentales son de cada uno y de todos, su garantía exige un juez imparcial e independiente, sustraído a cualquier vínculo con los poderes de la mayoría y en condiciones de censurar, en su caso, como inválidos o como ilícitos, los actos a través de los cuales aquellos se ejercen.⁽²⁶⁾

La democracia requiere, entonces, de un Poder Judicial independiente para que los conflictos con relevancia jurídica encuentren soluciones acordes con las valoraciones y creencias enraizadas en el cuerpo político, y los poderes constituidos deban ajustar su actividad al texto constitucional respetando, irrestrictamente, los derechos fundamentales de la persona.

3.4. La intervención del soberano en el nombramiento de los jueces

Queda, todavía, en pie la crítica formulada por Sartori al modo "behaviorista" de entender la democracia que la identifica "por la actividad de sus líderes, más que por el método utilizado para su selección", reduciendo el sistema de organización del Estado a "un gobierno para el pueblo",

(25) *Ibid.*, pp. 43/44.

(26) FERRAJOLI, LUIGI, *op. cit.*, pp. 26/27.

cuando, considera el jurista italiano, “la cuestión radica en decidir si el altruismo político debe dejarse en manos de los dioses o si debe asegurarse parcialmente por medio de estructuras y procedimientos democráticos”; ello teniendo en cuenta que “la forma de comportarse de los gobernantes no basta para calificar un sistema político”; “gobernar **para** el pueblo es ‘demofilia’, no democracia”.⁽²⁷⁾

Estas reflexiones nos convencen de que si bien el Poder Judicial recibe una cierta legitimación democrática en el ejercicio de la función jurisdiccional, cuando por su intermedio adquieran real vigencia los valores privilegiados por la comunidad política y se garantiza el respeto por los derechos individuales y la sujeción de todos los poderes del Estado a las normas constitucionales, esa legitimidad no puede quedar absolutamente desligada del origen que tiene el poder que se ejerce en cada caso, que no puede ser otro que la voluntad del pueblo, directa o indirectamente expresada.

El órgano de selección de los jueces, el denominado por nuestra Constitucional Nacional “Consejo de la Magistratura”, debe adquirir en forma directa la delegación del poder popular, siendo sus miembros designados por el voto directo del cuerpo político del Estado. La representación política que recibirán los jueces, si bien continuará siendo indirecta, reducirá sustancialmente la distancia excesiva que media entre la voluntad popular y el nombramiento del encargado del ejercicio de la función y la cantidad de intermediarios que se interponen entre una y otro —que diluye totalmente la relación entre representado y representante—, lo que ha dado lugar a graves problemas institucionales recientemente experimentados.

La integración y funcionamiento de este órgano de selección deviene así esencial para la legitimación democrática del Poder Judicial, aunque, como se ha señalado desde una perspectiva constitucional, aquel “puede operar como una pieza eficaz de saneamiento del sistema judicial siempre que esté honesta e inteligentemente diseñado”; caso contrario, desempeñará un “triste e innoble papel”.⁽²⁸⁾

Refiriéndose al papel que ese organismo desempeñó en las democracias constitucionales europeas de posguerra, se ha dicho que sustrae “al Ejecutivo cualquier posibilidad de injerencia sobre la administración de la jurisdicción”, revelándose “como esencial para conciliar la independencia de los jueces

(27) *Ibid.*

(28) SAGÜES, NÉSTOR, *op. cit.*, p. 281.

con su pertenencia a una magistratura profesional formada por sujetos ligados por una relación de servicio con el Estado”, finalidad que obtendrá siempre que participe “en su propio interior de las dinámicas del pluralismo”.⁽²⁹⁾

3.5. La base igualitaria de la democracia y su repercusión en el proceso judicial

La colaboración entre el juez y las partes para la formación de la sentencia es un método de producción del derecho que “se ha presentado espontáneamente por las exigencias del *iudicium* necesario para la aplicación de la ley cuando las partes no lo logran por sí mismas (...) la colaboración de las partes comienza a ser necesaria para hacerle saber que hay necesidad de él y en segundo lugar para hacerle conocer el caso, en torno al cual de otra manera, por lo general, no podría estar informado (...) esta colaboración es compleja y debe ser regulada”, y como quiera que sea, “es un modo de ser indispensable de la jurisdicción”.⁽³⁰⁾

Ese modo de producción del derecho, particular de la jurisdicción y que la distingue de las otras funciones del Estado, encuentra en la igualdad de las partes el reflejo de la base de igualdad que requiere todo régimen democrático de gobierno. Si no hay igualdad no hay democracia, y no hay proceso si quienes recurren a él para obtener la satisfacción de sus derechos o intereses legítimos no encuentran las mismas posibilidades de hacer valer las razones y las pruebas en que se funda la legitimidad de la pretensión o la resistencia que cada cual ejercita.

No ignoro los problemas y polémicas que ha generado la reglamentación de este principio, relativos, entre otros, al modo en que debe entenderse el denominado “principio dispositivo”, que sin embargo no abordaré aquí pues su exposición y crítica demandaría un espacio con el que obviamente no cuento.

No he querido soslayar, pese a todo, un problema práctico, vinculado con el imperativo de igualdad, que se genera, precisamente, a raíz de las legislaciones que han diseñado la posición del juez sobre la base de un modelo “activista”, que le confiere poderes de dirección respecto de las formas y del objeto material del proceso, erigiéndolo en figura central no solo del momento decisorio, sino, además, de la actividad instructoria.

(29) SENESE, SALVATORE, *op. cit.*, pp. 52 y 55.

(30) CARNELUTTI, FRANCISCO, *op. cit.*, p. 37.

Eludiendo la gran polémica que estas legislaciones han generado en orden a la validez constitucional de ese agigantamiento de la figura del juez, como motor y verdadero hacedor del proceso judicial, nos interesa dejar planteado el grave problema que este modo de reglamentar el proceso judicial genera con relación a la exigencia de igualdad.

Las legislaciones que han abrazado ese sistema de juzgamiento —entre ellas, la mayoría de las que rigen en nuestro país— no se han ocupado, paralelamente, de dotar a los órganos judiciales, presididos por el “juez director”, de los instrumentos mínimos adecuados para que el cúmulo de poderes con que se lo reviste pueda ser ejercitado en todas y cada una de las causas que se le asignan para su conocimiento y decisión.⁽³¹⁾

En tales condiciones, la dirección del proceso se asume por el juez en un reducido número de causas —con exclusión de la gran mayoría de las que tramitan en su tribunal— que él selecciona con un criterio totalmente discrecional —no reglado—, y en no pocas ocasiones arbitrario, utilizando parámetros a veces inconfesables —como es el conocimiento de alguna de las partes o de sus letrados o el propósito de ganar prestigio o popularidad— que privan de justificación a la desatención del grueso de los casos que se han sometido al amplio poder de dirección que le difiere la ley procesal, generando un evidente desequilibrio entre los justiciables que litigan ante ese tribunal.

Esta desigualdad evidente en el trato que el juez dispensa a las causas que tramitan en su despacho, impuesta por los instrumentos materiales con que debe operar el ordenamiento procesal, debe ser considerada a la hora de optar por el sistema de juzgamiento a efectos de elegir aquel que, de acuerdo con los medios —humanos y materiales— que se pondrán al servicio de la función, asegure un trato igualitario a los justiciables que acceden a los estrados de la justicia; único modo en que los mandatos que se formen en el ejercicio de la función de juzgar, y conforme a aquél

(31) Esa carencia ha merecido una justificación jurídica en la doctrina publicista del proceso a través de la distinción entre “deberes” y “facultades” del juez, la que, sin embargo, es propia “de una concepción privado-civilística del proceso” —DÍAZ, CLEMENTE, *Instituciones de Derecho Procesal*, t. II, v. A, Bs. As., AbeledoPerrot, 1972, pp. 209/210— que se contrapone con el sistema adoptado por las leyes procesales (arts. 34, 35, 36 CPCCN y cc.) respecto de las cuales se construye aquel intento de explicación técnica a un problema que, como se dice en el texto, es eminentemente práctico. Ciertamente, desde una perspectiva publicista del proceso judicial, solo es posible “contemplar como deberes los poderes y facultades de los jueces”, en SENTÍS MELENDO, SANTIAGO, *Desarrollo del proceso. Deberes del juez y carga de las partes*, en *Revista de Derecho Procesal*, t. IV, Madrid, 1964, p. 26).

ordenamiento, encuentren suficiente fundamento democrático al responder a idéntico método de formación.

4. Las exigencias del sistema republicano

La democracia, tal como la hemos concebido precedentemente, no se basta a sí misma para garantizar la pureza de la función juzgadora en cada caso concreto, sino que requiere de otras condiciones que vienen impuestas por las normas constitucionales que establecen y reglamentan el sistema republicano de gobierno, al cual también nos hemos referido al comienzo de nuestra exposición, focalizando en la división de los poderes del Estado la nota central de su significación institucional.

Ahora bien, interesa destacar, por lo que diremos luego, que Maurice Duverger ha desarrollado la tesis de que los verdaderos contrapesos del Estado son la justicia y la prensa libre, probablemente ante la frecuente confusión que es dable observar entre los denominados “poderes políticos”, esto es, entre el Poder Ejecutivo y el Legislativo.

Ese papel protagónico que le toca desempeñar al Poder Judicial en el juego armónico de los poderes del Estado exige que su función sea ejercida con absoluta autonomía, sin dependencia de instrucciones que puedan provenir de los poderes políticos —Ejecutivo y Legislativo— ni de ningún otro interés que no sea el de hacer cumplir la ley en cada caso que los titulares de derechos subjetivos o intereses protegidos por ella se lo requieran.

De nada valdría un órgano integrado democráticamente si debiera resolver los litigios según las imposiciones emanadas de los departamentos estatales que ejercen función política o con miras a la protección de intereses —particulares, públicos o colectivos— ajenos a los que el orden jurídico tutela.

Esto es lo que se denomina en la ciencia constitucional como **independencia** del Poder Judicial; entendida, a veces en un sentido muy restringido, como ausencia de sujetaciones a los criterios políticos impuestos por los otros Poderes del Estado, tiene, ciertamente, un sentido mucho más amplio, comprensivo de la distancia que debe mediar entre el juez y cualquier interés que no fuere el que viene tutelado por la norma jurídica que debe aplicar.

La misión de poder de control o moderador que el sistema constitucional argentino ha asignado al órgano jurisdiccional, al atribuirle la función de establecer en cada caso la constitucionalidad de las leyes y revisar la legitimidad de la función administrativa, exige la adopción de especiales

mecanismos de garantía de la independencia del juez de los Poderes Ejecutivo y Legislativo.

Ello no es óbice para que deba, también, resguardarse a los jueces de otras influencias que, de hecho, pueden sufrir en la sociedad contemporánea, provenientes de grupos de poder o de sectores sociales que con su accionar tienen capacidad de presionar la voluntad de aquellos y apartarla del puro interés en cumplimiento de la ley.

Esta exigencia de independencia del juez se profundiza en las democracias constitucionales modernas, en las que se difiere al juez no solo una sujeción estricta a la ley —en la aplicación de una regla de composición del conflicto, general, abstracta y proveniente de un órgano diferente, y en la conducción de un procedimiento reglado, también, por normas legislativas—, sino, además, la individualización de aquellos interés merecedores de tutela jurídica y de los mecanismos idóneos para protegerlos y darles eficacia real.

4.1. El juez frente a los otros poderes del Estado

En un sentido primigenio **independencia judicial** significa que “como órgano del Estado y en la esfera funcional de sus decisiones, el Poder Judicial no debe estar sometido a ninguno de los demás órganos del cuerpo político”.⁽³²⁾

Para resguardar esa particular posición institucional del Poder Judicial las constituciones que han seguido la tradición norteamericana han previsto una serie de garantías, entre las que se encuentran: la **inamovilidad** de los jueces; la **intangibilidad** de sus remuneraciones; la **prohibición del ejercicio de la función judicial** por el Poder Ejecutivo; y una serie de **incompatibilidades** que aseguran la asepsia del juez con relación a cualquier interés que no fuere el de la ley que debe aplicar.

Los intentos de avance de los poderes políticos del Estado, especialmente del Ejecutivo sobre el Judicial, favorecidos por la debilidad que muestra este a la hora de la asignación de los recursos y su vulnerabilidad derivada de la mucho menor capacidad para influir en la formación de la opinión pública, han generado la necesidad de fortalecer el Poder Judicial como mecanismo endógeno para garantizar su independencia, amenazada constantemente por encima de aquellas garantías constitucionales.

(32) SAGÜES, NÉSTOR, *op. cit.*, p. 53.

En el derecho comparado la doctrina constitucionalista ha detectado dos modelos para alcanzar aquel resultado:

- a. el **norteamericano**, que opta por dotar al Poder Judicial de sólidos resortes políticos, como el control difuso de constitucionalidad y la revisión de la legitimidad de los actos administrativos, y de una estructura, administrativa y financieramente independiente, dirigida por una cabeza autónoma (Corte Suprema de Justicia);
- b. el **europeo**, que sigue el camino inverso, restringiendo las atribuciones del Poder Judicial a la sola interpretación y aplicación de la ley —es decir, a una función estrictamente jurídica, técnica, profesional—, transfiriendo los papeles de raíz “política”, como el gobierno de la burocracia judicial y el control de los otros poderes del Estado, a órganos extrapoderes o pertenecientes al mismo Poder Judicial pero con amplia autonomía funcional.⁽³³⁾

En nuestro país —como en otros de Sud y Centro América— se ha producido un entrecruzamiento de sistemas a raíz de que la Constitución de 1853 diseñó un Poder Judicial con matriz norteamericana y la Reforma de 1994 superpuso el modelo europeo, de lo que resultó un sistema híbrido que no ha favorecido al fortalecimiento de aquel y que, por el contrario, ha generado toda clase de problemas que, inversamente a lo perseguido, vienen poniendo en riesgo la independencia judicial.

Podemos señalar, al menos, los conflictos entre la CSJN y el Consejo de la Magistratura relativos al gobierno y administración del Poder Judicial.⁽³⁴⁾

La contracara de esa situación lo constituye el desmedido avance del Poder Judicial sobre los otros poderes del Estado, en un imprudente ejercicio de las atribuciones de control que le difiere la Constitución. Esto, como se ha señalado, en innumerables casos debilita al Poder Judicial y pone en peligro su independencia.⁽³⁵⁾

(33) *Ibid.*, pp. 10/12.

(34) El Consejo de la Magistratura de la Nación promueve acción declarativa en los términos del art. 322 CPCCN, a fin de que se declare la invalidez del decreto de necesidad y urgencia 557/2005 que al distribuir la asignación presupuestaria del 3,50% de los recursos del Tesoro Nacional entre la Corte Suprema y el Consejo de la Magistratura, apartándose de lo previsto en el art. 2º de la ley 23.853; vulnera el art. 114 CN, máxime cuando la norma modificatoria —decreto de necesidad y urgencia— no satisface los requisitos previstos en el art. 99, inc. 3 CN. Asimismo, solicita como medida cautelar que se ordene al Poder Ejecutivo suspender la aplicación del decreto citado (fs. 2/20) (CNAC. CONT. ADM. FED., SALA III, “Consejo de la Magistratura del Poder Judicial de la Nación c/ Estado Nacional”, 21/02/2006).

(35) “El funcionalismo suele afirmar que un conflicto puede pasar de la esfera política a la judicial y viceversa, según convenga a su mejor solución dentro del sistema”, transferencia que “no siempre responde a una mejor solución, sino que, a veces, se lo deriva de lo político a lo judicial porque se sabe que allí no será resuelto”, y se produce un traslado “de la responsabi-

4.2. El juez frente a los grupos sociales de presión

Los cambios que ha sufrido la sociedad moderna, a partir de la revolución tecnológica, la globalización de la economía, la grave exclusión social en la que ha derivado un capitalismo sin límites éticos, el ascenso de los valores hedonísticos, la desjerarquización de la soberanía estatal y la globalización del poder político, han producido la aparición de un nuevo frente de tormenta para la tan amenazada independencia del Poder Judicial, proveniente, ahora, de la sociedad en la que se producen los conflictos e incertidumbres que el juez debe decidir o despejar. Esa amenaza viene protagonizada por ciertos sectores de la sociedad, a saber:

- a. grupos sociales de presión, movilizados por dos fuerzas contrapuestas: interés en la defensa de grandes capitales; interés en expresar el descontento de amplios sectores de la sociedad por su exclusión de los beneficios del crecimiento económico;
- b. modernas vías de formación de opinión pública que buscan incidir sobre la voluntad de los jueces para forzar decisiones favorables a los intereses que representan.

Este inédito panorama proviene de los siguientes ámbitos:

- a. **sociedad**: empresas; grupos empresarios; sindicatos; organizaciones de defensa de intereses colectivos; reunión de excluidos —"piqueteros"—; etc.; y
- b. **prensa**: escrita, gráfica, oral y televisiva.

Dejamos solo enunciada esta compleja problemática que afecta hoy a la función jurisdiccional del Estado, en razón de la necesidad de extender y profundizar en su análisis y por los límites de espacio que, razonablemente, han sido establecidos para nuestro aporte.



lidad a la agencia judicial, a la que, por su mayor vulnerabilidad [menor poder] es mucho más sencillo imputarle inoperancia, inefficiencia, negligencia, corrupción, etc. Los operadores de las agencias políticas están mejor entrenados que los jueces en lo que hace a manipulación de la opinión pública. Esto les permite desplazar conflictos generando falsas expectativas de solución en el ámbito judicial. Los jueces, por su parte, frecuentemente sienten satisfecho su narcisismo en la medida en que, por derivársele graves conflictos sociales, se sienten proyectados al centro de atención pública. De este modo, no caen en la cuenta de que devienen blanco de actuales expectativas que pronto serán frustraciones". Aquel desplazamiento termina "destruyendo la independencia judicial, porque después del descrédito, la intromisión de los poderes partidistas en el judicial provoca mucha menos resistencia pública o hasta es recibido con beneplácito por la opinión" (ZAFFARONI, E. RAÚL, op. cit., p. 29).

Derecho Administrativo



Violencia contra las mujeres

De la intimidad al estado público

SILVINA E. ZABALA⁽¹⁾



Es notable el paso que ha dado la sociedad argentina en la toma de conciencia de las cuestiones de género y el rol que ha asumido el Estado nacional en la implementación de políticas públicas en la materia.

En primer lugar, no se puede omitir que la violencia contra las mujeres ha dejado de ser un “tema de la esfera privada”, como solía definírselo hasta no hace mucho tiempo, para convertirse en una “cuestión pública”.

Una cuestión tan humana jamás podría haber emergido en aquellos años de horror, de la tortura y la muerte, que representó el gobierno de la dictadura. Sobre todo, teniendo en cuenta que la violencia por aquellos años era un estándar que no reconocía género ni edades y era impulsada sistemáticamente desde el aparato represivo del Estado.

A la luz de los gobiernos democráticos, los derechos humanos ganaron espacio en el discurso social, lo que permitió un permanente avance en el reconocimiento de esta y otras violencias como cuestiones de índole pública.

En este contexto, las políticas públicas definidas e implementadas por los gobiernos de Néstor Kirchner y de Cristina Fernández de Kirchner,

(1) Secretaría de Gabinete de la Jefatura de Gabinete de Ministro (2015). Ex Subsecretaría de la Unidad de Coordinación Nacional para la Prevención Asistencia y Erradicación de la Violencia Contra las Mujeres, del Consejo Nacional de las Mujeres (2011). Creadora de la Línea 144. (2008). Creadora y responsable de la Oficina de Rescate y Acompañamiento a las Personas Damnificadas por el Delito de Trata.

comprendieron y multiplicaron la atención a la cuestión de la violencia de género en el marco del respeto más irrestricto de los derechos humanos.

Invisibilizada durante muchos siglos, la violencia contra las mujeres irrumpió ante nosotros con tantísimos casos de mujeres que, fatalmente se convierten a diario en noticia porque han sido brutalmente golpeadas o asesinadas por sus parejas, han desparecido a mano de alguna red de trata de personas, o han sido víctimas de abuso sexual.

Con la aprobación, en 2009, de la Ley 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los Ámbitos en que Desarrollan sus Relaciones Interpersonales, la Argentina dio cumplimiento a las recomendaciones, tanto de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Belém do Pará), como de la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW).

En este sentido, el 14 de marzo de 2012, el Congreso Argentino derogó la figura del avenimiento (art. 132 CP) por la cual una mujer víctima de violación podía relevar a su agresor de la pena de ese delito. Esta figura representaba, a todas luces, un anacronismo en la legislación argentina que respondía a una concepción inaceptable y patriarcal del rol de la mujer en la sociedad, sobre todo tratándose del delito de violación, que es la más cruda expresión de violencia sexual, y que no admite exculpaciones.

Además, en 2012 se modificó el art. 80 CP, que tipifica el delito de homicidio introduciendo la figura de “femicidio”. Si bien este término no está incluido en la reforma, la misma prevé penas mayores para aquellos crímenes en los que mediare la violencia de género.

El vocablo “femicidio” tiene más de dos siglos. Lo introduce un texto inglés de 1801 para describir el asesinato de una mujer, pero recién en 1976 es utilizado por Diana Russell ante el Primer Tribunal Internacional de Crímenes contra Mujeres para definir lo que ella misma explica como el “asesinato de mujeres realizado por hombres motivado por odio, desprecio, placer o un sentido de propiedad de la mujer”.

Se trata, entonces, de una reforma de suma importancia, en cuanto implica un reconocimiento expreso de la violencia contra las mujeres, aun cuando no prevea un tipo penal específico.

Todas estas leyes no han sido aisladas; forman parte de un esquema de políticas públicas de inclusión de derechos y de perspectiva de género, y son fundamentalmente, el corolario de largas luchas de muchas mujeres en pos de una sociedad más igualitaria e inclusiva. Por qué no mencionar, entonces, las leyes de Matrimonio Igualitario; Identidad de Género; Trata de Personas; decreto 936/2011, que prohíbe la publicación de avisos que promuevan la oferta sexual, para prevenir la trata de personas.

Las cuestiones de género, y en particular, la violencia contra las mujeres, forman parte de las políticas públicas que el Estado no permitirá desplazar del centro de la escena.

Así, la ley 26.485 establece que el Consejo Nacional de las Mujeres es el organismo encargado de diseñar las políticas públicas que tiendan a modificar las situaciones de desigualdad y, al mismo tiempo, es el organismo rector encargado de garantizar sus objetivos.

A partir de 2011, el Consejo Nacional de las Mujeres comenzó a trabajar con el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INDEC) con el objeto de lograr un instrumento de medición y registro que nos permita obtener un real diagnóstico sobre la violencia contra las mujeres, a través de un Registro Único de Casos de Violencia de Género.

De igual manera, el art. 9º, inc. o), de la ley 26.485 establece la necesidad de implementar una línea telefónica gratuita, accesible y en forma articulada con las provincias a través de organismos gubernamentales pertinentes, destinada a dar contención, información y brindar asesoramiento sobre los recursos existentes en materia de prevención de la violencia contra las mujeres y asistencia a quienes la padecen. Así, se implementó la Línea 144 de Atención e Información a Víctimas de Violencia de Género.

La línea telefónica 144, gratuita y de alcance nacional, comenzó a funcionar el 24 de abril de 2013, en forma articulada con las provincias y con organizaciones de la sociedad civil. El objetivo primordial es dar contención, información y brindar asesoramiento a las víctimas de violencia de género las 24 horas, los 365 días del año.

Al poner esta nueva herramienta a disposición de las mujeres, el Estado nacional afianzó su interacción, a nivel transversal, con las distintas provincias, los municipios y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a fin de

avanzar hacia la igualdad de género y la promoción de los derechos de las mujeres, propiciando el empoderamiento de la mujer para que abandone el lugar de pasividad frente al agresor.

El equipo que integra la Línea 144 está conformado por operadores graduados de las carreras de psicología, trabajo social y abogacía, especialmente capacitados en la temática de violencia de género, para una atención profesionalizada a las víctimas, acompañándolas durante el proceso, con el fin de fortalecerlas.

Los operadores telefónicos brindan una asistencia efectiva en el marco de los siguientes lineamientos:

- Escuchar atentamente

Brindar una escucha responsable que le permita al operador definir cuál es el mejor recurso para asistir a la víctima de violencia de género en cada caso particular.

La escucha tiene un doble objetivo: contener a la víctima y empoderarla, durante la intervención telefónica, a través de los recursos brindados.

- Crear el ambiente propicio

Al tomar contacto con la víctima, sus familiares directos, o cualquier persona que tome conocimiento de situaciones de violencia, se realiza una primera evaluación del estado de situación de la víctima. Es esencial tener en consideración que cada llamado puede ser el único, por ello es necesario que la operadora genere en la víctima un espacio de confianza.

- Confeccionar el historial electrónico del caso

Durante el transcurso de la conversación telefónica, la operadora extrae los datos necesarios para completar los campos que componen el historial de registro electrónico del sistema de atención telefónica.

Una vez realizado el diagnóstico, el operador brinda la información de los recursos posibles de acuerdo al lugar de residencia de la víctima, como así también de sus necesidades personales y las de su grupo familiar.

El objetivo es que la víctima cuente con un sostén psicológico en lo inmediato, preferentemente con orientación jurídica y social.

Asimismo, la Línea 144 cuenta con un equipo de trabajo de estadísticas y supervisión, cuyo objetivo es relevar, codificar, analizar y generar informes mensuales y anuales sobre la actuación de la línea, respondiendo con elementos cualitativos y cuantitativos a requerimientos institucionales.

El informe estadístico de junio de 2015 que ha producido el Consejo Nacional de las Mujeres sobre la base de las llamadas realizadas a la Línea 144, nos muestra un total de 9.688 llamadas recibidas durante el mes.

En simultáneo con la tarea de la línea, se ha implementado, en conjunto con la Defensoría General de la Nación, el Patrício Jurídico Gratuito en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, invitando a las provincias a replicar esta experiencia, para dar cumplimiento a lo establecido en la ley 26.485: las mujeres víctimas de violencia tienen derecho al patrocinio jurídico gratuito independientemente de su condición social.

Esta experiencia funciona desde octubre de 2012, atendiendo consultas y proporcionando patrocinio jurídico a las víctimas sin requerir certificado de pobreza. Es totalmente gratuito y cuenta con centros de atención en distintos puntos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a los fines de facilitar el acceso a la justicia.

Es mucho lo que se ha avanzado, no solo en la visibilización del tema, sino en la implementación de políticas tendientes a otorgar herramientas que permitan a las mujeres conocer sus derechos y defenderlos.

En este sentido la Línea 144 ha mostrado su eficacia en la tarea de asesoramiento y contención a las víctimas.

Sin embargo, no puede perderse de vista que, a pesar de las leyes, las políticas de gestión específicas y las campañas publicitarias, la persistencia de las situaciones de violencia demuestra cuán arrraigada está la violencia como prerrogativa machista en nuestra sociedad.

Los datos de junio, tomados a modo de muestra del informe que elabora el Consejo Nacional de las Mujeres, dan cuenta con claridad que el 86,10% de las denuncias provienen de mujeres que han sido violentadas por sus parejas o sus exparejas; que el 97,90% denuncia luego de dos o más situaciones de violencia; y que la inmensa mayoría de víctimas son de sexo femenino.

El Estado nacional, los gobiernos provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y las organizaciones de la sociedad civil, deben comprometerse a trabajar conjuntamente con el Registro Único de Casos de Violencia de Género, nutriéndolo con datos actualizados regularmente, a fin de que se erija como la base de estadísticas oficiales, indispensable

para elaborar políticas públicas adecuadas. Políticas públicas, como el botón antipánico ya propuesto, que deberán concretarse. Políticas públicas, para que el femicidio y la violencia contra las mujeres no se naturalice y, en este sentido, profundizar las capacitaciones para que los funcionarios con responsabilidades específicas en la temática no legitimen o convaliden situaciones de violencia.

Se han dado pasos importantes, trascendentales, nunca definitivos, desde el compromiso y la voluntad de todos los actores que llevan adelante esta ardua y constante tarea —el Estado, las organizaciones de la sociedad civil, los medios de comunicación— sin retacear ni un ápice de esfuerzo y, sobre todo, partiendo de la decisión política del Gobierno nacional que ha resuelto que la violencia contra las mujeres es un tema principal en la agenda pública.



El desafío de la eficacia en el paradigma de los derechos humanos fundamentales

El nuevo derecho que preanuncia el nuevo Estado

DIANA CAÑAL⁽¹⁾



1. Los cambios en la realidad y su repercusión jurídica

Hace tiempo, mucho por cierto, que sostendemos desde la cátedra, desde lo publicado y lo que resolvemos, lo que todos sabemos: que el magma social va generando cambios que tienen su necesaria repercusión en los esquemas de poder y, por ende, en la política, con la consiguiente transformación jurídica. Es una verdad de perogrullo que el poder busca su legitimación a través del derecho.

(1) Doctora en Teoría General del Derecho y Filosofía del Derecho (UBA). Doctora en Derecho del Trabajo, Previsión Social y de los Derechos Humanos (Universidad de San Carlos de Guatemala). Jueza Nacional de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala III. Exjueza del Juzgado Nacional de Primera Instancia del Trabajo N° 74. Docente en UBA, en diversas universidades nacionales y privadas del país, y en universidades extranjeras, en grado, posgrado y doctorado. Docente del Programa UBA XII de Educación en las Cárcel. Investigadora del Instituto Gioja. Directora del Grupo de investigación y trabajo social Spes.

Este proceso histórico puede ser analizado a nivel de paradigmas, siguiendo la estrategia kuhniana,⁽²⁾ en donde en lo social y el juego político, vamos viendo los pasajes desde el sometimiento por la fuerza, a manos de gobernantes totalitarios; hacia modelos más ampliados, en donde las bases —de todos modos— no participan bajo la ficción del fraude “patriótico”; para pasar a un tercer paradigma en donde esas bases se hartan y exigen el derrame de derechos hacia su clase; y finalmente, el paradigma que alborea, el de la no discriminación, la efectividad de los derechos y la responsabilidad internacional de los Estados para asegurarla, en donde todos y cada uno sean escuchados, y participen de la cosa pública.⁽³⁾

La traducción jurídica del fenómeno, paso a paso, es primero el del paradigma del derecho antiguo:⁽⁴⁾ su representación es la de una línea, porque las constituciones no son la norma más importante del sistema, sino solo una norma más, y el gobernante queda excluido de su égida. Las reglas son para los otros.⁽⁵⁾

El siguiente paradigma, post Revolución Francesa: por primera vez y hasta el día de hoy, nos vamos a encontrar con la jerarquización de los derechos.⁽⁶⁾ Ahora sí, la Constitución es la norma más importante del sistema, y marca el rumbo del derecho todo. Las variaciones, de ahora en adelante, una vez instalada la **jerarquía** de valores, tendrán que ver, precisamente, con el pasaje de un ordenamiento de esos valores traducidos en normas sustantivas a nivel constitucional, a otro.⁽⁷⁾

Estamos sosteniendo, entonces, algo muy sencillo, que diversas escuelas *iusfilosóficas* receptan: el derecho es fruto de tres niveles, el de la realidad, el de los valores y, finalmente, el jurídico.⁽⁸⁾ Nada sucede en ese tercer nivel que no derive del segundo y, a su vez, del primero. Solo que no de un modo tan reduccionista.

No todo lo que suceda en la realidad será relevante moralmente. Habrá un margen de indiferencia por algunas conductas que en un tiempo no sean

(2) KUHN, THOMAS, *La Estructura de las revoluciones científicas*, Chicago, University of Chicago Press, 1962.

(3) Ver gráfico A, al final de este texto.

(4) Ver gráfico B.

(5) FAVOREAU, Louis, “Legalidad y Constitucionalidad. La Constitucionalización del Derecho”, en *Temas de Derecho Público*, vol. 59, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000.

(6) *Ibid.*, p. 2.

(7) *Ibid.*, p. 3.

(8) Ver gráfico C, al final de esta obra.

importantes y que, probablemente, luego tengan el máximo o algún interés (esto, claro está, por lo vertiginoso de la vida social), y no toda conducta que ha sido captada a nivel moral, atribuyéndole un valor positivo o negativo, subirá finalmente, al derecho, plasmado como el contenido de una norma.

A medida que se asciende, se achica el menú, es menor la cantidad de conductas comprendidas en los niveles y, a su vez, se reduce la velocidad con la que se producen los cambios. De ahí, que el derecho sea conservador.

Ahora, ¿todo descontento social se traduce en esos cambios? Ni tan rápido, ni tan claro, ni tan fácil. Los cambios los generan los que tienen el poder, y la enorme mayoría de la humanidad (los que son “más”), no es la “más” fuerte de la ecuación.

Volvamos, para clarificar nuestra idea de la evolución del derecho en clave de paradigma. El primer caso, el del absolutismo, en donde la base era sometida por la fuerza, creó, claro está, un enorme nivel de descontento. Pero acantonada la fuerza donde estaba, la opresión y la represión de la base se encontraba asegurada. Cuando esto fue económicamente insostenible (porque someter, militarmente, cuesta caro), nada mejor que hacerlo intelectualmente. Un grupo de educadores adiestrados, con los consiguientes textos seños, puede mucho más que un gran ejército.

Veremos entonces reproducirse un rebrote de verdades absolutas (a pesar de que Descartes, Hume, Kant y tantos otros, ya venían haciendo su obra esclarecedora para derivar finalmente, años después en Popper,⁽⁹⁾ en torno a la dudosa posibilidad de verificar una verdad absoluta, en el estado actual de la epistemología), en donde el gobernante es el iluminado que sabe lo que más le conviene al pueblo, y transfiere el soldado externo al interior de la mente del pueblo. Se instalan nuevamente tanto la idolatría,⁽¹⁰⁾ como las educaciones sesgadas.⁽¹¹⁾

Para este momento ya estamos en un modelo jerárquico. Pero, si recordamos, la clase triunfante en la Revolución Francesa fue la burguesía, a pesar de haber sido la gran masa la que la llevó adelante. Sin embargo, esos

(9) POPPER, KARL, *La lógica de la investigación científica*, Madrid, Tecnos, 2008.

(10) Un ejemplo, la propia vida de Vasili Zaitsev, conocido como “el fusil de Stalin”, con el que se intentó levantar la baja moral del ejército, creando la figura del ídolo popular.

(11) Ver “Cracionismo vs. Evolucionismo”, versión moderna de los modelos diferentes de política educativa. En el primero, el educando no tiene posibilidad de disentir, de preferir otra explicación de los fenómenos, y mucho menos de los valores, porque se instala la verdad absoluta. El segundo abre la puerta al debate, al consenso y a las verdades relativas. A nivel político se traducirá en un fundamentalismo, o en una democracia genuina.

derechos no eran para ellos, para los campesinos, para los desposeídos, pero —desde la educación— se comenzaba a armar un esquema mental que impediría poner en duda los postulados de ese **constitucionalismo clásico**, pensado para el “bien de la República”.

En nuestras orillas tuvimos oportunidad de verlo con los frontispicios en las escuelas de “Dios, Patria y Hogar” y con los frisos en sus paredes con imágenes de indígenas de nuestras tierras. Esos que, al mismo tiempo, eran sometidos a un genocidio. Se buscaba generar un ideario colectivo, que no discutiera lo que el poder disponía. Por lo tanto, la “masa”, en el sentido más literal del término que le supo dar la generación del 80 en nuestro país, recibía una educación que, como dirían las abuelas, la mantenía “metidita en razón”. Reiteramos, un modelo de totalitarismo mental es mucho más económico y duradero que uno de tipo militar, puramente fáctico.

Esa “masa” continuó esperando que fuese su hora, mientras multitudinariamente se la sometía a jornadas esclavizantes de trabajo, en condiciones infrahumanas en el mundo entero; sin que ninguno de esos derechos consagrados en el constitucionalismo clásico fuese para ella.

Hubo que pasar a otro paradigma, el del **constitucionalismo social**, para que eso fuese posible. La novedad que trajo consigo fue mantener los derechos sustantivos del constitucionalismo clásico, agregándole algunas normas de fondo o sustantivas, pero básicamente normas de forma o adjetivas, que asegurasen con beneficios, tales como la gratuidad, el acceso a la justicia, y que concretamente fijaran estándares en términos de *affirmative actions*, en donde el que estaba en peor posición tuviese una presunción más favorable que lo elevase.

Mientras tanto en Argentina, hasta el dictado de ley 25.871 (20 de enero de 2004), continuaba flotando la ley 4144 de Residencia, promulgada en 1902. La misma, a través del vago concepto de “peligro” (el que con su “conducta comprometa la seguridad nacional o perturbe el orden público”) que pretendidamente ponía en riesgo la seguridad nacional, justificaba la deportación de un migrante. El origen de esto lo encontramos en los anarquistas, que pedían cosas tales como jornadas más reducidas de labor, un día franco, una silla,⁽¹²⁾ etc. Todo muy desestabilizante, ¿verdad? Eso sí, podía recurrir ante el propio poder que lo había detenido: el Poder Ejecutivo. Algo así como encargarle al zorro el cuidado de las gallinas.

(12) La Ley 12.205 de la Silla (1907), que rige actualmente.

¿Por qué introducimos esta idea? Para que se comience a advertir que lo que significó el constitucionalismo social fue, ni más ni menos, brindar las herramientas para la realización del derecho para otras clases sociales, esas que “hacen” cotidianamente las sociedades, con su masiva y callada labor. Pero que —muchas, demasiadas veces— se escapan otras normas adjetivas que impiden la realización de esos derechos constitucionales, de carácter sustantivo o de fondo, impidiendo su satisfacción.⁽¹³⁾

De hecho, que silentemente, y ya plenamente instalados en el constitucionalismo social en nuestro país (frustrado en 1949, y curiosamente logrado en 1957), el migrante, en particular el trabajador extranjero, veía frustrados sus derechos con un pequeño artículo que, desde el interior de las sucesivas leyes de migraciones, mantenía la estrategia de negación de sus derechos bajo una norma adjetiva que le impedía recurrir ante quien correspondía: la justicia; y aseguraba la no realización de sus derechos. Por eso decimos que la Ley de Residencia continuó flotando: la llave maestra del sistema fue la que perduró encriptada en todas las leyes de migraciones: la que impedía el recurso judicial. Pero, la también callada obra del juez federal de Paraná, Gabriel Chausovsky, y de tantos otros, fue instalando el cambio, hasta el dictado de la ley vigente, que le puso fin a ese esquema.

Lo dicho, torna evidente la fundamental necesidad del cambio hacia el paradigma vigente, el del **constitucionalismo de los derechos humanos fundamentales**, en donde se radicaliza la apuesta. La mera proclamación de que es necesaria la herramienta, no basta; es necesario forzar su eficacia y, si es menester, declarando responsabilidades internacionales de los Estados. En nuestra América Latina, esto sucede particularmente con los señeros pronunciamientos de la Corte Interamericana.⁽¹⁴⁾

2. El paradigma de los derechos humanos fundamentales

Lo que acabamos de mostrar, que es el impacto de los juegos del poder en la normativa vigente, en ciclos cada vez más universales, exhibe una curiosidad: la del lento ascenso de las bases hacia la cúspide del sistema,

(13) CAÑAL, DIANA, *Una Visión Pragmática del Derecho*, Bs. As., Errepar, diciembre de 2011; *Decisiones Judiciales: la relación entre normas de fondo y de forma*, Bs. As., Errepar, diciembre de 2011.

(14) CORTE IDH, “María Da Penha Maia Fernandes vs. Brasil”, 16/04/2001; “Caso González (“Campo Algodonero”) y otras vs. México”, 16/11/2009; “Fornerón e hija vs. Argentina”, 27/04/2012, entre muchos otros.

interpretando por tal, que sean ellas las que establezcan genuinamente cuáles intereses (valores) deberán privilegiarse en cada momento histórico.

No deja de ser extraño porque, tal y como lo anticipáramos, los más no son siempre los que tienen el mayor poder. El recorte en la realidad, al tiempo de privilegiar unos valores sobre otros, lo hace la clase dominante, y esta se encargará de transformarlos en derecho vigente. Eso hizo la burguesía, enmascarando los logros de la Revolución como patrimonio del pueblo, cuando en los hechos solo lo fue de ella misma, asegurándose, desde las normas adjetivas, de ser quién habría de marcar el rumbo político (constitucionalismo clásico o liberal).

Sin embargo, se vio en la obligación de proclamar que se trataba de los derechos de todos: **igualdad** y **fraternidad**. Línea que continuó, como en una escalada, el constitucionalismo social, y que perfeccionó el paradigma de los derechos humanos fundamentales. Pero esto no fue porque, a nivel global, el capital hubiese cambiado de manos (las que la mayoría de las veces, ni siquiera sabemos efectivamente a quién pertenecen), sino porque la presión de esa mayoría doliente (que por estas horas, exactamente, vemos en los refugiados que mueren buscando asilo, y en los trabajadores migrantes con igual fin, corriendo tras un trabajo) y de un planeta que se destruye, pueden terminar afectando a todos,⁽¹⁵⁾ y curiosamente, por una vez se hicieron eco de Brecht, aunque no por las buenas razones.⁽¹⁶⁾ Parece que no hubo más remedio que escuchar y que atender, a estas **minorías mayoritarias**.

Sus necesidades, *fiat lux*, se tornaron derecho vigente. Y he aquí el problema: globalmente hablando, la mayoría de nuestras naciones tiene un **nuevo derecho**, pero no tiene todavía un **nuevo Estado**. Paradojal.

Nos explicamos. Por cierto, se ha comenzado a recorrer el camino de la base completamente ampliada (Gráfico A), en donde finalmente el poder recircula de la base a la cúspide, y viceversa, de ida y vuelta. Ya no es el principio del derecho antiguo que somete al pueblo (“mejor temido que amado” de

(15) CAÑAL, DIANA, “El derecho del Trabajo. Una visión de nuestro tiempo”, Doctrina Laboral y Previsional, Año XXX, t. XXVIII, N° 350, Bs. As., Errepar, octubre de 2014.

(16) “Primero vinieron a buscar a los comunistas y no dije nada porque yo no era comunista. Luego vinieron por los judíos y no dije nada porque yo no era judío.

Luego vinieron por los sindicalistas y no dije nada porque yo no era sindicalista.

Luego vinieron por los católicos y no dije nada porque yo era protestante.

Luego vinieron por mí pero, para entonces, ya no quedaba nadie que dijera nada”.

Macchiavello), donde el poder se mueve verticalmente; ni la base que elige lo que “debe” (o se elige por ella) del constitucionalismo liberal, porque no tiene libertad para pensar, como tampoco la base que elige, pero que no siempre logra la realización de sus derechos del constitucionalismo social, por más que estén expresamente consagrados en sustancia y en forma, ni la base que lucha porque los operadores del sistema respeten el derecho vigente que privilegia la eficacia por sobre todas las cosas, del constitucionalismo de los derechos humanos fundamentales; sino la base que toma en sí misma, no solo la elección de sus gobernantes, sino también el control del cumplimiento de las obligaciones por ellos asumidas. Allí el poder no se terceriza, y no hay minoría que no sea escuchada. Este nuevo Estado, preanunciado por el nuevo derecho de los derechos humanos, está por venir.

Como lo anticipáramos en el comentario al *Digesto*,⁽¹⁷⁾ esto comienza a suceder en el mundo, a niveles municipales, por lo general, tenemos noticia de ello en Latinoamérica y en los países nórdicos, entre muchos otros lugares. Lo que algunos dieran en llamar democracia líquida.

La resistencia al innegable paradigma jurídico vigente se constituye en un dato cotidiano que permite advertir que se comienza a transitar este nuevo camino histórico, que lleva finalmente a un nuevo esquema de poder, en donde no solo se consagran derechos en favor “de los otros” en defensa propia, sino que ellos mismos se constituyen en un nosotros, el llamado empoderamiento.

Una vez más, nos explicamos. Todavía no llegó el tiempo del **nuevo Estado**, solo alborea en la humanidad; pero sí lo es del **nuevo derecho**. Sin embargo, los centros de poder, que hasta hoy manejan los hilos académicos —de selección y formación de operadores del sistema y, en particular, de magistrados— siguen instalados en el mismo lugar, y tienen la misma fuente, secuentemente, resisten a este nuevo paradigma constitucional. Porque, detrás de él, vendrá un cambio para ellos inaceptable, en los juegos del poder.

En nuestro país, a veinte años de la vigencia de la Reforma constitucional que nos instaló de lleno en el paradigma de los derechos humanos fundamentales, todavía encuentra resistencia en su reconocimiento como derecho vigente. Y, si se lo admite, no se lo aplica. De allí el caso “Fornerón”,⁽¹⁸⁾

(17) CAÑAL, DIANA, “El Digesto Jurídico Argentino y el Derecho del Trabajo”, en *Digesto Jurídico Argentino. Suplemento Especial*, Bs. As., Erreius, julio de 2014, pp. 145/149.

(18) *Ibid.*, 13.

en donde la Corte IDH recomendara que se obligase a todos los funcionarios y magistrados de la causa que operaron a espaldas del constitucionalismo de los derechos humanos fundamentales, a que estudiaran los tratados internacionales, fuentes del mismo. ¿Por qué? Por el típico desmanejo de las normas adjetivas, interpretadas a la luz de dos paradigmas atrás,⁽¹⁹⁾ en donde el derecho que se defiende, es exclusivamente el del dueño del capital, y no también el del sujeto especialmente protegido (en este caso, se discutía, en el fondo, la venta de niños).

Este desfasaje interpretativo, esta desconexión entre el reconocimiento del derecho sustantivo como vigente y, a la vez, la negación al tiempo de su aplicación, al interpretar la norma adjetiva, demuestra, una vez más, que la cultura está haciendo su obra, silente en el interior de las cabezas. Parece que todo cambió, sin embargo, no es tan así, si un operador del Estado todavía duda en torno a la validez del ejercicio de una autosatisfactiva,⁽²⁰⁾ a la efectivización de una sentencia mediante un incidente de ejecución en el mismo proceso, sin dilación de tiempo y con todas las garantías para todos,⁽²¹⁾ considerar la naturaleza alimentaria de los vales,⁽²²⁾ en la no limitación de requisitos probatorios cuando un trabajador o un desposeído lucha por sus derechos en un proceso judicial.

Si los principios normativos solo son tales para interpretar el derecho sustantivo, pero no para el adjetivo, nunca se logrará la realización del derecho

(19) CAÑAL, DIANA, "Los Paradigmas normativos e interpretativos: relojes que suelen atrasar", en Revista Spes, N° 34: 12º Jornadas SPES. Los cambios de paradigma y sus efectos. Su abordaje interdisciplinario, octubre 2012 [en línea] http://issuu.com/grupospes/docs/revisa_spes_n_34_-_2012

(20) JNAC. TRAB. N° 74, "Maldonado Ovelar, Nancy del Rosario c/ Poder Ejecutivo Nacional-Ministerio de Trabajo y Seguridad Social s/ Acción de Amparo", N° 3716/08, 24/04/2008, Sentencia Interlocutoria N° 80. CNAC. APEL. TRAB., sala III, "Masini, Luis Alberto c/Later-Cer SA y otro s/accidente acción de amparo", 30/06/2015, sentencia Interlocutoria N° 77. Causa CNT 27.511/2015/CA1

(21) JNAC. TRAB. N° 74, "Doican, Héctor Eduardo c/ Salvia, Antonio Rafael y otros s/ despido", 19/11/1997, sentencia interlocutoria N° 13; "Álvarez, Fernando Esteban c/Emprendimientos 2001 SRL y otros s/despido", 29/06/2004, Expediente 13.993/2001, sentencia N° 2016. CNAC. APEL. TRAB., sala III, "Verastegui Basurto Bagner, Daniel y otro c/ Porta Romero, Judith s/ despido", 25/09/2014, sentencia interlocutoria, Causa N° CNT 39.655/2012/CA1-CA1; "Cristaldo, Gonzalo Matías c/Quintieri, Susana y otros s/despido", sentencia interlocutoria N° 62.172 del 14/12/2011, Causa N° 6273/11; "Dedieus Esther Noemí c/ Charcas 5002 SA s/Seg.seVida Obligatorio-Incidente de Extensión de Responsabilidad", 22/12/2011, sentencia N° 92.911, Causa N° 26.452/06; "Ayala Gladys Amelia c/ Bodega y Cavas de Weinert SA y otro s/despido", 22/12/2011, sentencia definitiva N° 92.914, Causa N° 7883/2008.

(22) JNAC. TRAB. N° 74, "Pérez c/ Disco", 27/04/2006, sentencia definitiva N° 2252, en criterio que fuera compartido por la Corte Suprema (CSJN, SCP 1911, XLII, 01/09/2009).

en verdad. Y esto continuará siendo así si el intérprete de este nuevo derecho, no representa al nuevo Estado que aquel preanuncia, y es solo un operador en los términos de Dworkin,⁽²³⁾ en donde los principios son los morales, de la clase dominante.

Porque ese ideario del constitucionalismo clásico y liberal sigue dominando las mentes y, aún sin quererlo, el operador del sistema interpreta en ese esquema, conforme esa jerarquía de valores, que lo lleva a escandalizarse cuando alguien sostiene la imprescriptibilidad de un delito de lesa humanidad,⁽²⁴⁾ o que el capital no es más el eje, sino el hombre y su dignidad.⁽²⁵⁾

GRÁFICO A. MODELOS DE HEGEMONÍAS POLÍTICAS

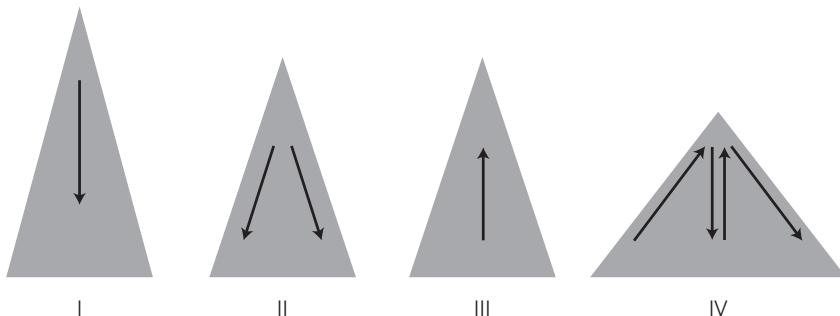
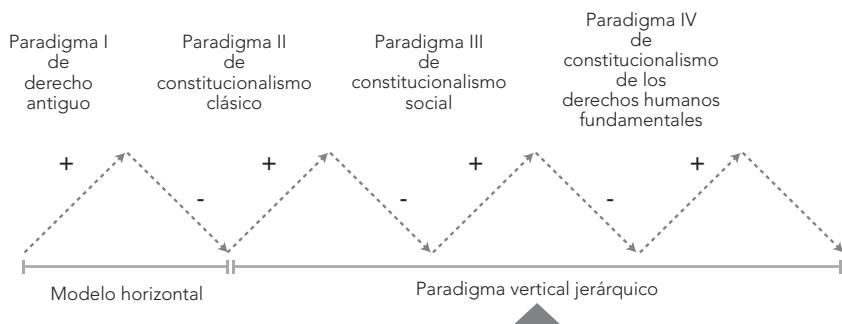


GRÁFICO B. PARADIGMAS CONSTITUCIONALES

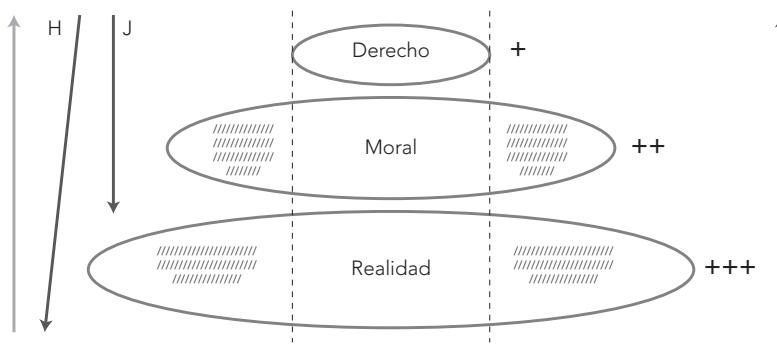


(23) DIANA, CAÑAL, "El Imperio de la Ley. Debate Dworkin/Hart", en Revista Spes, N° 36, publicada con ocasión de las jornadas sobre Derechos Humanos del Grupo Spes, celebradas en la facultad de Derecho, Salón Azul, el 26 de septiembre de 2014, [en línea] http://issuu.com/grupospes/docs/revista_spes_n_36_-26_de_septiemb1

(24) CSJN, Recurso de hecho "Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros c/ causa n° 259-C".

(25) CNAC. APEL. TRAB., sala III, "Acevedo, Juan Bartolomé c/ Estancia la República Argentina SA y otros s/ accidente-acción civil", 25/09/2014, sentencia interlocutoria.

GRÁFICO C. TEORÍA DE LOS PLATITOS



Control interno del Estado

Control concomitante

DANIEL REPOSO⁽¹⁾



1. Introducción

Para abordar la temática del Control interno del sector público nacional y la realización del control concomitante, debemos efectuar una breve reseña del funcionamiento del control en el ámbito del Poder Ejecutivo Nacional (PEN).

Al respecto, el sistema de control del sector público nacional se encuentra regulado en la Ley 24.156 de Administración Financiera y de los Sistemas de Control Público, y comprende a las estructuras de control interno y externo.

El sistema de control interno queda conformado por la Sindicatura General de la Nación (SIGEN), órgano normativo, de supervisión y coordinación, y por las unidades de auditoría interna, que funcionan en cada Ministerio, órganos centralizados, descentralizados y entidades que dependen del Poder Ejecutivo Nacional, así como las universidades.

El control externo posterior del Congreso nacional es ejercido por la Auditoría General de la Nación.

(1) Abogado. Síndico General de la Nación. Presidente del Comité Académico del Instituto Superior de Control de la Gestión Pública.

La SIGEN es el órgano rector del Sistema de Control Interno del Poder Ejecutivo Nacional. Son sus funciones:

- a. Dictar y aplicar normas de control interno, las que deberán ser coordinadas con la Auditoría General de la Nación;
- b. Emitir y supervisar la aplicación, por parte de las unidades correspondientes, de las normas de auditoría interna;
- c. Realizar o coordinar la realización por parte de estudios profesionales de auditores independientes, de auditorías financieras, de legalidad y de gestión, investigaciones especiales, pericias de carácter financiero o de otro tipo, así como orientar la evaluación de programas, proyectos y operaciones;
- d. Vigilar el cumplimiento de las normas contables, emanadas de la Contaduría General de la Nación;
- e. Supervisar el adecuado funcionamiento del sistema de control interno, facilitando el desarrollo de las actividades de la Auditoría General de la Nación;
- f. Establecer requisitos de calidad técnica para el personal de las unidades de auditoría interna;
- g. Aprobar los planes anuales de trabajo de las unidades de auditoría interna, orientar y supervisar su ejecución y resultado;
- h. Comprobar la puesta en práctica, por los organismos controlados, de las observaciones y recomendaciones efectuadas por las unidades de auditoría interna y acordadas con los respectivos responsables;
- i. Atender los pedidos de asesoría que le formulen el Poder Ejecutivo Nacional y las autoridades de sus jurisdicciones y entidades en materia de control y auditoría;
- j. Formular directamente a los órganos comprendidos en el ámbito de su competencia, recomendaciones tendientes a asegurar el adecuado cumplimiento normativo, la correcta aplicación de las reglas de auditoría interna y de los criterios de economía, eficiencia y eficacia;
- k. Poner en conocimiento del Presidente de la Nación los actos que hubiesen acarreado o estime puedan acarrear significativos perjuicios para el patrimonio público;
- l. Mantener un registro central de auditores y consultores a efectos de la utilización de sus servicios; y
- m. Ejercer las funciones del artículo 20 de la ley 23.696 en materia de privatizaciones, sin perjuicio de la actuación del ente de control externo.

Por el art. 114 de la ley 24.156, en los casos en que el Estado tenga participación accionaria mayoritaria en sociedades anónimas, la SIGEN propone a los organismos que ejercen los derechos societarios del Estado nacional, la designación de los funcionarios que en carácter de síndicos integrarán las

comisiones fiscalizadoras. También los propone en los casos en que deban asignarse síndicos por el capital estatal en empresas y sociedades en las que el Estado nacional, por sí o mediante sus organismos descentralizados, empresas y sociedades del Estado, tenga participación igualitaria o minoritaria. Además de la intervención en sociedades y empresas, tiene significativa relevancia la actividad de los síndicos en entidades financieras.

La principal función del síndico, en el marco de la Ley 19.550 de Sociedades Comerciales⁽²⁾ es la de fiscalizar la marcha de la administración social, la actuación de los órganos societarios, vigilando que se cumplan las leyes, los estatutos, los reglamentos y las decisiones de la asamblea, con el fin de prevenir apartamientos, desvíos y abusos, en detrimento de la sociedad o los intereses sociales. Cabe poner énfasis en que son funcionarios ilimitada y solidariamente responsables por el incumplimiento de las obligaciones que le impone la ley estatuto y reglamento.

Ello, sin perjuicio de que los síndicos desarrollan en las sociedades, empresas y entidades financieras en las cuales el Estado tiene participación mayoritaria, todas las funciones de supervisión y coordinación de control interno que se derivan de los puntos a) a m), arriba indicados.

Deben, además, cumplir con las obligaciones que les imponen las normas vinculadas con la prevención de lavado de activos de origen delictivo.

Por otro lado, a partir del año 2009, el universo de fiscalización se vio incrementado debido al dictado de la ley 26.425, que dispuso la unificación del Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones en un único Régimen Previsional Público denominado “Sistema Integrado Previsional Argentino (SIPA)”, por el cual los activos y recursos de las Administradoras de Fondos de Jubilaciones y Pensiones que integraban el Régimen de Capitalización previsto en la ley 24.241 pasaron a formar parte del Fondo de Garantía de Sustentabilidad del Régimen Previsional Público (FGS). Dentro de estos activos, se encuentran las participaciones accionarias de sociedades que, oportunamente, las ex AFJP habían adquirido y que ahora son de capital estatal y cuentan con directores propuestos por el Estado nacional y por síndicos del Estado propuestos por la Sindicatura General de la Nación para conformar las comisiones fiscalizadoras.

(2) A partir de la ley 26.994 (BO 08/10/2014), se sustituyó la denominación de la presente norma por la de Ley General de Sociedades, que entró en vigencia a partir del 01/08/2015.

Además de las funciones asignadas por la ley 24.156, la SIGEN posee otros “mandatos” o funciones asignadas con posterioridad a dicha ley.

A continuación se enuncian los principales mandatos:

- Presidencia y coordinación de la Red Federal de Control Público.
- Gestión del Instituto Superior de Control de la Gestión Pública.
- Intervención en trámites de consolidación del pasivo público o de pasivos que se cancelen mediante bonos de consolidación del Estado Nacional.
- Control del cumplimiento de los requisitos para la continuidad de transferencias del Gobierno Nacional a jurisdicciones provinciales/municipales.
- Desarrollo de las actividades establecidas en el Programa de Reforma y Modernización del Estado —Segunda Etapa—, Precio Testigo.
- Elaboración de informes trimestrales al PEN, sobre el seguimiento del recupero patrimonial, contra los funcionarios públicos.
- Auditorías de preembarque de exportaciones.
- Integración del Sistema Federal de Emergencias.
- Intervención no vinculante en los sumarios disciplinarios, a los fines de coadyuvar en la cuantificación de los perjuicios fiscales ocasionados por los funcionarios públicos.
- Verificación de las liquidaciones de deuda INDER.
- Verificación de la aplicación del Régimen de Publicidad.
- Control de Fondos Fiduciarios (Estado nacional).
- Control previo de las contrataciones del Ministerio de Desarrollo Social por Emergencia Económica.
- Control y auditoría sobre la aplicación de los recursos del Programa de Emergencia Alimentaria.
- Intervención en la aprobación de las propuestas de redeterminación de precios en contratos de obra pública.
- Control del cumplimiento de la Ley de Compre Argentino.
- Intervención en la renegociación de contratos de servicios públicos.
- Intervención previa en convenios sobre el Régimen Federal de Responsabilidad Fiscal.
- Intervención en las liquidaciones de deuda del INDER.
- Control de los fondos recaudados para obras de infraestructura energética.
- Fiscalización de los fondos del Plan Saneamiento Cuenca Riachuelo Matanza.
- Control de la implementación de reglamentos de rendiciones de transferencias.

- Fiscalización del cumplimiento de las condiciones de contratación de los consultores profesionales.
- Realización de auditorías al Fondo Federal Solidario.

2. Misión, visión y valores de la SIGEN

La SIGEN orienta su accionar según la **visión, misión y valores** definidos en un plan estratégico. Conforme ello, debemos decir que la **visión** sobre el sistema de control interno que guía y coordina la SIGEN debe contribuir al logro de los objetivos de gobierno, mientras que la **misión** del organismo está definida como la coordinación de actividades orientadas a lograr que la gestión del sector público nacional alcance sus metas mediante un empleo adecuado de los recursos en el marco legal vigente. Para ello, la Sindicatura debe actuar con los siguientes **valores**:

- a. **Equidad y respeto:** mismo tratamiento del personal, de acuerdo a su nivel profesional, méritos, responsabilidades y desempeño. Consideración y tolerancia a las diferencias entre los actores internos y externos de la organización; y consideración por el ambiente, su cuidado y preservación.
- b. **Integridad:** desempeño recto, honesto, honrado y transparente. Entrega desinteresada de la capacidad, conocimiento y experiencia.
- c. **Compromiso con la excelencia y la mejora continua:** ir más allá del simple deber, con una disposición permanente hacia la mejora.
- d. **Creatividad e innovación:** disposición permanente hacia la implantación de nuevas formas de ejecutar los procesos y de diseñar los productos.
- e. **Orientación al logro:** internalización del sentido permanente hacia el cumplimiento de objetivos y consecución de resultados o metas de la organización.
- f. **Colaboración/espíritu cooperativo:** trabajo en equipo con comprensión interpersonal y aceptación recíproca para el logro de objetivos. Ayuda y soporte del compañero.
- g. **Responsabilidad:** cumplimiento adecuado de las funciones asignadas. Capacidad para reconocer y aceptar las consecuencias que tendrá el desarrollo de las tareas propias. Reflexionar y valorar las consecuencias de los actos.
- h. **Independencia y objetividad:** accionar despojado de intereses particulares que condicionen la percepción de la realidad.

3. Funcionamiento

Habiendo definido las competencias de la SIGEN y cómo orienta su accionar, debemos abordar su esquema de funcionamiento.

Su tarea está regida por un plan estratégico, cuyos objetivos son:

1. Optimizar el modelo a partir de la experiencia cuyo efecto sea la generación de una tarea de concientización de los mandos superiores de cada organización sobre el rol que les compete en el actual modelo de control, y la realización de controles orientados a la evaluación de impactos que permitan medir la eficacia de la gestión.
2. Fortalecer el rol de órgano rector del sistema de control interno: debe optimizar la función normativa de la SIGEN fortalecer la función de supervisión y control de la SIGEN en el sector pública nacional, como también la función de supervisión y coordinación con las unidades de auditoría, generando el asesoramiento y la asistencia técnica necesaria para coadyuvar a la mejora de la gestión.
3. Fortalecer y explotar la visión integral del sector público nacional.
4. Optimizar el balance entre la evaluación de actividades de apoyo y actividades sustantivas.
5. Priorizar la atención de los riesgos que afectan los intereses básicos de la gente.
6. Adecuar el capital humano a los desafíos institucionales.
7. Impulsar el desarrollo y uso intensivo de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TICs).

3.1. ¿Es necesario un plan estratégico para las organizaciones públicas?

Vivimos en una época de cambio constante y de ritmo vertiginoso, en la que es necesario tener —además de gran capacidad de adaptación— una visión de mediano plazo del lugar en el que, entendemos, debemos estar posicionados para continuar cumpliendo cabalmente con los objetivos asignados y dando respuesta apropiada a los desafíos por venir. En ese sentido, el plan estratégico es la brújula que nos indica el camino hacia la consecución de los objetivos de las organizaciones públicas: una organización administrada estratégicamente es aquella que define dónde quiere estar y, además, gestiona el cambio a través de una agenda coherente de acciones para alcanzar ese futuro.

El planeamiento estratégico es el motor de la sinergia, pues sin planeamiento y sin estrategias se corre el riesgo de realizar esfuerzos improductivos —y quizás, hasta innecesarios—, dilapidando recursos y tiempo, y demorando en forma consecuente el logro de los objetivos que nos planteemos.

El desafío de las organizaciones de control es pensar en objetivos a corto, mediano y largo plazo, con lineamientos, pautas y acciones de desarrollo concreto, para producir esa sinergia entre quien controla y quien es controlado. Ello, con un plan de capacitación integrador que fomente la excelencia profesional y aporte la confianza necesaria para que, quien está gestionando, sepa que las organizaciones de control interno (SIGEN y unidades de auditoría interna) tienen como compromiso la detección en tiempo real de las debilidades que se producen en las entidades públicas por la implementación de controles de los procesos que se realizan mientras se gestiona, generándose correcciones que contribuyen al logro y mejora de los objetivos perseguidos.

Quienes están a cargo de instituciones y representan los intereses de la comunidad, deben esforzarse por trabajar en conjunto —preservando la independencia de los roles de gestión y control—, pues esta labor minimiza los riesgos y maximiza la eficacia, eficiencia y economía de una organización.

En materia de gestión de políticas públicas en Argentina, a partir del año 2003, hubo un notable avance con la decisión política de considerar al plan estratégico como una herramienta vital para la consecución de los proyectos de gobierno.

3.2. Matriz de riesgo. Lineamientos. Plan anual de trabajo. Líneas de acción

El control interno, para ser efectivo, necesita, a fin de operativizar su plan estratégico, una matriz de riesgos; lineamientos emitidos por la autoridad; y la realización de planes anuales de trabajo que sintéticamente se describirán seguidamente.

Ello se complementa con las herramientas brindadas por la tecnología informática, como los tableros de mando, sistemas de seguimiento de observaciones, de indicadores de gestión y evaluación de riesgos, controles y auditorías sistematizadas, plataformas de identificación de problemáticas, entre otras que permiten monitorear, en tiempo real, la gestión.

3.2.1. Matriz de riesgo

Para llevar a cabo el plan estratégico, además de las herramientas citadas, se hizo necesario generar matrices de riesgos que permiten orientar los controles.

La realización anual de una evaluación de riesgos integral sobre el sector público nacional, permite identificar organismos y procesos que requieren especial atención, facilitando la lectura comparada y la optimización de la asignación de recursos del sistema de control.

La gestión de riesgos supone considerar la amplitud de eventos potenciales que pueden afectar el logro de los objetivos. Disponer del mapa de riesgos del sector público nacional permite al SIGEN y a las unidades de auditoría interna contar con una herramienta de sustento para la planificación de las actividades y la afectación de recursos para el desarrollo de las distintas tareas, permitiendo una mayor focalización en aquellos aspectos de mayor riesgo relativo.

El desarrollo y la actualización permanente del mapa de riesgos constituyen, entonces, un proceso particularmente significativo considerado desde la perspectiva de la visión, misión, valores y objetivos estratégicos definida para la SIGEN, en el marco de su plan estratégico.

Desde una perspectiva amplia, el mapa de riesgos del sector público nacional es un instrumento para el logro de los objetivos estratégicos de SIGEN, en especial aquellos referidos al fortalecimiento del rol de órgano rector del sistema de control interno, y la visión integral del sector público nacional.

En tanto herramienta de gestión de riesgo, el mapa busca —acorde con la visión de SIGEN— contribuir a maximizar el logro de los objetivos de gobierno, mediante una lectura comparada de los riesgos que ayude al sistema SIGEN/unidades de auditoría interna a identificar prioridades y optimizar la asignación de sus recursos.

Se trata de priorizar la supervisión de los controles de los procesos/materias —del SPN en su conjunto—, según grados de exposición relativa al riesgo.

3.2.2. Lineamientos

Contando con un plan estratégico y con matrices de riesgo, en el mes de septiembre de cada año, el Síndico General de la Nación emite, para la elaboración del plan anual de trabajo de las unidades de auditoría internas y de la SIGEN, lineamientos y pautas para la elaboración del plan correspondiente al próximo ejercicio. Estos lineamientos deberán ser contemplados por las unidades de auditoría interna para la formulación de sus planes anuales de manera que estos respondan a una misma estrategia general de control y contribuyan a la eficacia del sistema SIGEN/unidades de auditoría interna en su conjunto.

Los lineamientos se enmarcan en la visión, misión y objetivos estratégicos definidos en el plan estratégico de la SIGEN, y consideran la visión integral de los riesgos percibidos en el universo controlado.

En este contexto, la Sindicatura fortaleció su accionar en el trabajo normativo, de coordinación y supervisión de las unidades de auditoría interna y en el control de cumplimiento de objetivos de las políticas llevadas a cabo por cada jurisdicción, organismo y entidad del sector público nacional contenida en el art. 8º de la ley 24.156, a través del desarrollo y utilización de indicadores de gestión para coadyuvar, desde el control, al logro de los objetivos de gobierno. Esta labor permitió consolidar un esquema de control preventivo y concomitante que se integra al trabajo y forma parte de la gestión.

3.2.3. Plan anual de las unidades de auditoría interna y SIGEN

El proyecto del plan anual de trabajo elaborado por las unidades de auditoría interna se someten a consideración de las áreas técnicas de SIGEN desde el 30 de octubre de cada año y, una vez preaprobados por estas, se giran a la jurisdicción/entidad pública para que la máxima autoridad los remita a SIGEN para ser registrados y aprobados en forma definitiva.

El plan anual que se consolida en el mes de diciembre del ejercicio anterior, y expone las actividades que desarrollará, coordinará y supervisará la Sindicatura General de la Nación durante el ejercicio presupuestario posterior, en consonancia a sus funciones de órgano rector del sistema de control interno nacional. Permite una apreciación global de la labor planificada y a ejecutar, mostrando la incidencia relativa de las diferentes líneas de acción que han sido establecidas a partir del plan estratégico institucional.

Estos planes se consolidan en un sistema informático y permiten, en cada etapa del proceso de control, realizar un monitoreo permanente, así como coordinar y supervisar las labores de las unidades de auditoría interna.

En materia de supervisión, fiscalización, control y evaluación de programas, considera la visión integral de los riesgos percibidos en el universo controlado.

3.2.4. Líneas de acción

Realizados estos pasos que se han descripto, se pone en movimiento un engranaje articulado entre quienes integran la gestión, las unidades de auditoría interna que ejecutan su plan de auditoría, y la SIGEN, que realiza el control que impide a la mejora de la gestión en forma oportuna.

Para ello se han definido, además, líneas de acción que se sustentan en:

- a. El afianzamiento de una cultura del sistema de control interno basado en la responsabilidad de la administración superior de cada jurisdicción o entidad del sector público nacional, en cuanto a la adopción de la práctica del control previo y posterior incorporado a sus propias operaciones y la evaluación de los resultados de los programas, proyectos y operaciones de los que es responsable la jurisdicción o entidad.
- b. A efectos de fortalecer la relación e interacción de SIGEN y los responsables de las jurisdicciones, organismos y empresas del sector público nacional, la regulación normativa de la creación y el funcionamiento de comités de control y de gestión de riesgos en jurisdicciones y entidades. Se regló la suscripción y seguimiento de acuerdos o convenios de adhesión entre SIGEN y los organismos a través del plan impulsado mediante la resolución SIGEN 36/2011, y la promoción de la autoevaluación y diagnóstico de procesos, y de la rendición de cuentas de la gestión como buena práctica en los organismos del sector público nacional.
- c. La instrumentación de convenios con otras instituciones del Estado, que impulsen mejoras en los procedimientos de control interno.
- d. El fomento de las actividades de formación, capacitación y perfeccionamiento técnico específico del personal del sector público nacional, provincial y municipal, con un enfoque multidisciplinario en materia de administración y control gubernamental, llevadas a cabo por el Instituto Superior de Control de la Gestión Pública; la continuación de las actividades desarrolladas en el ámbito de la Red de Control de Defensa.
- e. El fortalecimiento del funcionamiento y las labores de control y capacitación enmarcadas en la Red Federal de Control Público, promoviendo la mejora continua de sus actividades y productos.
- f. La optimización de la experiencia recogida en el fortalecimiento del control de la gestión universitaria con la labor conjunta entre la SIGEN, las unidades de auditoría interna, la Secretaría de Políticas Universitarias del Ministerio de Educación, la CONEAU y las universidades e instituciones universitarias.
- g. La promoción de la cultura de la autoevaluación y del Informe de Control Interno y Gestión (resolución SIGEN 97/2011), como directrices de buenas prácticas a llevar a cabo por las autoridades máximas de las jurisdicciones y organismos.
- h. Se estableció una alianza estratégica con IRAM y se encararon procesos de certificación de calidad como factor coadyuvante de la mejora en la calidad de gestión del Estado.

Por último, es dable agregar que, respecto de los programas de inclusión social desarrollados por el Gobierno nacional, a través de cada uno de los Ministerios y que impactan en las provincias, se constituyó una Red

Federal de Control Público, conformada por la totalidad de los órganos de control provinciales, además de los municipales, junto a las unidades de auditoría interna de las jurisdicciones del PEN, los Ministerios y la Sindicatura General de la Nación que lleva a cabo bajo procesos similares como los descriptos anteriormente y sistemas de monitoreo propios con normativa, manuales de trabajo y formación específica diferenciada.

4. Red Federal de Control Público

Las situaciones críticas requieren un tratamiento novedoso; tal fue el caso de lo ocurrido en nuestro país a finales del año 2001, cuando una profunda crisis institucional y económica golpeó a la sociedad argentina, con mayor impacto en aquellos sectores más necesitados.

Ello obligó al Estado nacional a atender, en forma prioritaria, a las necesidades primarias y, casi simultáneamente, a diseñar y poner en práctica programas de inclusión para aquellos que, alcanzados por las consecuencias económicas de la crisis, habían quedado fuera del circuito educativo y productivo, y con necesidades sanitarias concretas.

Todo este esfuerzo que el Estado asumió para recomponer el tejido social, debía ser complementado por mecanismos que aseguraran que la fuerte inversión que se realizó en materia social llegara a sus destinatarios, que eran los titulares del derecho que legítimamente poseían como miembros de una sociedad que empezó a actuar de manera inclusiva.

Surgió entonces la necesidad de implementar controles que aseguraran que la política social, a través de sus distintos programas, se desarrollara según lo previsto.

Así, pues, se pasó desde un primer estadio en el que se encomendó a SIGEN el control de la aplicación de fondos transferidos a las provincias con afectación específica —en este caso, programas sociales—, a un paso posterior que implicó orientarse a la auditoría integral haciendo especial hincapié en el control concomitante.

La amplia superficie de nuestro país, así como la dispersión geográfica de su población y la diversidad de costumbres e idiosincrasias existentes, representaban un desafío y una dificultad para el diseño de los mecanismos de control mencionados.

Frente a esta realidad, con la decisión política del Presidente Néstor Kirchner, la comunidad de organismos de control con la incorporación

del Secretariado Permanente de Tribunales de Cuentas de la República Argentina en el año 2004, se integra la Red Federal de Control Público, para dar una respuesta adecuada a la sociedad con controles continuos y contributivos a la gestión.

La Dra. Alessandra Minnicelli definió a la Red en los siguientes términos:

Esta experiencia inédita, se instituye como un emprendimiento organizacional en el que, los órganos y organismos de control, junto a las áreas de gestión ya sean de carácter nacional, provincial o municipal, concurren sinérgicamente aportando cada uno su experiencia y conocimiento de las particularidades de su ámbito de desempeño, transformándose en garantes de la cobertura de control del desarrollo de los programas sociales en todo el territorio nacional. Debe destacarse que de esta forma se logró una integración del país, dando muestra de los valores del Federalismo, ya no como una mera enunciación sino como un desarrollo práctico y de unión de voluntades fraternas frente a la carencia de una importante franja de su población.⁽³⁾

En todo lo expuesto se destaca el rol del control, lo que nos lleva a definir qué se entiende por tal y, en nuestro caso específico, por control interno.

El control interno se trata de un proceso diseñado con el objeto de proporcionar una garantía razonable para el logro de objetivos incluidos en las siguientes categorías:

- a. eficacia y eficiencia de las operaciones;
- b. confiabilidad de la información financiera;
- c. cumplimiento de las leyes, reglamentos y políticas.

Trabajar en el fortalecimiento de los controles internos implica cumplir el objetivo de su constitución como garante de la ejecución de la política social, no desde el rol del mero fiscalizador, sino con el compromiso de aportar a la construcción e implantación de mejores prácticas y de una cultura del control en todos los niveles.

Si asociamos las prácticas a la gestión de los programas de inclusión social, se analizarán los procesos necesarios para su desarrollo y la medida

(3) MINNICELLI, ALESSANDRA, Eficacia, Bs. As., Editorial Atlántida, 2013, p. 173.

en que estos aportan, con un máximo aprovechamiento de los recursos, a lograr una máxima satisfacción de necesidades.

En síntesis, con el análisis concomitante y oportuno de los desvíos y la búsqueda de sus causas, usando como resguardo la confiabilidad y como herramienta los datos aportados por parámetros de eficacia, eficiencia, cumplimiento normativo, se produce la natural sinergia entre control interno y gestión.

Este objetivo se viene logrando a partir de la sumatoria de acciones desarrolladas por la Red Federal de Control Público, donde hoy el auditor ha integrado a su rol de controlador el de facilitador.

En muchas oportunidades, los equipos de trabajo, con el aporte de sus conocimientos específicos sobre la actividad evaluada y técnicos en general, transmiten a los operadores mejores prácticas para el desarrollo de su labor. Por ejemplo, cómo llevar un adecuado registro de stocks, cómo documentar adecuadamente sus operaciones, o cómo estivar y resguardar las existencias de medicamentos respetando las normas emitidas por la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica (ANMAT); incluso, en ocasiones, poniendo en su conocimiento actualizaciones normativas que no han recibido por los canales normales de comunicación.

La participación de los organismos de control local (tribunales de cuenta provinciales y municipales; sindicaturas y auditorías) es una muestra acabada de su conciencia del concepto de responsabilidad social.

Es así que, dejando de lado el alcance de sus facultades funcionales, los organismos de control local y la SIGEN, como actores del control externo o del control interno, ante la crisis responden construyendo esta experiencia inédita.

La misma se concreta como un emprendimiento organizacional novedoso en el que los órganos y organismos de control, junto a las áreas de gestión —ya sean de carácter nacional, provincial o municipal— concurren sinéricamente aportando cada uno su experiencia y conocimiento de las particularidades de su ámbito de desempeño, transformándose en garantes de la cobertura de control del desarrollo de los programas sociales en todo el territorio nacional.

Debe destacarse y reiterarse que la labor ejercida no se limitó únicamente al hallazgo de desvíos o acciones pasibles de corrección, sino que también se

ejerció un control contributivo y facilitador de la gestión de cada programa, aportando conocimientos que hacen a la eficacia, eficiencia y legalidad de los actos.

Así pues, la Red Federal de Control Público cuya vigencia en un principio se circunscribió al marco de la emergencia social, se constituyó en una importante actora del control a nivel nacional, que hoy hace un aporte valioso a la transparencia y el control que tienen que tener los programas de inclusión social emitidos por el gobierno nacional, y que impactan en cada uno de los pueblos de todo el país, atendiendo necesidades que van más allá de lo coyuntural.

Teniendo en cuenta que a lo largo de estos últimos años, el Gobierno nacional ha adoptado la firme decisión política de continuar con la implementación y profundización de medidas tendientes a superar la situación de riesgo colectivo originado en las circunstancias críticas acaecidas en nuestro pasado reciente, con efectos sobre nuestro presente, los presupuestos continúan dando prioridad a los recursos destinados a la inversión social y a las asignaciones que tengan un efecto positivo en las economías regionales, siendo particular su relevante incidencia respecto del total del gasto público.

Es decir, hay un claro compromiso con el desarrollo local que implica repotenciar la educación, la salud, la generación de empleo, los vínculos solidarios desde los lugares territoriales de convivencia; una visión estratégica de crecimiento con desarrollo humano, que centra la mirada en un proyecto nacional que parte desde el trabajo en el territorio hacia la integración en un país federal.

Frente a esta realidad de dimensiones totalmente distintas, tanto en lo que a la hace a la sensibilidad social que lleva implícita como a la magnitud de los recursos que involucra, la actividad de control no podía mantenerse ajena a los cambios que imponía el contexto. Por ello, la comunidad de los organismos de control se mantiene unida para dar adecuada respuesta a esta exigencia, llevando a cabo una experiencia que no registra precedentes.

La construcción de capacidades institucionales a nivel local es uno de los aspectos sobre los que se ha venido trabajando desde el Gobierno nacional, y constituye uno de los ejes en los que la Red Federal de Control Público, que enfoca su labor procurando aportar valor a la cadena de producción pública.

La Red Federal de Control Público se instituye como un emprendimiento organizacional que integra y complementa a las estructuras estatales de fiscalización y auditoría, con el fin de evaluar el desempeño de los programas sociales ejecutados por las jurisdicciones de carácter nacional. Se constituye, además, como la garante de cobertura de control en el ámbito nacional, a través de relevamientos y acciones directas en el campo de ejecución de la política social.

Si bien es cierto que la rendición de cuentas es una obligación del administrador (con sus responsabilidades emergentes) y un derecho del ciudadano de conocer en qué se invierten los recursos públicos, también es cierto que, en oportunidad de su presentación, se refiere a cuestiones consumadas.

En cambio, la mirada sobre los procesos, el análisis concomitante y oportuno y la búsqueda de las causas de los desvíos, en procura de su reversión, es el valor agregado que pueden aportar —y aportan— los organismos de control desde la Red Federal. En esto ha radicado fundamentalmente el eje de su evolución, el enfoque sobre los controles internos integrados a los circuitos administrativos y operativos.

En la actualidad, los reportes resultantes no solo son comunicados a las autoridades nacionales competentes a través de la Sindicatura General de la Nación, sino que, además, cada organismo de control local responsable de la auditoría y emisor del correspondiente informe, lo remite a las autoridades competentes de su jurisdicción. De este modo, están en conocimiento de sus conclusiones todos los estamentos que componen la cadena de producción del programa social de que se trate.

Lo expuesto, seguido de un seguimiento por los distintos estamentos participantes sobre el resultado de los controles adoptados, permite la verificación de la regularización de las observaciones.

El resultado alcanzado con esta iniciativa resultó ampliamente positivo, generándose una instancia de control dada por la actuación sinérgica de los órganos y organismos de control, junto a las áreas de gestión de carácter nacional, provincial o municipal. Ello fue así considerado por la Sra. Presidenta Cristina Fernández de Kirchner, quien dictó el decreto 38/2012 por el que se reconoce a la Red Federal de Control Público como instrumento de integración federal y de ordenamiento territorial que contribuye al ejercicio del control de la gestión de los programas de inclusión social implementados y/o financiados por el Gobierno nacional.

La Red Federal de Control Público quedó, por ese instrumento, integrada por la Jefatura de Gabinete de Ministros; por los Ministerios de Desarrollo Social, de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, de Educación, de Salud, de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios y de Agricultura, Ganadería y Pesca; y por las respectivas unidades de auditoría interna de cada Ministerio; por el Consejo Nacional de Coordinación de Políticas Sociales; por la Sindicatura General de la Nación; y por los órganos de control provinciales y municipales adheridos.

En este marco, en la actualidad, la Red Federal controla 26 programas de inclusión social, a través de la participación de 28 órganos de control provinciales, 13 municipales y 7 unidades de auditoría interna del Poder Ejecutivo Nacional —todos coordinados por la Sindicatura General de la Nación—, las que, en base a criterios homogéneos y a un planeamiento previamente acordado, producen en promedio 200 informes de auditoría al año, con una cobertura territorial que alcanza a aproximadamente 600 visitas a diferentes localidades del interior de nuestro país.

En síntesis, la Red Federal de Control Público se constituyó a partir de una integración federal con miras a colaborar, mediante el aporte del control contributivo, a que las distintas instancias del Estado pudieran, en primer término, atender las necesidades básicas insatisfechas de un amplio sector de la población y, simultáneamente, promover la inclusión de los sectores marginados. Su mirada puesta en las necesidades de la gente y su sentido ético de responsabilidad social, sumados a la capacidad de sus cuadros técnicos, hicieron que la Red Federal de Control Público tenga un formal reconocimiento como instrumento de integración federal y de ordenamiento territorial que contribuye al ejercicio del control de la gestión de los programas de inclusión social implementados y/o financiados por el Gobierno nacional.

La importancia de su trabajo, así como su compromiso con la responsabilidad social, le valió el reconocimiento y la integración con las autoridades y organismos de control de la región, siendo un miembro activo y de presencia valorada por la comunidad de control de Latinoamérica.

5. Responsabilidad social y formación profesional

Los cambios de conductas de los que integran las organizaciones no vienen solos; debe haber, en primer término, una decisión política de quienes las conducen, y acompañamiento de sus equipos.

En ellos juega un papel vital el valor agregado que generan sus trabajadores. Para ello deben generarse programas de formación y capacitación adecuados con la finalidad de que se puedan articular políticas y crear un círculo virtuoso entre quienes gestionan y controlan para que ambos tengan el objetivo bien claro.

Por ello se deben formar servidores públicos social y éticamente responsables, teniendo como premisa que, detrás de un expediente, hay una necesidad, y que está en juego el derecho de una persona.

En ese marco, se dispuso por parte de la Presidenta de la Nación, Cristina Fernández de Kirchner, la creación, en el año 2010, en el ámbito de la SIGEN, del Instituto Superior de Control de la Gestión Pública (ISCGP), que se consolidó como una entidad de referencia en la capacitación permanente y perfeccionamiento técnico específico de los funcionarios del Gobierno nacional, provincial y municipal. Teniendo en cuenta las competencias del sector público nacional, y las necesidades actuales y esperadas en materia de gestión y control de políticas públicas, se generó una amplia oferta académica.

En este Instituto, uno de los ejes de la formación profesional de los trabajadores públicos abocados a la gestión o al control fue la creación de un Programa de Ética y Responsabilidad Social del Servidor Público por el cual se les brinda a este herramientas para el pensamiento crítico y se dota de conciencia social a cada funcionario para que brinde ese valor necesario que hace la diferencia en el rol que cumple el Estado nacional.

También se focalizó el Instituto en el dictado de especializaciones, actualizaciones y programas, tales como la Especialización en Control de Gestión Ambiental, las Actualizaciones en Control y Auditoría de la Tecnología de la Información y en Auditoría Interna Gubernamental y diversos programas entre los cuales podemos mencionar: Innovación, Tecnología y Comunicación en la Gestión Pública; Diversidad, Gestión de la Calidad en el Sector Público Nacional; Teletrabajo para la Administración Pública Nacional; Gestión de la Obra Pública; Prevención de Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo y Balance Social.

Es dable citar que durante la presidencia pro tempore de Argentina en el Mercosur, se reactivó la Reunión Especializada de Organismos Gubernamentales de Control Interno (REOGCI), realizándose reuniones de trabajo muy productivas a nivel de formación en control concomitante, creándose

el Centro de Investigación, Capacitación y Desarrollo de Control Interno del Mercosur, cuyo funcionamiento se estableció en el ámbito del Instituto.

Asimismo, en el ámbito del Mercosur, y conforme la propuesta Argentina, se realizaron importantes avances para el fortalecimiento de los controles y la uniformidad de criterios, aprobando normativa vital para pasar del control meramente formal al control que otorgue valor agregado a la gestión pública.

6. Conclusión

En síntesis, para desarrollar un control concomitante que contribuya a quien gestiona, debe tenerse presente el objetivo que tiene el Estado nacional, que está fijado por nuestra Constitución Nacional y es llevado a cabo por los representantes del pueblo.

Para ello fue fundamental y prioritario dotar a las áreas del gobierno nacional de una planificación estratégica, ya que destaca la aptitud de una organización para pensar, actuar y aprender estratégicamente. Es decir, estrategia no es solo un plan; es también su ejecución y, sobre todo, un aprendizaje que, más allá de la consecución final de los objetivos propuestos, contribuye a aumentar las capacidades organizacionales, lo que no puede dejar de redundar en un mejor cumplimiento de los mandatos; en la creación de valor público; y en el enaltecimiento del rol del control público dentro de la organización del Estado y ante la sociedad.



Responsabilidad social de los jueces

WALTER F. CARNOTA⁽¹⁾



1. Introducción

En nuestro diseño constitucional originario, la función judicial fue “clonada” del esquema norteamericano. Los arts. 116 y 117 CN —en su actual numeración, fruto de la revisión ocurrida en 1994— son eco del art. III de la Constitución de Filadelfia de 1787. Muchas de las instituciones basales de la judicatura de los Estados Unidos fueron receptadas por nuestro constituyente originario y por los legisladores de las leyes de organización 27 y 48, *inter alia*.

Ahora bien: nuestro derecho infra-constitucional ha sido claramente inspirado, por el contrario, por el derecho continental romanista. La base codificada de nuestro ordenamiento brindó a sus operadores judiciales un cariz “profesionalista”, casi burocrático, que no se avino al modelo norteamericano signado por el *Common Law*.

Los préstamos en el derecho comparado tienen que darse donde el campo sea propicio para que ellos prendan. Así circulan los modelos con facilidad. De lo contrario, hay resistencias, “copias infieles” o lecturas deficitarias del esquema primigenio.

En materia de recepción de modelos, los argentinos no siempre hemos copiado bien. Hay veces que hay algo del árbol original que no se trasplanta, por lo que el brote —claro está— sale diferente. Hay instituciones, por lo

(1) Abogado y Doctor en Derecho (Facultad de Derecho, UBA). Profesor Titular Regular (Facultad de Derecho, UBA). Profesor Titular Regular de la Facultad de Ciencias Económicas

demás, que son endógenas a determinado lugar, con difícil replicación en otras, para lo que siempre debe tenerse en cuenta a la cultura receptora.⁽²⁾

Nuestro Poder Judicial, que abrevó notoriamente en las fuentes históricas norteamericanas, no es —sociológicamente hablando— el de los Estados Unidos. Si bien el derecho judicial de este último país fue pionero en el requisito de “causa o controversia” para provocar la intervención de los magistrados, ello no significó que negase por completo una visión más política y social, no necesariamente partisana ni agonal, del objeto de adjudicación.

Para complicar aún más el panorama descripto, la Reforma de 1994 brindó al documento en su conjunto una coloración más europea, fruto de las experiencias de la Segunda Posguerra. Los órganos de control; el Consejo de la Magistratura, que gravita decisivamente en el reclutamiento judicial; y la jerarquización de los tratados internacionales de derechos humanos simplemente, no existen en Estados Unidos. El “entorno” en el que se mueve la judicatura es otro bien distinto.

2. El problema

La filiación norteamericana de la institución judicial norteamericana hace pensar a muchos en un magistrado de talante individualista, funcional a la común aceptación al liberalismo por parte de los dos partidos políticos predominantes que puntualizaba Maurice Duverger.⁽³⁾ Además, la tradición revolucionaria francesa, de desconfianza hacia la judicatura⁽⁴⁾ por su origen vinculado con la realeza depuesta (la llamada “nobleza de toga”), también aislabía en cierta medida a los magistrados del resto del conjunto social. Los estudios judiciales comparativos, empero, han resaltado notas o aristas que hacen al rol del juez en la sociedad.

Han abundado —como se sabe— las indagaciones acerca de la responsabilidad social empresarial (RSE). El mundo económico y financiero se ha visto sacudido por esta noción, que percute en el papel de las empresas de cara a la sociedad que las cobija y alberga. Las empresas ya no pueden

(2) WATSON, ALAN, *Legal Transplants (An Approach to Comparative Law)*, Athens, Georgia, University of Georgia Press, 2003, p. 108.

(3) DUVERGER, MAURICE, *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*, Barcelona, Ariel, 1970, p. 334.

(4) GARCIA DE ENTERRIA, EDUARDO, *Revolución Francesa y Administración Contemporánea*, Cizur Menor, Navarra, Thomson-Civitas Aranzadi, 2005, p. 49.

ser indiferentes a las realidades sociales, a los daños e impactos ambientales o a la incidencia de los cambios tecnológicos sobre esas sociedades. Se ha llegado a hablar de un “derecho humano a la responsabilidad social empresaria”, para marcarle las fronteras a un capitalismo que aparecía desenfrenado y desmarcado. Las personas, en la contextura grupal de la sociedad, tienen derecho a evitar los abusos del derecho generado por monopolios, oligopolios y “posiciones dominantes”. Ya García Pelayo⁽⁵⁾ hablaba de una “democracia empresarial”. De algún modo, el art. 42 CN, redactado en 1994, va en esa dirección. El mercado es valor constitucional, pero en ciertas y precisas condiciones prefijadas por el constituyente revisor.

Los jueces se ubican en el entramado social y no fuera de él, pese al rol técnico que ostentan. Más allá de que deben atender prioritariamente a las necesidades del “caso” bajo examen, ello no los releva de ver la sociedad en su conjunto. Esa inserción conlleva derechos, pero también deberes, que hacen a la pertinente responsabilidad social en su función. Generalmente, se ha visto la responsabilidad judicial desde el plano individual, del estatuto del magistrado.⁽⁶⁾ Es hora de avanzar en la dimensión social.

En la actualidad, y de la mano de los llamados “nuevos constitucionismos”, se ha realizado la figura del magistrado (el famoso “juez Hércules” del que hablaba Dworkin), adobándolo con ribetes protagónicos y proactivos en el “descubrimiento” —a veces sin la debida *interposition legislatoris*— de nuevos derechos y facultades. En el contexto que va descripto, la responsabilidad social judicial se incrementa, ya que el magistrado asume un papel destacado en el juego de las instituciones, a veces con roles supletorios no adecuadamente reglamentados ni definidos. Dentro de estos bordes borrosos, es donde se debe mover la responsabilidad del juez.

3. Para empezar: el precedente

Nuestra arquitectura judicial se asemeja, tal como fue dicho, a la norteamericana: una Suprema Corte en la cabeza o cúspide de la pirámide, impuesta por creación constitucional, varias Cámaras de Apelaciones

(5) GARCIA PELAYO, MANUEL, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, Alianza Editorial, 1982, p. 50.

(6) MARTINEZ DE ALARCON, M. Luz, *La independencia judicial*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, p. 32.

(Federales y Nacionales en nuestro caso, Federales de Circuito en los Estados Unidos) abarcadoras de una o más entidades federadas, y jueces de primera instancia (fедерales, en Argentina y de distrito, en el caso norteamericano). Sin embargo, la faena judicial ha sido muy distinta en uno y otro lado.

Pese a que Estados Unidos se independiza de Gran Bretaña en 1776, no todo fue ruptura. Hubo continuidades, y una de esas persistencias fue la doctrina del precedente, oriunda del *"Common Law"*. Estados Unidos no inventó la veneración por el precedente, sino que la heredó de Gran Bretaña, donde este último es, aún hoy, altamente cultivado y respetado.

El precedente da seguridad jurídica.⁽⁷⁾ Pero no solo tiene un provecho para el actor y para el demandado en un pleito determinado quienes saben que el tribunal va a fallar en determinado sentido siguiendo el *stare decisis*. También ello da una señal importantísima a la sociedad: hay previsibilidad, no hay cambios bruscos o drásticos. Y, cuando debe haber, se explica por qué se abandona el precedente, y se adopta un nuevo criterio. El valor del precedente no implica tampoco esclerosis, ni incapacidad para el cambio.

Nuestros jueces, por el contrario, no han sido sumamente proclives a los precedentes. El derecho judicial de la Corte obliga "moralmente". Ha habido situaciones en donde las Cámaras han hecho verdaderas contorsiones para eludir la aplicación directa de una doctrina directa que fluía de la Corte pero que les convencía poco y nada.

La reverencia al precedente no solo hace al cálculo interesado de los que litigan en determinado pleito. Claro que los ayuda, y mucho, "profetizar" cómo resolverá el tribunal determinada cuestión; pero es la sociedad en su conjunto la que se beneficia con reglas claras y no antojadizas o de ocasión.

Dworkin puntualiza:

Cada juez debe verse a sí mismo, al sentenciar un nuevo caso, como un eslabón en la compleja cadena de una empresa en la que todas aquellas innumerables sentencias, decisiones, estructuras, convenciones y prácticas son la historia. Su responsabilidad es continuar esa historia hacia el futuro gracias a su labor hoy. "Debe" interpretar lo que ha venido ocurriendo

(7) RADBRUCH, GUSTAV, *El Espíritu del Derecho inglés*, Madrid, Marcial Pons, 2001, p. 57.

porque tiene la responsabilidad de hacer progresar esa empresa que tiene entre manos antes de tomar de golpe por su propio camino.⁽⁸⁾

Es por eso que estuvimos completamente de acuerdo con la creación, en 2013, de las cámaras de casación en materia no penal (en esta ya existía sin sobresaltos desde 1993) a través de la ley 26.853, como instancia judicial anterior a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con la finalidad de que, por medio de determinadas vías recursivas (como el recurso homónimo), se eviten o minimicen las divergencias jurisprudenciales.

4. Para continuar: la argumentación

Ya Hamilton, en “El Federalista”, decía que el juez no tenía ni la bolsa ni la espada. El poder del juez es convencer. ¿Y cómo logra convencer? Lo hace a través de una buena argumentación jurídica, de un correcto empleo del razonamiento. Se argumenta porque hay una “audiencia”⁽⁹⁾ en la sociedad abierta de los intérpretes constitucionales⁽¹⁰⁾ a la que debe persuadirse de esa —y no otra— solución.

De nuevo, el juez en solipsismo o en excentricidad puede convertirse en autoritario.⁽¹¹⁾ Así como el rey castellano-indiano no motivaba sus sentencias, por prerrogativa regia, un juez que no se sienta vinculado ni histórica (por el precedente) ni empíricamente (por la sociedad) puede fijar un criterio a su antojo o de modo arbitrario.

Fundamentalmente, la argumentación que se emplee debe ser consistente, para que las partes del proceso y la sociedad en su conjunto puedan seguir —y controlar— el razonamiento empleado. No se trata de buscar conceptos oscuros o frases rebuscadas. Todo lo contrario: ello se vincula con la utilización de juicios consistentes con las reglas de la lógica.⁽¹²⁾

(8) DWORKIN, RONALD, “Cómo el Derecho se parece a la Literatura”, en AAVV, *La decisión judicial (El debate Hart-Dworkin)*, Bogotá, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, 2002, p. 167.

(9) BAUM, LAWRENCE, *Judges and Their Audiences (A Perspective in Judicial Behavior)*, Princeton, Princeton University Press, 2006, p. 60.

(10) Expresión que ha utilizado muchas veces HÄBERLE, PETER, *El Estado Constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 2007, p. 265.

(11) ANDRUET (h), ARMANDO S., “Acerca del judicialismo o autoritarismo judicial”, en GHIRARDI, Olsen S., *Discusiones en torno del Derecho Judicial*, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2008. p.36.

(12) CARNOTA, WALTER F., “Control de constitucionalidad y logicidad”, en *La Ley*, tomo D, Buenos Aires, 2014, p. 727.

Claro que cada magistrado o cada integración de un Tribunal colegiado podrán usar una determinada línea interpretativa. En esta materia, no hay dogmas, ni esquemas cerrados. Hay libertad de cultos. Es que la interpretación es “un acto de voluntad, que consiste no en tomar conocimiento del único significado, sino en decidir ‘un’ significado en el ámbito de los varios significados igualmente posibles”.⁽¹³⁾

Habrá tribunales más historicistas, o más evolucionistas, o más literalistas. Se tratará de explicitar la corriente seguida, el enfoque o el abordaje empleado para resolver la litis sometida a adjudicación, y ser coherente con sus premisas a lo largo del desarrollo de la línea argumental.

El art. 3º CCyC prescribe: “El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada”. En realidad, ello parece ser más un piso que un techo, un “mínimo” que el magistrado debe necesariamente satisfacer. Pero no basta con una fundamentación razonable. Debe haber una coherencia interna en el razonamiento seguido, y otra externa: de cara a la sociedad.

Vigo⁽¹⁴⁾ distingue la interpretación de la argumentación. Así como en el esquema del Estado legal de derecho la interpretación se basaba en la selección y aplicación de ciertos modelos (el literal, el sistemático, el historicista), la argumentación se despliega —según este jurista— en el Estado constitucional de derecho desde la propia Constitución. Respetuosamente, disentimos. En el derecho constitucional, estamos acostumbrados a interpretar “la Constitución”, pero también, con perspectiva, “desde la Constitución”. Para nosotros, los pliegues de la argumentación le dan mayor riqueza, volumen y consistencia al material interpretado, con arreglo a uno de los modelos hermenéuticos elegidos. Claro que la argumentación es más sofisticada, porque presupone interpretar. La interpretación es —si se quiere— una operación más sencilla. Pero no creemos que interpretación y argumentación sean divergentes, ni representativas de momentos diversos de la evolución jurídica.

Repetimos que, cuanto más argüente, el juez desarrollará mejor aún su funcionalidad social.

(13) GUASTINI, RICCARDO, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, Madrid, Trotta, 2010, p. 42.

(14) VIGO, RODOLFO L., “De la interpretación de la ley a la argumentación desde la Constitución”, en Vigo, Rodolfo Luis y Gattinoni de Mujia, María (dirs.), *Tratado de Derecho Judicial*, tomo I, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2013, p. 35.

5. La ponderación

La palabreja mágica del s. XXI es la ponderación. “We live —dicen algunos— *in an age of balancing*”. Ponderar implica sopesar o calibrar “criterios que demandan acciones diferentes, a medir el peso de razones opuestas mediante su colocación en los platillos de una balanza”.⁽¹⁵⁾ ¿Qué es lo que se mide o sopesa? Diversos valores o bienes jurídicos antagónicos. De este modo, se soluciona “un determinado problema constitucional”.⁽¹⁶⁾

El derecho decimonónico era más sencillo o más geométrico y evocaba una operación casi aritmética y robotizada de subsunción, de neto corte deductivista. El mundo actual es mucho más complejo: interdependiente, desafiante, cambiante. Un fenómeno en un lugar puede provocar reverberaciones a miles de kilómetros de distancia. Hay afectaciones, como las ambientales, que no reconocen fronteras políticas ni delimitaciones precisas del daño producido. Hay ramas del ordenamiento —el derecho del consumidor— que se resisten a ubicarse en el campo público o privado.

Como se interpreta y se argumenta, se pondera. Los argumentos no se suman ni se restan. *Iudex non calculat*. Hay un juicio de proporcionalidad, un “balancing test”, que confronta diversas situaciones jurídicas, todas dignas —al menos, originariamente— de tutela. Y ello incluye a los intereses individuales, grupales y sociales, como ha sostenido la entonces Alzada judicial británica, la Cámara de los Lores,⁽¹⁷⁾ antes de que comenzara a actuar la Suprema Corte del Reino Unido.

6. En la división de poderes

Generalmente, se visualiza a la división de poderes como una garantía institucional para cada ciudadano. Sin dudas, es uno de los contenidos que tipifica y signa a la república democrática. El poder debe estar equilibrado y compensado, para que no sea excesivamente gravoso a sus destinatarios.

(15) ARROYO JIMÉNEZ, Luis, “Ponderación, proporcionalidad y Derecho Administrativo”, en Ortega, Luis y De La Sierra, Susana (coords.), *Ponderación y Derecho Administrativo*, Madrid, Marcial Pons, 2009, p. 20.

(16) BERNAL PULIDO, CARLOS, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 183.

(17) Por ejemplo, ello se advierte en *Huang v. Secretary of State for the Home Department*, citado por YOUNGS, RAYMOND, *English, French & German Comparative Law*, Londres y Nueva York, Routledge, 2014, p. 136.

Claro que la división de poderes actúa como “freno y contrapeso”. Pero también hace que cada órgano no se inmiscuya indebidamente en las funciones de los demás, más allá del criterio material de división de funciones. Cada órgano despliega así, una función preponderante o esencial, más allá de que residualmente cumpla otras. Por lo demás, y al explicar las implicaciones del principio *“in dubio pro legislatore”*, se ha dicho que, “cuanto mayor sea el consenso parlamentario y extraparlamentario que obtenga una ley, mayor fuerza debe tener la presunción de constitucionalidad”.⁽¹⁸⁾

La sociedad está interesada en que cada órgano cumpla con su cometido: ni más ni menos. Cualquier deserción, pero también cualquier usurpación, altera ese delicado mecanismo de relojería, que es la gobernanza constitucional. Ello obliga por igual a los tres órganos del poder del Estado. Ocurre que “no es solo el Estado en abstracto el que ‘interviene’, la Administración de justicia también ‘interviene en sectores cada vez más amplios e importantes de la vida colectiva: medio ambiente, conflictos laborales, prestaciones de la máquina burocrática, actuaciones de la Administración pública’”.⁽¹⁹⁾

7. La aparición del Ministerio Público

Desde un esquema clásico, el proceso judicial era una contienda entre Ticio y Cayo, entre un actor y un demandado, que en lo sustantivo eran generalmente, un acreedor y un deudor. Y más allá de la regla *“favor debiliis”*, las leyes rituales en este campo eran generalmente pro-acredores en el contexto de la economía capitalista.

Ya hacia fines del s. XIX aparece el juez como director del proceso. Y para fines del s. XX, irrumpen otros actores: los “amigos del Tribunal”, los defensores, los fiscales. Cada uno con roles predeterminados y funciones claramente asignadas y perfiladas.

Todos saben lo que hace un fiscal en materia penal: acusa. En las áreas no penales, el papel del Ministerio Público Fiscal es menos perceptible porque es más complejo. Sin embargo, el art. 120 CN, agregado por la revisión constitucional federal de 1994, es contundente: defiende la legalidad y los intereses generales de la sociedad. Ahí la sociedad —todos— dice presente.

(18) FERRERES COMELLA, VÍCTOR, *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 250.

(19) CALVO GARCIA, MANUEL, *Transformaciones del Estado y del Derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 84.

Nuestros vetustos y tradicionales esquemas procesales no están preparados aún en el s. XXI para los procesos o remedios grupales. Sin embargo, no solo debe actuar, por ejemplo, el Defensor del Pueblo, que según el art. 86 del plexo de base “tiene legitimación procesal”. El Ministerio Público, también.

Y qué decir del rol que le incumbe al Ministerio Público de la Defensa, que vela por los derechos e intereses de los “sin voz”, de los más vulnerables, de los que no pueden costearse un abogado caro o mediano. La defensa pública es abogacía en el máximo sentido de la expresión; es conferir voz al que no la tiene, por discapacidad, por carencias económicas, por lejanía, por indiferencia...

8. Síntesis conclusiva

Clásicamente, la función judicial ha sido vista como la tarea necesaria para la motorización o activación de los derechos fundamentales, lo cual es muy cierto. Ello, empero, no debe tornar al juez insensible al contorno social que lo rodea. No se adjudica en el vacío. No se imparte justicia en el aire. Se dice el derecho aquí y ahora. No se trata de la construcción de una sentencia hermosamente escrita, el juez debe intentar “contar con una cierta facilidad de tener, siempre, el oído atento a esa realidad”.⁽²⁰⁾ Por lo demás, se ha afirmado que “toda sentencia es una decisión que se pronuncia en nombre del Estado, de la comunidad política en su conjunto”.⁽²¹⁾

No es menor la responsabilidad de los jueces a la hora de forjar consensos. Al respecto se ha dicho, abogando por ello: “las sentencias de los jueces no son solo piezas formales protegidas por el principio de legalidad, sino que constituyen el vehículo mediante el cual se procura que agentes sociales que tienen intereses muy diferentes y aun antagónicos logren construir un espacio de convivencia colectiva mediante el uso de recursos racionales”.⁽²²⁾

(20) DEL CARRIL, ENRIQUE H., *El lenguaje de los jueces (Criterios para la delimitación de significados lingüísticos en el razonamiento judicial)*, BS. As., Ad-Hoc, 2007, p. 142.

(21) SANTIAGO, ALFONSO (h), *En las fronteras entre el Derecho Constitucional y la Filosofía del Derecho (Consideraciones iusfilosóficas acerca de algunos temas constitucionales)*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2010, p. 147.

(22) BARRAGAN, JULIA, “Decisiones judiciales y desempeño institucional”, en Malem, Jorge; Orozco, Jesús y Vázquez, Rodolfo (comps.), *La función judicial (Ética y democracia)*, Barcelona, Gedisa, 2003, p. 194.

El juez no debe perder de vista la sociedad que lo circunda. Se dice que el derecho público provincial es más “retratista”, en opinión de Sagüés, y es posible que ello así sea. Es difícil no serlo en el marco de sociedades más pequeñas. En cambio, en el plano federal, y cuánto más elevado es jerárquicamente el Tribunal⁽²³⁾ que dicta el fallo, se corre el riesgo de ver el árbol sin percibir el bosque.



(23) HÄBERLE, PETER, *El Tribunal Constitucional como Tribunal ciudadano (El recurso extraordinario de amparo)*, FUNDAp, Santiago de Querétaro, 2005, p. 67.

La debilidad de la Administración

OSVALDO GUGLIELMINO⁽¹⁾



1. Introducción

Este no es un trabajo de tipo académico. Va a ser escrito con el lenguaje más llano y directo posible, a fin de que sea un vehículo cómodo para que cualquiera pueda comprender las ideas que se tratan de transmitir. La sencillez y la claridad debe ser, de todos modos, el estilo de cualquier escrito jurídico; se debe aspirar a ser comprendido por todas las personas, sean o no especialistas en derecho. Los abogados deberíamos intentar escribir con las mismas palabras que usamos cuando hablamos.

Siempre se nos presenta a la Administración como un poder prepotente, avasallador de todo tipo de derechos. Es sabido tanto que, por estar concebida para defender solo el interés general, está dotada de lo que se denomina "autotutela", en tanto puede prescindir de la figura del juez para ejercer determinadas funciones (sin perjuicio de la impugnabilidad judicial posterior) como que sus decisiones pueden ser ejecutadas por ella misma (la "ejecutoriedad"). Pero la fama que se le ha hecho no se produce por esas características que nadie discute, por ser necesarias para el ejercicio de su función. Simplemente, se la acusa de ineficiente ("burocrática") o de estar comúnmente ejercida con desviación de poder, que es una anomalía que se produce cuando el administrador se sirve del poder público que le ha confiado el Estado (es decir, la ciudadanía) para ponerlo al servicio de sus propios deseos o intereses, personales o políticos. Es probable que esa sea

(1) Ex Juez en lo Contencioso Administrativo Federal. Ex Procurador del Tesoro de la Nación.

una prédica más apoyada en concepciones ideológicas de tipo neoliberales que producto de un análisis técnico y empírico. Es decir, el viejo y reiteradamente fracasado experimento que propugna un Estado chico y mercados autorregulados, que tanto daño produce en los países donde se ensaya.

Por supuesto, aquí no se va a negar que esas disfunciones ocurren y siempre ocurrirán, porque si hay algo seguro en la naturaleza del ser humano, es su falibilidad. Y la Administración es, precisamente, un conjunto de personas, así que el error está garantizado. La comprensión de esa condición, justamente, es lo que nos debe servir para reconocerle a esa adversidad la potencia que tiene a fin de comprender que nos obligará a una lucha sin descanso. Jamás debemos abandonar la aspiración de cubrir los cargos públicos con base en la virtud. Sabemos que no tenemos una vacuna infalible contra el error (inevitable, por su condición humana); de lo que se trata es de reducir su frecuencia.

Lo que aquí se va a señalar es que nuestro sistema legal está permitiendo un abuso de prerrogativas por parte de personas o instituciones legitimadas para accionar, lo que lleva a debilitar la acción de gobierno. Se está abusando de las medidas cautelares contra la Administración y también de la figura del amparo.

Este trabajo también parte de una concepción ideológica —naturalmente, como todo lo que surge del pensamiento de cualquier ser humano—, pero no está concebido para favorecer contextualmente a alguna Administración sino a todas. ¿A alguien le parecería buena idea dificultar las funciones del administrador de un consorcio de propiedad horizontal, por ejemplo?, ¿que la decisión de comprar determinados artículos de limpieza o lo que fuera pueda ser suspendido porque se oponga algún vecino? En escala, algo así sucede cuando dejamos las decisiones de la Administración en el grado de labilidad en el que hoy se encuentran.

Veamos.

2. La justicia cautelar

El autor de este trabajo ya ha publicado un pequeño ensayo en el que cree haber demostrado que el sistema de medidas cautelares, en el orden federal, contiene un defecto sistémico que perjudica gravemente a la Administración, paralizando su acción por largos años a pesar de no haberse dictado sentencia de fondo. Se trata del diagnóstico de un problema que

difícilmente va a ser superado por la nueva Ley 26.854 de Regulación de las Medidas Cautelares en causas en las que el Estado es parte o interviene.⁽²⁾

Lo primero que hay que tener en consideración es que el actor es el sujeto apurado del proceso. Quiere encontrarse cuanto antes con el derecho del que se cree injustamente privado. Por eso la caducidad de la instancia pende sobre él. El legislador procesal le está diciendo: “usted es el que está apurado, ¿no? Entonces, si no impulsa el proceso en determinados lapsos, lo sanciono con el archivo de la causa”.

Ahora bien, el sentido de las medidas cautelares, en derecho público o privado, consiste en garantizar la eficacia de la sentencia en el caso en que sea el demandante quien gane el pleito.

Pero veamos las diferencias esenciales que se producen cuando las cautelares se disponen en esos dos diferentes ámbitos.

Una figura clásica de la cautelar privada es el embargo preventivo. En una orden de no innovar sobre un inmueble, por ejemplo, se persigue impedir que el demandado (el deudor, según el actor) se insolvente, enajenándolo. Pero el actor, aun con la medida precautoria ya dictada a su favor, no se queda con la propiedad de ese inmueble. No lo disfruta sino en calidad de garantía del proceso. Por eso, mantiene su rol de apurado, porque no se queda, siquiera interimamente, con el objeto disputado en el proceso. Eso es lo que sucede comúnmente en las disputas privadas.

En las cautelares dispuestas en un caso contencioso administrativo, en cambio, el efecto es inverso. El demandante que obtiene una medida cautelar contra la Administración, lo que logra, normalmente, es paralizar la acción de esta, que ahora no va a poder cobrarle un impuesto, o despedirlo, etc. Es decir, ahora tiene el objeto del proceso en su poder. Entonces, pierde su rol de apurado. Sin embargo, y aquí viene el problema, el proceso sigue regido por reglas procesales que lo asumen como el urgido. Así, siguen imperando sobre él las normas de caducidad de instancia. Pero, como ahora lo que le conviene es que el proceso se prolongue o, en todo caso, no le preocupa la demora, va a manejar el expediente en los límites de esos plazos de perención, logrando que dure años.

(2) GUGIELMINO, OSVALDO, “El defecto de las medidas cautelares contra la Administración”, en LL, mayo del 2014.

Se pueden pensar varias soluciones. Que ante la concesión de la medida se reduzcan los plazos de caducidad; que, además de ello, se obligue a formar incidente de apelación de la decisión, etc. Pero en este trabajo solo nos proponemos mostrar el fenómeno. Se haría muy extenso si nos propusieramos ensayar en extenso las soluciones que pueden pensarse para resolver el problema.

3. Los amparos

Acá también el defecto es grave, pero puede explicarse fácilmente y de modo breve.

La Administración tiene una sola personalidad jurídica, de modo que cuando es actora, tiene una sola chance de ganar un pleito judicial.

En cambio, cuando es demandada, debe ganar todos los casos en que se la demanden por la misma causa. Supongamos que hay 60 jueces federales de primera instancia en todo el país. Pues bien, si gana 59 de esos casos pero pierde uno solo, su acto es suspendido o invalidado. Por alguna razón, no se aplica el último párrafo del art. 4º de la Ley 16.986 de Acción de Amparo ("Cuando un mismo acto u omisión afectare el derecho de varias personas, entenderá en todas esas acciones el juzgado que hubiera prevenido, disponiéndose la acumulación de autos, en su caso").

Esto sucede todo el tiempo. Sobre todo, en temas de naturaleza institucional o política. Es un tema que no debe ser analizado de modo contextual. Es una debilidad que tiene y va a tener cada Administración, cualquiera sea el signo político que tenga. Como siempre, tratarlo con la seriedad que tiene, va a requerir de nuestra madurez y nuestra decisión de darnos reglas de juego claras.

4. El daño que le hacemos al Estado cuando tenemos el poder es siempre circunstancial

Uno de los defectos más graves que mostramos los argentinos cuando ejercemos el poder, viene, parece, de no comprender el concepto de activos del Estado. Un activo del Estado es el funcionario que ha demostrado idoneidad en su cargo en el que ha sumado gran experiencia. Estamos hablando, especialmente, de cargos para los que se necesita una técnica que pocos conocen. Sobre todo, de tipo científico. Pensemos en salud, energía, tecnología. Son, sobre todo, cargos que están ligados a un saber

que pocos tienen. No es el caso del derecho, claramente, porque la Argentina tiene una abogacía excelente.

En lugar de profesionalizar el rango de Subsecretario, por ejemplo, politizamos hacia abajo, a los directores generales o nacionales.

Es un error. Las administraciones funcionan gracias a las burocracias. La aspiración debe ser alcanzar la Administración más profesional posible. De no ser así —y no es así— nos pasamos todo el tiempo ensayando con los cargos para, cuando los aprendimos, volver a empezar con otro cambio hecho por el próximo gobierno.

La cobertura de muchos cargos no suma a la política. Con el Ministro y el Secretario de Estado es perfectamente suficiente para señalar y ejercer la política del gobierno.

Un caso paradigmático de activo del Estado es el actual Ministro de Ciencia y Tecnología, Lino Barañao. Se lo señala aquí porque sirve para explicar el concepto. Si solo fuera un científico de renombre mundial no encajaría en la categoría de activo que aquí se quiere destacar. Es un activo porque, a sus cualidades personales y profesionales, ahora le agrega que es el único científico argentino que tiene experiencia de años en la gestión de la ciencia y la tecnología. ¿Por qué cambiarlo? ¿Por qué perderlo?



El Plan Energético Nacional 2004-2019

El marco regulatorio como sustento del cambio de paradigma nacional

RAFAEL ENRIQUE LLORENS,⁽¹⁾ PABLO EMILIO CAMPI⁽²⁾
y ADRIÁN MARCELO BELLONE⁽³⁾



1. Introducción

El abordaje de la problemática energética en nuestro país ha resultado de un arduo trabajo que ha insumido el despliegue de distintas estrategias enmarcadas en un mismo objetivo: revertir el proceso de desinversión del sector, modificar la matriz energética para insertarla en un modelo federal de crecimiento económico con inclusión social.

(1) Abogado. Subsecretario Legal del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, desde septiembre de 2006. Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora. Conjuez en la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Buenos Aires por el Dpto. Judicial de Lomas de Zamora, desde 2005.

(2) Abogado. Director General de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, desde 2007. También cumplió funciones como Subgerente de Asuntos Jurídicos y Coordinador de Asuntos Contenciosos del ex Organismo Nacional de Administración de Bienes (ONAB).

(3) Abogado. Jefe de Gabinete de Asesores de la Subsecretaría Legal del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios., anteriormente se desempeñó como Subsecretario de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Seguridad de la Nación y previamente como Coordinador del Área Telecomunicaciones de la Dirección General de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios.

La creación del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios en 2003 por el entonces Presidente Néstor Kirchner, significó el punto-pié inicial de políticas públicas destinadas a cumplir con el objetivo trazado.

En 2004 se presentó ante la sociedad el Plan Energético Nacional 2004-2019. El Plan contempló la ampliación de gasoductos y plantas compresoras, la terminación de obras estratégicas como Yacyretá y Atucha II, la construcción de centrales termoeléctricas e hidroeléctricas, líneas de transporte eléctrico, obras de transformación y de distribución eléctrica, impulso a la actividad nuclear, energías renovables, biocombustibles, y exploración y desarrollo de los recursos hidrocarburíferos convencionales y no convencionales.

El desafío planteado entonces, era superar el marco jurídico-regulatorio implantado en el proceso neoliberal de la década del 90 que se inició con el proceso de privatización de los servicios públicos y que culminó en la debacle de fines de 2001.

Ahora bien, interesa entonces revelar cuáles han sido los aportes más significativos, desde el derecho administrativo, tendientes a coadyuvar en la consecución del modelo de país y sociedad planteado por el gobierno nacional desde 2003 a esta parte en el ámbito que nos ocupa.

En ese sentido, el Plan Energético Nacional 2004-2019, lanzado por el presidente Dr. Néstor Kirchner y ejecutado a través del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, ha funcionado como plataforma de políticas públicas que, en el devenir de estos años, ha tenido su consecuente correlato en un plexo normativo a través del cual se ha visto materializado.

En ese contexto, y por imperio de la Ley 25.561 de Emergencia Pública, se desarrolló el proceso de renegociación contractual dispuesto por el art. 9º de la misma norma, en el cual se aclaró que, en el caso de los contratos que tengan por objeto la prestación de servicios públicos, deberán tomarse en consideración los siguientes criterios:

1. el impacto de las tarifas en la competitividad de la economía y en la distribución de los ingresos;
2. la calidad de los servicios y los planes de inversión, cuando ellos estuviesen previstos contractualmente;
3. el interés de los usuarios y la accesibilidad de los servicios;
4. la seguridad de los sistemas comprendidos; y
5. la rentabilidad de las empresas.

Ocurrido el proceso de renegociación de los contratos de servicios públicos, el desafío entonces era procurar herramientas político-jurídicas eficaces, que sostuvieran un modelo de crecimiento económico, de rein-dustrialización con un alto incentivo de la demanda y el consumo y, sobre todo, con inclusión social.

La prosecución del interés público comprometido por el gobierno, ne-cesariamente colisionó con el sistema implantado hasta entonces, como se dijo, con un fuerte contenido privatista, en donde el interés del sector privado primaba por sobre el del Estado y el de usuarios y consumidores.

Adequar esa estructura normativa implicaba, por un lado, un grado super-lativo de creatividad que permitiera solventar los requerimientos del sector, en cuanto a régimen tarifario y de inversiones y, por otro lado, sostener la demanda sin afectar a los usuarios particulares y a los del sector productivo.

Ese proceso de construcción normativa, que evidencia un cambio en el paradigma de Estado, es el que se tratará de evidenciar —planteado de manera cronológica— en un breve recorrido por los distintos ámbitos de competencia de los recursos energéticos.

2. La construcción de la soberanía petrolera

El marco coyuntural con el que se encontró el Gobierno nacional a princi-pios de 2003 básicamente era un esquema privatista con precios dolariza-dos, pero insostenibles, luego de la crisis cambiaria pos-convertibilidad.

Además, la producción de gas y petróleo se encontraba estancada y en franco declive, en contraste con una creciente demanda como resultado del desarrollo económico.

La creación de Energía Argentina Sociedad Anónima (Enarsa) con la san-ción de la ley 25.943, a poco de ser presentado el Plan Energético Na-cional, estuvo relacionada con la necesidad política del Estado de contar con un espacio en el oligopolio desarrollado en el mercado petrolero argentino luego de que la antigua Yacimientos Petrolíferos Fiscales (YPF), la mayor empresa del país, fuera privatizada durante la década del 90.

Aquí es donde el poder administrador visualiza el interés público com-prometido, representado en la necesidad de contar con un instrumento institucional y un andamiaje jurídico que sirva de herramienta para imple-mentar políticas públicas y además, sirva de brazo ejecutor de aquellas.

En otro orden, y como consecuencia de la manda Constitucional de 1994 que en su art. 124 dispuso: "Corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio", se sancionó la reforma del remitido art. 1º de la ley 17.319, modificado por el art. 1º de la ley 24.145, que transfirió el dominio de los hidrocarburos a las provincias y se reservó la jurisdicción sobre los mismos, en consonancia con lo dispuesto por el art. 75, inc. 12 CN.

El antecedente inmediato de la reforma se remonta al dictado del Decreto de Necesidad y Urgencia (DNU) 546 de 2003, motivado por la necesidad de resolver la situación, jurídicamente ambigua, producida por el hecho de que las provincias, titulares del dominio por mandato constitucional, carecían de los instrumentos legales que les permitieran ejercer en forma apropiada y efectiva los derechos derivados de dicho dominio, tales como, por ejemplo, el derecho a licitar y a otorgar permisos y concesiones.

Si bien la reforma introducida por la ley 26.197 es una ley del congreso, y, por ende, fuera del ámbito estricto del derecho administrativo; un análisis más minucioso de su génesis nos lleva a concluir que su dictado y sanción responden de manera directa a la consecución de políticas públicas que han sido diagnosticadas, analizadas y formuladas por la Administración.

En efecto, la reforma legal nació como consecuencia del Acuerdo Federal de Hidrocarburos 2006, suscripto en octubre del mismo año y que el Gobierno nacional plasmó en el proyecto que a la poste se convertiría en ley.

2.1. Los programas de incentivo: Petróleo Plus y Refinación Plus

Como se adelantó al comienzo, en un mercado dominado por empresas privadas que no respondían a los intereses del Estado, el abordaje del déficit de producción y refinamiento requería un tratamiento específico.

Ante tal escenario, desde el Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios se propició el dictado del decreto 2014 de fecha 25 de noviembre de 2008, por el que se crearon los programas Petróleo Plus⁽⁴⁾ y Refinación Plus, destinados a la exploración y explotación de petróleo a efectos de incentivar la producción y la incorporación de reservas de petróleo y la producción de combustibles.

(4) El decreto 1335/2015 dejó sin efecto el Programa Petróleo Plus.

El Programa procuró aumentar la actividad en el sector de los hidrocarburos incorporando y manteniendo niveles de reservas que aseguren las necesidades de hidrocarburos del país, ya que el sostenido crecimiento de la demanda de combustibles líquidos —derivado del pleno desarrollo de la economía— requería la toma de decisiones que permitieran incentivar el aumento de la producción de petróleo, así como el transporte y distribución del mismo.

La medida en cuestión posteriormente fue reglamentada por la resolución 1312/2008 de la Secretaría de Energía, por la cual se determinaron las condiciones para el otorgamiento de incentivos a las empresas productoras y/o refinadoras para que la producción de petróleo y elaboración de sus derivados pudieran quedar categorizados dentro de los programas indicados con anterioridad.

Como antesala de la Ley de Soberanía Hidrocarburífera se sancionó en marzo de 2011, la ley 26.659 por la cual se establecieron las condiciones para la exploración y explotación de hidrocarburos en la plataforma continental argentina, y por la que, luego de la reforma introducida por la ley 26.915, se convirtió en delito la actividad sin la previa autorización de la autoridad regulatoria nacional, previendo durísimas penas para los infractores de hasta 15 años de prisión.

Ello, en definitiva, marca el punto de inflexión respecto de la posición argentina en torno a las actividades exploratorias que, de manera ilegal e ilegítima, venían llevando distintas compañías petroleras en la cuenca de las Islas Malvinas.

2.2. La recuperación de YPF. Un acto de ejercicio de soberanía nacional

Con la participación accionaria en la Empresa YPF —que obtuvo el Estado Nacional por la estatalización de los fondos de pensión que se encontraban en manos de las AFJP— se pudo ejercer un control más estricto sobre la actividad de la sociedad. Esto permitió comprobar que el rumbo que la empresa le imprimía a sus operaciones no acompañaba el ritmo de crecimiento que presentaban todos los indicadores de la economía a nivel nacional.

Como dato relevante corresponde resaltar el escenario de reducción ostensible que la empresa mostraba respecto del nivel de reservas y producción de hidrocarburos, lo que determinó la decisión política de la Presidenta de la Nación, Cristina Fernández de Kirchner, de poner al servicio de

la economía y del pueblo de la Nación a la empresa de mayor preeminencia en el país en el mercado de hidrocarburos, disponiendo la expropiación del paquete accionario que detentaba la subsidiaria española Repsol.

El proyecto de ley que se remitió al Poder Ejecutivo Nacional, y que se convirtió en la ley 26.741, no solo implicó el ingreso del Estado a la compañía petrolera, sino que además, como principio rector, la norma declaró, en su art. 1º:

... de interés público nacional y como objetivo prioritario de la República Argentina el logro del autoabastecimiento de hidrocarburos, así como la exploración, explotación, industrialización, transporte y comercialización de hidrocarburos, a fin de garantizar el desarrollo económico con equidad social, la creación de empleo, el incremento de la competitividad de los diversos sectores económicos y el crecimiento equitativo y sustentable de las provincias y regiones.

Fijó, además, los principios de la política hidrocarburífera de la República Argentina en su art. 3º.

El Poder Ejecutivo Nacional reglamentó la Ley de Soberanía Hidrocarburífera mediante el dictado del decreto 1277/2012, por el que además se aprobó el Plan Nacional de Inversiones Hidrocarburíferas y se creó la Comisión de Planificación y Coordinación Estratégica del citado Plan.

Posteriormente, y con el dictado del decreto 929 de fecha 11 de julio de 2013, se definieron los lineamientos de la política pública en materia de promoción para inversiones para la explotación de hidrocarburos. En tal medida, se fijaron los objetivos para fortalecer la inversión disponiendo, en tal sentido, que las acciones destinadas a la inversión deben ajustarse a los principios y propósitos en el marco de las atribuciones del gobierno federal. Siendo ellas las de:

- a. El desarrollo armonioso y coordinado de las competencias del Estado nacional y de las respectivas autoridades de aplicación en materia hidrocarburífera.
- b. El objetivo prioritario de la República Argentina de lograr el autoabastecimiento de hidrocarburos a fin de garantizar el desarrollo económico con equidad social, la creación de empleo, el incremento de la competitividad de los diversos sectores económicos y el crecimiento equitativo y sustentable de las provincias y regiones.
- c. El incremento de las inversiones y de los recursos empleados para el logro del autoabastecimiento de hidrocarburos en el corto, mediano y largo plazo.

- d. La promoción de la inversión nacional y extranjera directa para obtener el autoabastecimiento en materia de hidrocarburos.
- e. La integración del capital nacional e internacional en alianzas estratégicas dirigidas a la exploración y explotación de hidrocarburos.
- f. La incorporación de nuevas tecnologías y modalidades de gestión que contribuyan al mejoramiento de las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos, y la promoción del desarrollo tecnológico en la República Argentina con ese objeto.

Finalmente, en octubre de 2014, a propuesta del Poder Ejecutivo Nacional, el Parlamento sancionó la ley 27.007 que reformó gran parte del régimen regulado por la ley 17.319 que data de 1967.

Esta última modificación permitió adaptar el régimen anterior actualizándolo a la realidad del sector, cuya mayor implicancia se traduce en la incorporación de la exploración y explotación de yacimientos no convencionales y de recursos off shore. Un aspecto no menor es la incorporación de importantes incentivos a la inversión, que no solo resultan atractivos para los capitales extranjeros, sino que además funcionan como fomento de inversiones locales que, en definitiva, traen como consecuencia —evidentemente buscada— un mayor crecimiento de fuentes de trabajo directas e indirectas.

3. La recuperación de los recursos gasíferos

Como ya se expuso, la constante durante la década neoliberal de los 90 fue la de explorar los recursos no renovables de los argentinos para beneficiar los intereses de las empresas privadas sin control y al amparo de un Estado ausente. Prueba de ello fue la exportación del gas a precio vil a la República de Chile; cuestión esta que demandó la renegotiación de los acuerdos con el vecino país durante la presidencia de Néstor Kirchner.

Los nuevos acuerdos, arribados en 2004, en principio, permitieron adecuar de una manera más equitativa las necesidades del recurso para ambos países, pero por sobre todo, permitió revertir el proceso de exportación indiscriminada y evitar el desabastecimiento del mercado interno, que se encontraba en franca recuperación y demandaba mayor disponibilidad.

El Gobierno nacional entonces, se dio a la tarea de recuperar la gestión activa en el manejo del recurso y, como medida preventiva, dispuso la

suspensión de la exportación de excedentes de gas natural, útiles para el abastecimiento interno. Para ello, se dictó por intermedio de la Secretaría de Energía la resolución 265/2004.⁽⁵⁾

En paralelo, el 21 de abril de 2004 se suscribió el Convenio Temporario de Venta de Gas Natural entre la República Argentina y la República de Bolivia que garantizara el suministro del recurso al mercado interno argentino. Posteriormente se suscribieron adendas en donde se acordó la ampliación de los volúmenes de importación y las sucesivas prórrogas al citado convenio.

En 2006 se celebró con la República de Bolivia el Convenio Marco para la Venta de Gas Natural y la Realización de Proyectos de Integración Energética. Posteriormente se sucedieron las firmas del acuerdo Argentino-Boliviano de Inicio de las Actividades del GNEA y Planta de Extracción de Licuables, el 26 de marzo de 2007; y el Acuerdo Marco de Integración Energética entre la República Argentina y la República de Bolivia del 10 de agosto de 2007, sellando, de esta manera, la relación estratégica en materia energética con el país hermano.

Si bien los acuerdos internacionales con Chile y Bolivia, permitieron recortar las exportaciones privilegiando el abastecimiento interno, por un lado; por el otro, aseguraron el suministro necesario para satisfacer la ingente demanda doméstica. También resultaba necesaria la implementación de medidas dentro del mercado interno a los fines de incentivar la producción y reservas de gas. Para ello se estructuró el Programa Gas Plus que se creó a partir de la resolución 24 de la Secretaría de Energía el 6 de marzo del 2008.

Este programa de incentivo fijó las pautas para la incorporación de producción como parte del mismo, ya que no contemplaba los volúmenes de explotación de aquel momento y definía claramente las características que debía contener cada producción.⁽⁶⁾

Además, en materia de gas licuado de petróleo, el Gobierno nacional propició la sanción de la ley 26.020 que reglamentó el Régimen Regulatorio de la Industria y Comercialización del Gas Licuado de Petróleo (GNL), quedando comprendidas dentro de la normativa las actividades de producción,

(5) Por disposición 27/2004 de la Subsecretaría de Combustibles se aprobó el Programa de Racionalización de Exportaciones de Gas Natural y del Uso de la Capacidad de Transporte. Este Programa fue modificado por Resolución 659/2004 de la Secretaría de Energía.

(6) Ver Anexo I, Resolución 24/2008 SE.

fraccionamiento, transporte, almacenaje, distribución, servicios de puerto y comercialización de GLP en el territorio nacional. Asimismo, declaró de interés público dichas actividades, dentro del marco y el espíritu del art. 42 CN y en función de los objetivos señalados en el art. 7º de la ley citada.⁽⁷⁾

En este aspecto cabe destacar que la Administración, al diseñar y formular los preceptos del proyecto, involucró en la medida cuestiones de políticas de Estado que van más allá de lo meramente regulatorio, incorporando en el Título IV en los arts. 44 a 46 de la ley, la creación del fondo fiduciario para atender las necesidades del GLP de sectores de bajos recursos y para la expansión de redes de gas natural,⁽⁸⁾ lo que, de manera coloquial, se conoció como el Plan Garrafas para Todos.⁽⁹⁾

El curso de acción de las gestión de gobierno puede entenderse bajo dos aspectos centrales, por un lado y como se ha visto, incentivar el aumento de la oferta en explotación, producción y comercialización y, por otro lado, satisfacer la demanda, tanto de los usuarios finales, como de los sectores

(7) "Ley 26.020, Art. 7º.- Política general en la materia. Fíjanse los siguientes objetivos para la regulación de la industria y comercialización de GLP, los que serán ejecutados y controlados por la Autoridad de Aplicación:

- a) Promover la competitividad de la oferta y la demanda de GLP y alentar su expansión, particularmente en aquellos lugares donde resulte antieconómico el desarrollo de redes de distribución de gas natural;
- b) Garantizar el abastecimiento del mercado interno de gas licuado, como así también el acceso al producto a granel, por parte de los consumidores del mercado interno, a precios que no superen los de paridad de exportación, la cual deberá ser definida metodológicamente, mediante reglamentación de la Autoridad de Aplicación;
- c) Proteger adecuadamente los derechos de los consumidores, posibilitando la universalidad del servicio, adecuada información y publicidad y el acceso al mismo a precios justos y razonables, con especial énfasis en el abastecimiento a sectores residenciales de escasos recursos que no cuenten con servicio de gas natural por redes;
- d) Propender a que el precio del GLP al consumidor final sea el resultante de los reales costos económicos totales de la actividad en las distintas etapas, para que la prestación del servicio se realice con las debidas condiciones de calidad y seguridad, tendiendo a su evolución sostenible, desarrollo en el largo plazo y en niveles equivalentes a los que internacionalmente rigen en países con dotaciones similares de recursos y condiciones;
- e) Incentivar la eficiencia del sector y garantizar la seguridad en la totalidad de las etapas de la actividad;
- f) Propender a una mejor operación de la industria del GLP, garantizando la igualdad de oportunidades y el libre acceso de terceros al mercado;
- g) Propender a la diversificación del uso del GLP, en distintos ámbitos, como el transporte, la industria, entre otros".

(8) Reglamentada por decreto 1539/2008 y resolución 1083/2008 SE.

(9) Programa sustituido por decreto 470/2015, Programa Hogares con Garrafas.

productivos e industriales; con el objetivo de acompañar el crecimiento económico, tarea esta que ha resultado compleja ya que el Gobierno se encontró con la previa obligación de llevar adelante el proceso de renegociación de los contratos, determinado por la ley 25.561.

4. Gas, electricidad y energía nuclear

4.1. El proceso de renegociación contractual

El escenario poscrisis de la convertibilidad obligó al gobierno del Presidente Néstor Kirchner a asumir la tarea titánica de llevar adelante los procesos de renegociación de los contratos de los servicios públicos, determinado por el art. 9º de la ley 25.561.

Creada la Unidad de Renegociación y Análisis de Contratos de Servicios Públicos⁽¹⁰⁾ en el ámbito del actual Ministerio de Economía y Finanzas Públicas y del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, se abrió el proceso de renegociación con las distribuidoras y transportistas, tanto de gas como de energía eléctrica. El mencionado proceso se llevó adelante con las complejidades inherentes a la situación coyuntural de los propios contratos dolarizados, los intereses de las empresas prestadoras y la de los usuarios de los servicios.

Ya desde la normativa, se trazaron los principios que regían las negociaciones, ello permitió arribar, no sin esfuerzo, a las Actas Acuerdo⁽¹¹⁾ que garantizaron la continuidad de la prestación de los servicios y por sobre todo, la protección de los usuarios establecidos en el art. 42 CN, ahorrándole al país millones de dólares en relación a los reclamos que las empresas habían impetrado ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (Ciadi).

4.2. El motor de la recuperación económica

Mientras se desarrolló el proceso de renegociación contractual determinado por la Ley 25.561 de Emergencia Pública y Reforma del Régimen Cambiario, el Estado vislumbró la necesidad de contar con herramientas jurídicas que coadyuvaran al sostenimiento de las inversiones en la industria del gas, ello a los fines de evitar posibles situaciones de insuficiencia

(10) Decreto 311/2003.

(11) Fuente UNIREN. Los acuerdos se pueden consultar [en línea] <http://www.uniren.gov.ar/energia.htm>

en el suministro que condicione no solo las prestaciones, sino también el crecimiento en la demanda asociado al crecimiento de la economía.

El decreto 180/2004 creó el fondo fiduciario para atender inversiones en transporte y distribución de gas y que fuera reglamentado posteriormente por la resolución 185/2004 del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios.

Los cargos específicos que se crearon a los fines de dotar de financiamiento a los fondos fiduciarios creados, así se sancionaron normas tales como la ley 26.095.⁽¹²⁾

En otro orden, mediante el dictado del decreto 2067/2008 se constituyó el fondo fiduciario destinado a solventar el costo del gas importado y se implementó un cargo específico a pagar por los usuarios.⁽¹³⁾

Al respecto, la discusión que se planteó a partir de la aplicación de dichos cargos era la naturaleza jurídica de los mismos. Se planteó que los cargos configuraban un tributo toda vez que el marco regulatorio vigente preveía que el curso de habilitación de las tarifas ya se encontraba previsto en dicho marco⁽¹⁴⁾ y que ello contemplaba las inversiones a las que estaban destinadas los cargos específicos.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, al respecto entendió que los cargos específicos creados tenían contenido tarifario, tal era la tesis sostenida por la Administración. Para así decidir, el Máximo Tribunal de la Nación, concluyó que la ley 26.095 no introdujo modificaciones al esquema ya establecido en la ley 24.076 y que en nada afecta el hecho de que, a diferencia de lo previsto en el marco regulatorio, las sumas recaudadas no remuneran a los distribuidores y transportistas, sino que se constituyen en aportes a los fondos de los fideicomisos organizados para el desarrollo de obras de infraestructuras.

Adicionalmente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación tuvo en cuenta, en razón de lo dispuesto por la ley 25.561, la fuerte incidencia provocada por la suspensión de las cláusulas de ajuste tarifario en dólar y otras divisas, así como el proceso de renegociación contractual vigente.⁽¹⁵⁾

(12) Reglamentada por decreto 1216/2006 y resolución 2008/2006 MPFIPyS.

(13) Reglamentado por resolución 1451/2008 MPFIPyS y resolución 563/2008 Energas.

(14) Ley 24.076, arts. 41 y 42 (conf. art. 41 del decreto 1738/1992).

(15) CSJN, "Establecimiento Liniers SA c/ EN - Ley 26.095 - Ministerio de Planificación - Resol. 2008/06 y otros s/ amparo Ley 16.986", 11/06/2013, E.280 XLIV.

A similares conclusiones arribó el citado Tribunal cuando resolvió las impugnaciones presentadas contra el decreto 2067/2008, allí la Corte confirmó la naturaleza tarifaria del cargo dispuesto, por lo que no se encontraba sujeto al principio de legalidad en materia tributaria.⁽¹⁶⁾

Por un lado, el Estado puso énfasis en la inversión en infraestructura al crear los fideicomisos y dotarlos de financiamiento a través de los cargos específicos; y por otro lado, también como derivación del decreto 180/2004,⁽¹⁷⁾ se dispuso el incentivo al ahorro de energía eléctrica y de gas para los usuarios residenciales y generales.

Así se aprobó el Programa de Uso Racional de Energía (PUREE) para todo el territorio nacional.⁽¹⁸⁾ En su primera versión, el PUREE constaba de dos anexos. El primero destinado al ahorro del consumo de gas; y el segundo, al de energía eléctrica.

El fin perseguido era entonces, operar sobre la demanda de energía, incentivando el ahorro para generar excedentes que puedan ser utilizados para asegurar el abastecimiento de aquellos usuarios que, como las industrias,

(16) CSJN, "Alliance One Tobacco Argentina SA c/ Estado Nacional – Poder Ejecutivo Nacional s/ Ordinario, 11/12/2014, 1266/2012 (48-A).

(17) Decreto 180/2004, art. 31. — En el supuesto que la Secretaría de Energía verifique, previo asesoramiento del Ente Nacional Regulador del Gas (Enargas), organismo autárquico en el ámbito de la Secretaría de Energía, ambos dependientes del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, que el sistema de gas natural puede entrar en situaciones de crisis de abastecimiento o generar este tipo de situaciones sobre otro servicio público, podrá disponer todas las medidas que se consideren necesarias para mantener un adecuado nivel de prestaciones.

En el caso de los usuarios de gas natural se garantizará, al menos, el suministro a: i) los Usuarios del Servicio Residencial - R, ii) los Usuarios del Servicio General - P cuyo promedio mensual anual de consumo los ubique en la primera o segunda escala de consumo de esa categoría y, iii) los Usuarios del Servicio a Subdistribuidores - SBD en la exacta incidencia que los usuarios descriptos en i) y ii) tengan en la demanda del subdistribuidor en cuestión. Los criterios a ser utilizados serán previamente dados a conocer a todas las partes involucradas y se definirá un criterio claro y objetivo de asignación de derechos y obligaciones para todas las partes en caso de una potencial emergencia. Estos mecanismos serán de aplicación sólo ante situaciones de emergencia o crisis de abastecimiento y no podrán prolongarse por un tiempo mayor al de duración de la situación que les haya dado origen.

(18) Si bien la Resolución 415/2004 SE aprobó el Programa con incidencia en todo el territorio nacional, en virtud de la descentralización imperante, les correspondía a los Entes Reguladores Provinciales adherir al programa y en su caso reglamentar las condiciones de implementación del mismo (conf. art. 3º, resolución 415/2004 SE) respecto de las distribuidoras del interior del país.

Dentro de las áreas de jurisdicción nacional la Secretaría de Energía de la Nación, reglamentó el Programa a través de las Resoluciones 522/2004 SE, modificada por la resolución 745/2005 SE.

ven incrementadas sus necesidades de energía, producto del crecimiento del nivel de actividad económica, garantizando el crecimiento del empleo.

La complementariedad de las políticas públicas implica el abordaje de las problemáticas desde diferentes aristas. En este sentido, a la par del proceso de incentivo al ahorro de energía, se implementó para el sector productivo e industrial desde el Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, el Programa Energía Total.⁽¹⁹⁾ El objetivo principal del Programa se centra en incentivar la sustitución del consumo de gas natural y/o energía eléctrica por red, por el uso de combustibles alternativos (fuel oil, gas oil, otros) para las diferentes actividades productivas y/o para la autogeneración eléctrica en aquellas empresas que posean equipamiento disponible a los fines de dicha sustitución.⁽²⁰⁾

En el marco planteado de acciones destinadas a profundizar la eficiencia energética, el Programa Nacional de Uso Racional y Eficiente de la Energía (Pronure), implementado mediante el decreto 140/2007,⁽²¹⁾ viene a proponer no solo un cambio tecnológico en materia de luminarias, sino que además tiene como objetivo modificar conductas sociales propiciando el uso responsable de la energía.

Previamente el Programa Energía Plus, instituido por Resolución 1281/2006 de la Secretaría de Energía, promovió la oferta de disponibilidad de generación adicional incorporando a agentes generadores, cogeneradores o auto-generadores que no fueran agentes del Mercado Eléctrico Mayorista (MEM) o no contaran con las instalaciones de generación a comprometer en este servicio o que no hubieran estado interconectados al MEM.

Por último, dentro del marco de la ejecución de las Actas Acuerdo de Renegociación de los Contratos, por resolución del Ente Nacional Regulador del Gas⁽²²⁾ (Enargas), se autorizó a las distribuidoras de gas a percibir de los usuarios, y de acuerdo a lo que estableció la Autoridad de Aplicación, un monto fijo destinado en forma exclusiva para la ejecución de obras de infraestructura, obras de conexión, repotenciación, expansión y/o adecuación tecnológica de los sistemas de distribución de gas por redes, seguridad, confiabilidad del servicio e integridad de las redes, así como mantenimiento

(19) Resolución 459/2007 MPFIPyS, modificada por Resolución 121/2008 MPFIPyS.

(20) Reglamentado por disposición 30/2008 SSCyCG, modificada por disposición 287/2008 SSCyCG.

(21) Reglamentado por Resolución 24/2008 MPFIPyS.

(22) Resolución 2407/2012 Enargas.

y todo otro gasto conexo necesario para la prestación del servicio público de distribución de gas, hasta el límite de los fondos efectivamente disponibles y que constituyen el Fondo para obras de Consolidación y Expansión.

Lo propio se efectivizó a través del Ente Nacional Regulador de la Electricidad (ENRE),⁽²³⁾ autorizando en los mismos términos que a las distribuidoras de gas pero, en este caso, a las Empresas Edenor SA y Edesur SA, como distribuidoras del servicio eléctrico, para aplicar un monto fijo en las facturas de sus usuarios con cargo exclusivo a la ejecución de obras de infraestructura y el mantenimiento correctivo de las instalaciones de las concesionarias formalizando, para el caso, el Fondo para obras de Consolidación y Expansión de Distribución Eléctrica (Focede).

5. La reactivación del sector nuclear

Así como en 2004 se lanzó el Plan Energético Nacional, en 2006, el entonces Presidente de la Nación, Dr. Néstor Kirchner, anunció el Plan Nuclear Argentino basado en tres ejes fundamentales: la generación eléctrica, la investigación y el desarrollo científico y la salud pública.

En lo que aquí nos convoca, la consecución de los objetivos del plan trazado permitió importantes avances en materia de generación de energía. En primer lugar, gracias a la culminación de las obras de la Central Nuclear Néstor Kirchner, luego de más de 12 años de paralización, que permitió a nuestro país contar con la tercera central nuclear aportando 745 megavatios de potencia al sistema.

El Gobierno nacional entonces, formalizó la avanzada del Plan Nuclear Argentino mediante la propuesta del proyecto de ley que sancionó el Congreso bajo el número 26.566.

La citada ley declaró de interés nacional las actividades de diseño, construcción, licenciamiento, adquisición de bienes y servicios, montaje, puesta en marcha, marcha de prueba, recepción y puesta en servicio comercial de una cuarta central de uno o dos módulos de energía de fuente nuclear a construirse en la República Argentina y todos los actos necesarios que permitan concretar la extensión de vida de la Central Nuclear Embalse.

La promulgación de la ley otorgó el marco jurídico necesario para movilizar el andamiaje administrativo para materializar el cumplimiento de los

(23) Resolución 347/2012 ENRE, complementada por Resolución 3/2014 MPFIPyS.

objetivos delineados. Ello se vio concretado con la firma de dos convenios con la República Popular China como inicio de los procesos para la construcción de la cuarta y quinta central nuclear.

Además, se han suscripto con el Gobierno de la Federación de Rusia acuerdos tendientes a generar los instrumentos para la construcción de la sexta central nuclear.

6. Invirtiendo en el futuro: las energías renovables

Argentina suscribió oportunamente el Protocolo de Kioto; por tanto, existe el compromiso de avanzar hacia políticas públicas que promuevan la generación de energía a través de fuentes no contaminantes o renovables en aras de contribuir en reducir los efectos del cambio climático.

El fomento de las energías renovables surgió a partir del dictado, en enero de 2007, de la ley 26.190 por la que se declaró de interés nacional la generación de energía eléctrica a partir del uso de fuentes de energía renovables con destino a la prestación de servicio público, como así también la investigación para el desarrollo tecnológico y la fabricación de equipos con esa finalidad.

El decreto 562/2009 aprobó la reglamentación del régimen de fomento nacional para el uso de fuentes renovables de energía destinadas a la producción de energía eléctrica. Desde entonces se han concebido innumerables proyectos de este tipo e incorporado la potencia al sistema.

7. Conclusiones

En este breve análisis y enunciación del marco jurídico que sustentó la ejecución de las políticas públicas implementadas por los gobiernos de Néstor y Cristina Kirchner, hemos trasuntado por el camino de de-construir el derecho administrativo recreado.

Este proceso ha intentado reflejar de qué manera, a partir de un plan de gobierno como es el Plan Energético Nacional 2004-2019, el administrador ha ido concretando todos y cada uno de aquellas metas que, como método de elaboración de las políticas públicas, las diagnosticó, las diseñó, y finalmente, las ejecutó. Ese diagnóstico, diseño y ejecución no han respondido a acciones espasmódicas, sino que han sido fruto de la planificación de las mismas con un claro objetivo.

Ese objetivo no es más que aquel trazado en el lanzamiento del Plan y del que hablamos al comienzo, y que vale la pena repetir aquí: revertir el proceso de desinversión del sector, modificar la matriz energética para insertarla en un modelo federal de crecimiento económico con inclusión social.

En síntesis, en la conformación del plexo normativo no solo han intervenido aquellos principios generales del derecho administrativo, como el de legalidad, razonabilidad, oficialidad y verdad material entre otros, sino fundamentalmente se ha vinculado la normativa con el principio de eficacia del derecho administrativo.

En efecto, al respecto se ha dicho que:

Las acciones que desarrolla el Estado desde la mirada de los principios del derecho administrativo, como derecho común de las Administraciones Públicas, no está conformado solamente por normas positivas, sino también por principios generales que sirven para articular, interpretar y completar esas normas; para que, en definitiva las decisiones públicas sean eficaces desde su formulación y durante todo el proceso de diseño, desarrollo y evaluación.⁽²⁴⁾

La ejecución de las políticas públicas en ese marco de eficacia, redunda en hechos y acciones concretas en beneficio del interés público, basta con enunciar, de alguna manera, aquellas que han sido el resultado de la ejecución del Plan Energético Nacional, algunas de las cuales son:

- En generación y transporte de energía eléctrica: la finalización de la hidroeléctrica "Yacyretá"; puesta en marcha de la Central Nuclear Néstor Kirchner; centrales térmicas San Martín, Belgrano, Ensenada Barragán, Pilar, Brigadier López, Villa Gesell y Vuelta de Obligado que aportan al sistema más de 4800 MW; Aprovechamiento Hidroeléctrico "los Caracoles" aporta 120 MV; 68 centrales de generación distribuidas a través de Enarsa en 17 provincias que tienen una potencia instalada de 1167 MV; construcción de más de 5000 km de interconexión de líneas de alta tensión. La licitación del Aprovechamiento Hidroeléctrico Néstor Kirchner y Jorge Cepernic que, una vez finalizado, aportará 1740 MV de potencia instalada, de la misma manera que la licitación del Aprovechamiento Hidroeléctrico Chihuido I que aportará 637 MV al sistema argentino de interconexión.
- En transporte y distribución de gas natural: construcción de 3000 km en ampliación de la capacidad de transporte; nuevo cruce del Estrecho de Magallanes; construcción del Gasoducto "Juana Azurduy" que permitió la integración

(24) MINNICELLI, ALESSANDRA, *Principios Generales y Políticas Públicas*, Bs. As., La Ley, 2014, p. 294.

con el hermano país, Bolivia; se encuentra en plena ejecución el Gasoducto del Noreste (GNEA) que implica la construcción de 4131 km de extensión; más de 1000 km de expansión del sistema de distribución en 13 provincias.

- En energía nuclear: la finalización de las obras y puesta en marcha de la Central Nuclear Néstor Kirchner (ex Atucha II); extensión de la vida útil de la Central Nuclear Embalse; los proyectos de construcción de tres nuevas centrales nucleares.
- En energías renovables: la construcción de los parques eólicos Rawson, Lomas Blanca, Arauco, Diadema y El Tordillo que, en su conjunto, aportan casi 190 MV de potencia instalada. Centrales Biogás San Miguel y San Martín; el parque solar fotovoltaico de Cañada Honda y San Juan I.

"No queremos mirarlo más desde la tribuna, queremos estar allí donde se está discutiendo la ecuación energética y donde se están discutiendo los intereses de la Argentina. No es para perjudicar a las empresas que trabajan, sino por el contrario para colaborar a que la ecuación energética pueda cerrar como los argentinos necesitamos para nuestro desarrollo".

Presidente Néstor Carlos Kirchner (11/05/2004), Presentación del Plan Energético Nacional en el Salón Blanco de la Casa Rosada.



Federalismo: descentralización de la obra pública

RAFAEL ENRIQUE LLORENS⁽¹⁾ y MARÍA JOSÉ VILARIÑO⁽²⁾



1. Introducción

En los últimos años se han desarrollado distintas modalidades para la ejecución de obras de infraestructura que abarcan desde las tradicionales hasta aquellas que requieren de nuevas formas de financiamiento y, principalmente, las que se concretan en forma descentralizada a través de ejecutores locales.

Respecto de estas últimas, se ha promovido un necesario proceso de descentralización, concretando y plasmando el concepto de "federalismo", por el cual se traspasan competencias legales y recursos hacia las regiones y los municipios que aún hoy requieren fortalecer las capacidades de gestión municipal y generar canales activos de participación ciudadana en la gestión y el gobierno local.⁽³⁾

(1) Abogado. Subsecretario Legal del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, desde septiembre de 2006. Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora. Conjuez en la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Buenos Aires por el Dpto. Judicial de Lomas de Zamora, desde 2005.

(2) Abogada. Asesora Legal de la Subsecretaría Legal del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios. Representante del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios en la Comisión Evaluadora del Gasoducto del Noreste Argentino (GNEA).

(3) MINNICELLI, ALESSANDRA, *Principios Generales y Políticas Públicas*, Bs. As., La Ley, 2014, p. 39.

2. Desarrollo

2.1. La descentralización

Las políticas públicas desarrolladas por el Gobierno nacional a partir del año 2003 se tradujeron primordialmente en el impulso de la inversión pública en obras de infraestructura, instalándose así como política de Estado ante la férrea decisión de generar un motor de crecimiento y desarrollo.

Se ha desarrollado así un plan estratégico territorial que identifica la infraestructura y el equipamiento necesario para garantizar el crecimiento equilibrado, integrado, sustentable y socialmente justo de la Argentina.

De esta forma se definió un nuevo concepto de territorio que facilita la implementación de las políticas públicas de crecimiento y descentralización territorial en todas las áreas y, en especial, las vinculadas a la recomposición de los sistemas de accesos viales y energético; la construcción de viviendas necesarias para la reconstrucción del tejido productivo; la adecuación de los medios de transporte y puertos; y la planificación de emprendimientos mineros.

A partir de dicha concepción, desde el año 2003, y bajo la premisa del federalismo y la descentralización, el Estado nacional, a través del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, ha venido celebrando convenios tanto con las provincias como con los municipios con el fin de concretar el financiamiento de la ejecución de obras postergadas por años.

De tal forma, en el marco de un modelo de descentralización, el Estado nacional ha delegado en los diferentes organismos ejecutores locales la responsabilidad de identificación de la demanda, la elaboración de los proyectos, la licitación y ejecución de las obras, en base al análisis de la situación territorial y de las necesidades concretas de las distintas regiones.

En dicho marco, se han implementado distintos programas que desarrollan acciones encaminadas a la promoción de una gestión urbana y territorial eficiente y eficaz que, al mismo tiempo, contemplan múltiples objetivos, entre ellos, fomentar la actividad económica, disminuir el desempleo y mejorar la infraestructura brindando soluciones a diversas problemáticas.

En efecto, el proceso de descentralización en los gobiernos locales y regionales impulsa el desarrollo a través del crecimiento económico y la generación de empleo con énfasis en la pequeña empresa.

Además, las ventajas de este proceso, por su cercanía con la comunidad local, permiten identificar las demandas y necesidades propias de cada región que se desarrolla y genera crecimiento, cuyos destinatarios directos son esas mismas regiones.

Esta acción de gobierno refleja un Estado previsor, presente y promotor, que asumió un rol activo e impulsor de políticas de crecimiento orientadas a la inversión pública y privada, sentando las bases y estableciendo condiciones ordenadas a facilitar el bien de la comunidad y, con ello, el bien personal de sus integrantes.

En tal sentido, se han implementado diversos programas federales que se concretaron mediante convenios firmados entre el Estado nacional, a través del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, y los gobiernos provinciales y municipales, así como con organizaciones no gubernamentales.

En materia habitacional, se crearon programas destinados a disminuir el déficit habitacional existente en el país, desarrollando una política habitacional activa para mejorar el acceso a la vivienda de los sectores más desfavorecidos, así como también, muchos de ellos, contemplando objetivos ocupacionales.

Respecto de ellos, cabe mencionar el Programa Federal de Emergencia Habitacional,⁽⁴⁾ el Programa Federal de Solidaridad Habitacional,⁽⁵⁾ el Programa Federal de Construcción de Viviendas,⁽⁶⁾ el Programa Federal de Fortalecimiento y Optimización del Recupero de Cuotas de las viviendas FONAVI,⁽⁷⁾ el Programa Federal de Mejoramiento de Vivienda.⁽⁸⁾

(4) Primera Etapa, Convenio Marco celebrado en 2003 entre el Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, el Ministerio de Desarrollo Social, el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, y las provincias.

(5) Primera Etapa, Convenio Marco celebrado en 2003 entre el Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios y las provincias.

(6) En 2004, Convenio Marco del Programa Federal de Construcción de Viviendas; incluyó al resto de las provincias con el objeto de continuar con las tareas desarrolladas en anteriores convenios.

(7) En 2004, Convenio Marco del Programa Federal de Fortalecimiento y Optimización del Recupero de Cuotas de las viviendas FONAVI entre el Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, junto a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y las jurisdicciones provinciales.

(8) En 2004, Convenio Marco para la creación del Programa Federal de Mejoramiento de Vivienda entre el Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y las 23 provincias.

Por otra parte, se continúa trabajando con el Programa Mejoramiento Habitacional e Infraestructura Básica (PROMHIB) y con el Programa de Provisión de Agua Potable, Ayuda Social y Saneamiento Básico (PROPASA).⁽⁹⁾

Asimismo, se crearon subprogramas de mejoramiento del hábitat urbano y pavimento; se creó el Programa Federal de Urbanización de Villas y Asentamientos Precarios,⁽¹⁰⁾ el que tuvo en miras no solo la vivienda, sino también el desarrollo urbano, la infraestructura vial, las obras hídricas y de saneamiento básico, en base a ejes sociales y productivos.

Por otro lado, en el año 2008 se creó el Programa de Integración Socio-comunitaria⁽¹¹⁾ y, en el año 2009, el Programa de Emergencia Hídrica para prevenir inundaciones y perjuicio ambiental y el Programa de Mejoramiento Habitacional e Infraestructura Básica II (PROMHIB II).⁽¹²⁾

En ese mismo año se creó el Programa Federal de Construcción de Viviendas —Techo Digno—⁽¹³⁾ y, en 2010, el Programa Federal de Vivienda y Mejoramiento del Hábitat de Pueblos Originarios y Rurales⁽¹⁴⁾ y el Programa Federal de Mejoramiento de Viviendas —Mejor Vivir II—.⁽¹⁵⁾

Asimismo, se trabajó sobre la base del Programa de Mejoramiento de Barrios (PROMEBA) mediante el Préstamo BID.⁽¹⁶⁾

También corresponde mencionar el Programa de Desarrollo Social en Áreas Fronterizas del NO y NE argentinos⁽¹⁷⁾ y el Programa Federal para construcción de viviendas destinadas a la Cuenca Matanza-Riachuelo.

Finalmente, se cuenta con el Plan de acción denominado “Más Cerca: Más Municipio, Mejor País, Más Patria”,⁽¹⁸⁾ que se concibe como un plan de acción inmediato, de fuerte impacto en la economía de los municipios, valiéndose para ello de la utilización de mano de obra local y posibilitando de tal modo sostener e incrementar los niveles de empleo y desarrollo económico.

(9) Resolución 458/1999 de la ex Secretaría de Recursos Naturales y Desarrollo Sustentable de Presidencia de la Nación.

(10) Resolución 1012/2009.

(11) Resolución 1270/2008.

(12) Resolución 15/2009 de la Secretaría de Obras Públicas.

(13) Resolución 428/2009 de la Secretaría de Obras Públicas.

(14) Resolución 993/2010.

(15) Resolución 1030/2010.

(16) Se cuenta con PROMEBA I, II y III, iniciado en 1997.

(17) También se contó con el PROSOFA I, II y III, iniciado en 1994.

(18) Circular SOP 2/2012.

A tal fin, y sosteniendo la política federal de ejecución descentralizada, las obras enmarcadas en dicho plan son ejecutadas por los municipios u otros entes beneficiarios a través de las distintas modalidades de ejecución: por Administración, ejecución por entidades cooperativas o contratación de pequeñas y medianas empresas locales, de acuerdo a las posibilidades de cada distrito.

Dicho plan contempla el financiamiento de obras tales como: suministro de agua potable; obras de desagües cloacales; conducción de pluviales urbanos; infraestructura hospitalaria; construcción de establecimientos educativos; construcción de viviendas nuevas y mejoramientos habitacionales; infraestructura comunitaria; centros culturales; centros deportivos; obras de arquitectura; obras viales de acceso; pavimento de circuito de conexión a establecimientos escolares; centros de salud, comunitarios y cívicos; obras de bacheo; plazas y demás espacios públicos; alumbrado público; construcción de cordón, cuneta y veredas.

Por otro lado, se realizó una fuerte inversión en la red vial que acompañó el desarrollo productivo y contribuyó a aumentar la actividad del sector de la construcción, a partir de obras que abarcan desde tareas de mantenimiento hasta la ampliación de la pavimentación. Ello atiende a las necesidades estratégicas de los polos productivos regionales, a la integración territorial y a la vinculación internacional.

La ejecución de obras de infraestructura impacta, a su vez, en la cadena productiva, comercial e industrial; contribuyendo así con la conectividad de las regiones productivas y con los países limítrofes y, en definitiva, con la inserción del país a nivel mundial.

Es importante destacar, asimismo, el programa de escuelas, obras edilicias y de equipamiento de universidades, obras en municipios y tareas de remodelación de edificios históricos que tienden a recuperar el patrimonio arquitectónico.

El financiamiento de los programas se realiza con recursos del Tesoro Nacional mediante transferencias a las cuentas de los gobiernos provinciales, municipios, institutos de viviendas y asociaciones civiles sin fines de lucro con competencias para los fines indicados.

En materia hídrica, el Plan Nacional Federal de Recursos Hídricos constituye una iniciativa conjunta del Consejo Hídrico Federal (COHIFE) y la Subsecretaría de Recursos Hídricos, cuyo documento base fue aprobado

en la Asamblea del COHIFE;⁽¹⁹⁾ tiene como objetivo promover la gestión integrada de los recursos hídricos mediante un proceso participativo que facilite la coordinación y cooperación entre todos los organismos, hídricos y no hídricos, que influyen sobre la gestión hídrica.

Amén de ello, en el marco del Plan Federal de Control de Inundaciones, relanzado en el 2003 con la firme intención de ubicar a la obra pública en el eje de la gestión del Gobierno nacional, comenzaron a ejecutarse obras de infraestructura hídrica de envergadura en todo el país.

La puesta en marcha de las obras tiene influencia en el bienestar de los asentamientos urbanos cercanos a las mismas, amén de la creación de empleo genuino para sus habitantes y de que genera certidumbre a las actividades productivas.

2.1.1. Contralor de los Programas: resoluciones 268/2007 y 267/2008

En atención a lo dispuesto en el decreto 225, de fecha 13/03/2007, en lo atinente a la regulación de la rendición de fondos presupuestarios transferidos,⁽²⁰⁾ y con el objeto de lograr mayores niveles de eficiencia en la gestión, así como también dar cumplimiento a las demandas de los organismos de contralor, el Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios estableció procesos y sistemas acordes con la dinámica actual de dicha jurisdicción.

En tal orden de ideas, el Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios emitió las resoluciones 268/2007 y 267/2008 a los fines de la aplicación de normas de contralor a la totalidad de los programas que operan en la órbita del mismo, que cuenten con crédito presupuestario en los incisos 5 (Transferencias) y 6 (Activos Financieros), que se ejecuten en virtud de convenios y/o acuerdos con provincias, municipios y/u otros entes, y respecto de los fondos fiduciarios actuantes en el ámbito de dicho Ministerio.

(19) Celebrada en noviembre de 2006.

(20) Dicho decreto dispuso "que cada jurisdicción o entidad dependiente del Poder Ejecutivo nacional, cuyos presupuestos incluyan créditos en los incisos 5 —Transferencias— Transferencias a Gobiernos Provinciales y/o Municipales y 6 —Activos Financieros—, destinados a la atención de programas o acciones de carácter social, que se ejecuten en el marco de convenios bilaterales que prevean la obligación de rendir cuentas, a suscribirse con las Provincias y/o Municipios, dictará un reglamento que regule la rendición de los fondos presupuestarios transferidos, al que deberán ajustarse dichos acuerdos".

2.2. Delegación administrativa en materia de obras públicas nacionales

Dentro de los distintos esquemas de delegación que pueden adoptarse, en el marco de lo estipulado en el art. 2º de la Ley Nacional de Obras Públicas (13.064), el Poder Ejecutivo Nacional, a partir del año 2003, delegó en el Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios las facultades y obligaciones prevista en la referida ley (a través del decreto 238/2003).

Cabe señalar que, sin perjuicio de ello, con motivo de emprendimientos determinados y en atención a las competencias particulares de ciertos organismos, el Poder Ejecutivo ha dispuesto delegaciones específicas (decretos 21/2006, 1072/2006, 1785/2007, 1961/2009).

En ese marco, se ejecutaron obras habituales de trascendencia social (escuelas, hospitales, pavimentos, universidades, etc.) financiadas enteramente por fondos del Tesoro de la Nación (Centro Cultural del Bicentenario “Presidente Dr. Néstor Carlos Kirchner”;⁽²¹⁾ restauración de la Basílica de Nuestra Señora de Luján, Etapa III;⁽²²⁾ Museo Memorial Islas Malvinas;⁽²³⁾ edificio ex Ministerio de Obras Públicas),⁽²⁴⁾ así como otras que por su envergadura requirieron la formulación de nuevas formas de financiamiento, con impacto positivo en el plano económico, social, laboral, cultural (centrales termoeléctricas, Gasoducto GNEA,⁽²⁵⁾ aprovechamientos hidroeléctricos del Río Santa Cruz —Presidente Néstor Kirchner y Gobernador Jorge Cépernic—⁽²⁶⁾ y aprovechamiento multipropósito Chihuido I).⁽²⁷⁾

Entre las obras públicas, en materia de infraestructura vial, desde el año 2003 se generó una fuerte inversión que se plasmó en todo el proceso constructivo de las obras —ya sean contratadas o concesionadas—; desde el inicio hasta su finalización y posterior mantenimiento.

El desarrollo de todas estas actividades se plasma en las distintas rutas nacionales.⁽²⁸⁾

(21) Resolución MPFIPyS 1517/08.

(22) Resolución MPFIPyS 1225, de fecha 03/11/2008.

(23) Resolución MPFIPyS 1025/2012.

(24) Resolución MPFIPyS N° 1260, de fecha 18/08/2010.

(25) Decreto 267/2007.

(26) Resolución MPFIPyS 760, de fecha 20/08/2013.

(27) Resolución MPFIPyS 1550, de fecha 19/12/2014.

(28) En las rutas nacionales 9 (Santa Fe y Córdoba); 38 y 60 (Catamarca); 40; 23 (Río Negro: Corredor Bioceánico Nor-Patagónico); 3 (Chubut); 150 (San Juan); 14 (Entre Ríos y Corrientes); 7 (Santa Fe); 101 (Misiones).

En tal sentido, se ejecutan obras en el marco de distintos ejes de integración. Entre ellos, el Corredor Eje de Capricornio, siendo una de las obras principales la ejecutada en la Ruta Nacional 81; el Eje Mercosur - Chile, en el que cabe mencionar el Complejo Terminal de Cargas (COTECAR) —Paso de Los Libres—; la Ruta Nacional 7 —Laguna La Picasa—; la Ruta Nacional 40; y el Corredor Eje Andino del Sur, con obras como las desarrolladas en la Ruta Nacional 145.

2.2.1. Pliego Único de Condiciones Generales

En lo que hace a la contratación y ejecución de obras, se impulsó el Pliego Único de Condiciones Generales que contiene las reglas jurídicas para todos los contratos del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, estableciendo todo lo relativo al procedimiento de selección, adjudicación, garantías de oferta y ejecución, condiciones de trabajo, subcontratación y cesión del contrato, variaciones de precio, responsabilidades, rescisión, etc.

2.3. Plataforma de Identificación de Problemáticas (PIP)

2.3.1. Herramienta de apoyo en la planificación de políticas de Estado y formulación de proyectos

En la actualidad, los sistemas de información georreferenciados adquieren un rol protagónico en la gestión pública en tanto ofrecen datos integrados de alta precisión para la toma de decisiones.

En tal sentido, en línea con las políticas de inclusión digital que impulsa el Estado nacional, y con el objeto de profundizar la eficacia para la gestión, el Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, a partir de la resolución 1278/2014, ha desarrollado una Plataforma de Identificación de Problemáticas (PIP) que permite centralizar en una única plataforma la representación geográfica de las políticas públicas del Ministerio, y con ello convierte información operativa en información estratégica para el análisis y la toma de decisiones.

Dicha herramienta se vuelve trascendental para la planificación, máxime si se tiene en cuenta que el referido Ministerio ejecuta su presupuesto con acciones territoriales (caminos, viviendas, infraestructura base, redes de servicios, etc.) para las cuales resulta de gran importancia contar con una herramienta tecnológica de apoyo a la gestión y de publicidad de sus acciones en forma unificada.

En efecto, la referida Plataforma es un sistema integrado de infraestructura de datos espaciales (IDE) que permite compartir y acceder en forma inmediata y permanente a información georreferenciada sobre el avance de las obras y políticas públicas de todas las Secretarías, dependencias y organismos autárquicos y descentralizados, empresas y sociedades que actúan en la órbita de dicho Ministerio y otras áreas; así como también de quienes adhieran a ella (restantes carteras ministeriales, organismos y entidades de la Administración Pública Nacional, sector público provincial, municipal o local; entidades del sector público no estatal; del sector privado con y sin fines de lucro que tengan vinculación en el desarrollo de las políticas públicas asociadas a la plataforma, a quienes se los invita).

De tal forma, dicha herramienta hace posible visualizar información centralizada en una única plataforma y contar con la representación geográfica de las políticas públicas de alcance nacional.

Otro de los objetivos primordiales de la Plataforma es fomentar la transparencia y dar publicidad a las políticas públicas implementadas por el Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, constituyendo un instrumento de evaluación y control de las acciones de gobierno.

2.4. Red Federal de Fibra Óptica

2.4.1. Herramienta que tiende conectar a todo el país

Otra política pública impulsada por el Gobierno nacional para aportar al desarrollo, a la inclusión y a homogeneizar los derechos de acceso a los servicios de información y comunicación de toda la República Argentina, es la Red Federal de Fibra Óptica (REFEFO), desarrollada en el marco del Plan Nacional de Telecomunicaciones “Argentina Conectada”.

El referido Plan Nacional fue creado mediante el decreto 1552/2010,⁽²⁹⁾ el que, a su vez, declaró de interés público el desarrollo, implementación y operación de la Red Federal de Fibra Óptica, a cargo de la Empresa

(29) Su art. 1º dispone que el Plan Nacional de Telecomunicaciones “Argentina Conectada” tendrá como ejes estratégicos la inclusión digital; la optimización del uso del espectro radioeléctrico; el desarrollo del servicio universal; la producción nacional y generación de empleo en el sector de las telecomunicaciones; la capacitación e investigación en tecnologías de las comunicaciones; la infraestructura y conectividad; y el fomento a la competencia; todo ello abordado desde una óptica universal e inclusiva con el fin de fortalecer la inclusión digital en la República Argentina, y cuya descripción general se desarrolla en el Anexo I del decreto.

Argentina de Soluciones Satelitales SA (ARSAT), de acuerdo a los lineamientos generales que estableció el mismo acto.⁽³⁰⁾

En dicho marco, uno de los ejes del Plan Nacional “Infraestructura y Conectividad” se dedica exclusivamente al desarrollo de un plan nacional de telecomunicaciones y, como consecuencia de este, una red federal de fibra óptica, destinada a generar las facilidades que posibiliten la cobertura de las necesidades de inclusión digital tanto de la sociedad civil como de organismos públicos y entidades de bien público que no son resueltas desde el punto de vista privado.

En tal sentido, se consideró prioritario desarrollar iniciativas que planifiquen la implementación de una red a nivel nacional que sirva de plataforma para el desarrollo del citado Plan y de todos los programas que lo comprenden;⁽³¹⁾ así como infraestructura que pueda resultar utilizada para complementar la existente.

Es dable destacar que el referido decreto dispuso que dicho eje de acción deberá, a su vez, avanzar en políticas de articulación con los actores locales en la provisión de servicios de conectividad, a fin de garantizar la capilaridad de las prestaciones en todo el territorio nacional.

La norma creadora del Plan Nacional instruyó, asimismo, al Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios —en su carácter de accionista mayoritario de la ARSAT— a llevar adelante las acciones y decisiones societarias necesarias en el ámbito de su competencia, a los efectos de ejecución de las obras y la prestación de servicios requeridas para la implementación de la REFEFO y del Plan Nacional, por sí y/o asociada a las provincias, a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y/o a terceros.

A partir de dicha norma, con el objetivo de establecer una plataforma digital de infraestructura y servicios, se implementa una política de Estado que involucra a provincias, municipios, sindicatos, pymes, cooperativas y universidades. Asimismo, profundiza las ideas de integración, igualdad de derechos y apunta a garantizar la conectividad de todas las localidades del país.

En este sentido, el Plan Nacional construye la infraestructura necesaria y provee el equipamiento para la conectividad; configura una red de fibra

(30) Anexo II del decreto.

(31) Entre ellos, los asociados al Sistema Argentino de Televisión Digital Terrestre (SATVDT), al Programa “Conectar Igualdad” y a la Agenda Digital.

óptica segura, estratégica y soberana, comenzando por las zonas sin infraestructura y federalizando calidad, precios y contenidos.

Por otra parte, favorece los servicios gubernamentales y la oferta de contenidos culturales —al brindar tecnología para mejorar la gestión y calidad en las comunicaciones entre áreas de gobierno y fomento al desarrollo de contenidos convergentes y con valor social— y promueve la inclusión digital al implementar espacios para el acceso a las nuevas tecnologías que permitan desarrollar nuevas habilidades y herramientas motorizadoras del desarrollo local.

3. Conclusiones

A partir de la implementación de las nuevas herramientas desarrolladas, sobre la base de los conceptos de federalismo y descentralización, el Estado generó mayor eficiencia y celeridad en la planificación y ejecución de obras de infraestructura a través de las jurisdicciones locales, llegando así eficazmente a los habitantes de toda la República. Dichas herramientas contemplaron, a su vez, los mecanismos que permitieron optimizar el control sobre los aportes transferidos

Respetando y afianzando las atribuciones provinciales y municipales, desarrollando las economías regionales que potencian la identificación cultural y el sentido de pertenencia de cada habitante con su pueblo, e integrándolos activamente a la faz productiva nacional, es como el Estado a través de la descentralización de las obras de infraestructura ha refundado la institución del federalismo.



Las leyes de Responsabilidad del Estado y de Medidas Cautelares contra el Estado frente al principio de progresividad de los derechos sociales

PABLO OCTAVIO CABRAL⁽¹⁾



1. Introducción

En el presente trabajo exploraré la posibilidad de aplicar el principio de progresividad y de prohibición de la regresividad —que rige la interpretación en materia de derechos económicos sociales y culturales— como un criterio para el escrutinio de constitucionalidad y convencionalidad de las nuevas leyes de Responsabilidad del Estado (ley 26.944) y de Regulación de las Medidas Cautelares en Causas en las que el Estado es Parte o Interviene (ley 26.854). Esta indagación está motivada en la lectura de sendos trabajos de autoría del profesor Martín Espinoza Molla en los que analiza, tanto la ley 26.944⁽²⁾ como la ley nacional 26.854,⁽³⁾ concluyendo que ambas

(1) Abogado (UNLP). Especialista en Derecho Administrativo y Administración Pública (UNLP). Docente de las Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (UNLP) y de Comunicación y Periodismo (UNLP). Prosecretario Letrado de la Procuración General de la Nación.

(2) ESPINOZA MOLLA, MARTÍN, “Comentarios a la nueva ley de responsabilidad del Estado y de los agentes públicos”, Sup. Adm., agosto, 3, 2014, *La Ley 2014-E*.

(3) ESPINOZA MOLLA, MARTÍN, “Nueva ley 26.854 reguladora de las medidas cautelares en procesos judiciales en los que sean parte el Estado Nacional o sus entes descentralizados. ¿Tutela

violentan la Constitución y la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) al establecer criterios normativos regresivos en los ámbitos que legislan.

Las posturas que desarrollaré al respecto no pretenden alcanzar ninguna verdad absoluta, sino que son una invitación a un debate necesario en esta época de reformas legislativas, de reconocimiento y de reglamentación de innumerables derechos fundamentales, fruto de históricas luchas sociales que hoy se ven plasmadas en una nueva construcción jurídica e institucional.

En efecto, desde una visión que tiene su centro en la justicia social, en la inclusión de las mayorías desaventajadas, en la promoción de una igualdad real y no formal, en darle la palabra “**a los nadies**” del poema de Galeano, desde allí se propuso —y se sigue proponiendo— que el derecho debe ser una herramienta de transformación social. Así, rastreando en la historia de los movimientos populares de nuestra región, encontramos reivindicaciones políticas que —hace ya muchas décadas— proponían una tutela jurídica diferenciada. Solo un ejemplo de ello es que Artigas decretara que “los más infelices serán los más privilegiados” o que la doctrina peronista recitara, en su verdad nº 12 que “En la nueva Argentina los únicos privilegiados son los niños”.⁽⁴⁾ Pero para que esta balanza se incline a favor de los más débiles, de los excluidos, de **los nadies**, es necesaria la presencia de un Estado fuerte, democrático y comprometido con la igualdad real a través del reconocimiento de la efectividad de los derechos sociales y dispuesto a desarrollar políticas activas de intervención en la sociedad, y en especial, en los mercados.

En esta línea de utilización del derecho como herramienta ideológica de modificación de la realidad social se enmarcan las importantes transformaciones promovidas y concretadas por nuestro Gobierno nacional que —de diversas formas— han generado mayor inclusión social y menor discriminación, todo ello en respeto de los derechos humanos fundamentales que sostienen los cimientos de nuestra sociedad democrática y participativa. Entre los diferentes motivos que explican estos avances, se encuentra un mayor compromiso del Estado nacional por favorecer políticas públicas y la creación de marcos jurídico-institucionales más inclusivos. Así, se han

procesal diferenciada o regresividad frente a los Tratados de Derechos Humanos?”, en *DPI Diario. Diario Administrativo*, año 2, nº 28, 29/07/2014.

(4) FERNÁNDEZ, A., *Conducción Política: Así hablaba Juan Perón*, Bs. As., Galerna, 2014.

combinado las condiciones económicas favorables que vive la región con la promoción de políticas y programas efectivos de fortalecimiento de capacidades, protección social y fomento productivo sostenible entre las poblaciones tradicionalmente más desfavorecidas. Las dos leyes en estudio son ejemplo de tales políticas de transformación jurídica llevadas adelante por el Gobierno Federal en los últimos 12 años.

Como explica Chantal Mouffe, la sociedad está marcada por la continencia y todo orden es de naturaleza hegemónica; es decir, es siempre la expresión de relaciones de poder. En el campo de la política, así como en el campo jurídico, esto significa que la búsqueda de un consenso sin exclusión, y la ilusión de una sociedad armoniosa y perfectamente reconciliada, deben ser abandonadas.⁽⁵⁾ Así, no debe sorprendernos que toda transformación social inclusiva genere resistencias por parte de aquellos sectores que pueden ver afectados sus intereses consolidados por el régimen modificado. Sostenía Arturo Jauretche que muchos ignoran que la multitud no odia, odian las minorías, porque conquistar derechos provoca alegría, mientras perder privilegios provoca rencor.

2. Concepciones hegemónicas y contrahegemónicas de los derechos humanos

La incorporación —a través de la Reforma constitucional del año 1994— de los principales tratados internacionales de derechos humanos revolucionó el sistema de fuentes de nuestro ordenamiento jurídico nacional impactando tanto en el derecho público como en el privado. Las valoraciones sobre las consecuencias y alcances de esta internacionalización de nuestro ordenamiento jurídico —*a priori* favorable a la inclusión y protección de las personas más vulnerables de la comunidad— no debe olvidar que el derecho, en su carácter instrumental, tiene por objeto esencial imponer en la sociedad un régimen determinado de ordenación y constituye en sí mismo un conjunto de reglas que fuerzan a un orden dado de la sociedad y sus miembros.

Siguiendo a Antonio Gramsci, tal visión instrumental del derecho supone la liberación de todo residuo de trascendencia y de absoluto, eliminando todo vestigio de fanatismo moralista.⁽⁶⁾ El conjunto de reglas jurídicas

(5) MOUFFE, CHANTAL, *Agonística: Pensar el mundo políticamente*, Bs. As., FCE, 2014.

(6) GRAMSCI, ANTONIO, *Notas sobre Maquiavelo, sobre la política y sobre el Estado Moderno*, Bs. As., Ediciones Nueva Visión, 2003, p. 105.

obligatorias, integra un sistema abierto que se relaciona con el sistema institucional, político y social, y lo que el derecho aporta a la sociedad constituye solo el medio para que se alcance un determinado orden social. Ahora bien, la viabilidad de cualquier interpretación normativa, no dependerá solo del texto de la convención, Constitución o las leyes en cuestión, sino del éxito que logre el discurso que propone un modelo de Estado social y democrático, en la lucha en el terreno ideológico por el predominio en la construcción de la significación del derecho.⁽⁷⁾

Así, como explica Boaventura de Sousa Santos, dentro del campo jurídico existe una concepción hegemónica de los derechos humanos destinada a reproducir el orden social capitalista, colonialista y sexista que domina nuestro tiempo. Ello, porque la matriz liberal concibe los derechos humanos como derechos individuales, y privilegia los derechos civiles y políticos.

Frente a esta postura se alza una visión contrahegemónica de tales derechos, orientada a la construcción de una sociedad más justa y más digna.⁽⁸⁾ Un ejemplo de esta postura lo constituyen las concepciones de los derechos humanos inspiradas por las ideas marxistas —y, de modo más general, socialistas—, que reconocen derechos colectivos y privilegian los derechos económicos sociales y culturales.

En el fondo, la pregunta que se esconde en esta cuestión de interpretación legal es si los derechos humanos son eficaces en ayudar a las luchas de los excluidos, los explotados y los discriminados o si, contrariamente, los hacen más difíciles. Bartolomé Clavero nos recuerda que el camino hacia las políticas más inhumanas está empedrado de las intenciones más humanas, confundiéndose humanidad e inhumanidad. Dice: "la historia idealista de los derechos humanos es uno de los mecanismos que sirven más eficazmente, como mínimo, para enervar y, como máximo, para neutralizar su defensa y promoción. El camino de la inhumanidad también lo asfalta la academia".⁽⁹⁾

(7) ALTHUSSER, Louis, *Ideología y aparatos ideológicos del Estado*, Bs. As., Ediciones Nueva Visión, 1988, p. 28.

(8) BOAVENTURA DE SOUSA, SANTOS, *Si Dios fuese un activista de los derechos humanos*, Madrid, Trotta, 2014.

(9) CLAVERO, BARTOLOMÉ, *Derecho Global: Por una historia verosímil de los derechos humanos*, Madrid, Trotta, 2014.

3. Las leyes nacionales en cuestión

3.1. La Ley de Regulación de las Medidas Cautelares en Casas en las que el Estado es Parte o Interviene (26.854)⁽¹⁰⁾

En un histórico contexto hostil del derecho administrativo respecto de las tutelas procesales diferenciadas, encuentro que la recientemente sancionada ley 26.854 —nuevo régimen de cautelares contra el Estado nacional— es un válido ejemplo de estas herramientas y constituye una norma procesal de avanzada que recepta la moderna doctrina y jurisprudencia de la materia, en total cumplimiento tanto de la Constitución Nacional como de la normativa internacional de derechos humanos.

Nuestro sistema judicial no reconoce aún plenamente la operatividad de los derechos económicos, sociales, y culturales, negando en muchos casos la posibilidad de exigir en tribunales las obligaciones prestacionales del Estado en materia social. Esta situación comenzó a modificarse paulatinamente, gracias en parte a la última Reforma constitucional, a la incorporación de normativa internacional protectora de derechos humanos a nuestro ordenamiento interno, a los señeros avances de la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación (CSJN) y su seguimiento por tribunales inferiores, a la creación de los fueros contencioso administrativos descentralizados y con jueces especializados en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y en la Provincia de Buenos Aires, a los trabajos de la doctrina y —por último— a la relevancia que nuestra sociedad le ha otorgado al cumplimiento de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, voluntad popular reflejada en las políticas públicas del Estado Nacional en los últimos 12 años.

La ley de cautelares contra el Estado nacional es la primer norma procesal de relevancia que reconoce expresamente la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en nuestro país. Además de la trascendencia jurídica y cultural de tal reconocimiento en relación con la exigibilidad de tales derechos, esta norma protege, en forma diferenciada,

(10) Ampliar en CABRAL, P. O., "La Nueva Ley de Cautelares contra el Estado Nacional como una política pública de Tutela Procesal Diferenciada. Un análisis de la Ley 26.854 frente a los principios y estándares internacionales de protección de Derechos Humanos", en *Jurisprudencia Argentina*, Dossier "Medidas Cautelares en la que es parte o interviene el Estado Nacional", 12/06/2013 (JA-2013-II, Fascículo ° 11); y "Las tutelas procesales diferenciadas en el proceso contencioso administrativo", [en línea] www.infojus.gov.ar, el 12/06/2015 (Id Infojus: DACF150657).

a sectores socialmente vulnerables en su derecho a una vida digna y, en especial, garantiza los derechos económicos sociales y culturales de los sectores populares de la sociedad (salud, derechos alimentarios, ambientales, laborales, etc.) como hasta ahora ninguna norma procesal lo había hecho, cumpliendo con el principio internacional en materia de derechos económicos sociales y culturales que dispone que los Estados deben otorgar la debida prioridad a los grupos sociales que viven en condiciones desfavorables, concediéndoles una atención especial y diferenciada.⁽¹¹⁾

La nueva norma procesal recoge los principios de igualdad democrática y de diferencia con finalidad tuitiva de los sectores excluidos, ambos reinterpretados por la CSJN a la luz de la Constitución Nacional y de la normativa internacional de los derechos humanos, lo que constituye una novedosa política pública de tutela procesal diferenciada llevada a cabo por el Poder Legislativo de la Nación.

Esta ley se encuentra en línea con la constante práctica de utilización del derecho como herramienta ideológica y cultural de transformación de la realidad social en la que se enmarcaron los importantes cambios promovidos y concretados por el Estado nacional, que —de diversas formas— ha generado mayor inclusión social y menor discriminación, todo ello en respeto de los derechos humanos fundamentales que constituyen los cimientos de nuestra sociedad democrática y participativa.

3.2. La Ley de Responsabilidad del Estado (26.944)

El Congreso nacional sancionó, finalmente, en el año 2014, la Ley de Responsabilidad del Estado, estableciendo una normativa propia del derecho público en una ley especial y llenando el vacío normativo que había existido desde el origen de la construcción institucional de nuestro país.

Durante el siglo pasado y los primeros años del actual, la ausencia de legislación en materia de responsabilidad del Estado fue resuelta por la jurisprudencia de la CSJN que, utilizando directa o subsidiariamente el Código Civil argentino, dejó atrás el principio de irresponsabilidad para, en una primera etapa establecer una responsabilidad subjetiva e indirecta, evolucionando luego a un criterio objetivo e indirecto.

(11) Ver COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, Observaciones Generales 3 y 9.

La ley 26.944 receptó la mayoría de los criterios desarrollados en la evolución jurisprudencial del máximo tribunal de justicia nacional, ubicando tal regulación en el ámbito del derecho público y reconociendo la facultad de los Estado provinciales de regular tal cuestión en sus ordenamientos jurídicos locales.

4. Postura doctrinaria en estudio

Martín Renato Espinoza Molla sostiene, en su análisis, que la nueva Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado implica un retroceso en el sistema de responsabilidad patrimonial, integrado —hasta el momento de la sanción de la norma— por una sólida jurisprudencia de aplicación analógica de las disposiciones del Código Civil, y que ello implica la transgresión del principio de prohibición de regresividad en materia de derechos humanos.⁽¹²⁾

Reproduzco aquí la conclusión a la que arriba el autor del trabajo en estudio, para quien las falencias que presenta la nueva ley, en comparación con el sistema jurídico precedente, resulta restrictiva de la responsabilidad del Estado.

En consecuencia, se observa que el nuevo régimen legal se exhibe regresivo, pues implica un retroceso respecto del régimen aplicable anterior, en cuanto quiebra inadmisiblemente el equilibrio que se había obtenido; equilibrio necesario en pos de la eficacia de todo Estado de Derecho a través de un adecuado sistema de responsabilidad estatal” y finalmente vaticina: “la nueva ley no resistirá un control de constitucionalidad, y de manera especial, difícilmente vencerá el escrutinio de convencionalidad.⁽¹³⁾

Por otro lado, en su trabajo sobre la nueva Ley de Medidas Cautelares en los Procesos en los que el Estado Nacional es Parte o Interviene señala

(12) “Todo lo cual nos permite afirmar que la nueva ley de responsabilidad del Estado que pronto entrará en vigencia, implica un verdadero retroceso en la evolución del sistema de responsabilidad patrimonial cristalizada por la jurisprudencia —con aplicación analógica del Código Civil—, y de manera específica, el nuevo dispositivo se manifiesta trasgresor de la prohibición de regresividad en materia de Derechos Humanos. A tal conclusión se arriba de manera natural, con sólo efectuar una comparación de la nueva legislación con el sistema jurídico de responsabilidad todavía imperante hasta tanto se produzca la inminente promulgación y efectiva vigencia de la norma”. Ver ESPINOZA MOLLA, MARTÍN, “Comentarios a la nueva ley de responsabilidad del Estado y de los agentes públicos”, *op. cit.*

(13) ESPINOZA MOLLA, MARTÍN, “Comentarios a la nueva ley de responsabilidad del Estado y de los agentes públicos”, *op. cit.*

—con similar argumento— la inconstitucionalidad e inconvencionalidad de la nueva norma, concluyendo:

... desproporción contenida en la ley 26.854 conspira directamente contra la vigencia de la protección cautelar, aspecto esencial de la tutela judicial efectiva, circunstancia que permite concluir, como natural consecuencia, que el nuevo régimen normativo se halla en contradicción con los tratados internacionales de derechos humanos, así como también en crisis respecto de principios fundamentales rectores de tal sistema, tales como los de progresividad y de prohibición de regresividad.⁽¹⁴⁾

En este trabajo pretendo detenerme en la premisa de la que parte dicho autor —aplicación a la materia del principio que prohíbe la regresividad—, prescindiendo de un estudio pormenorizado de las leyes en cuestión, concentrando y profundizando las argumentaciones respecto de la aplicación del principio de progresividad a una norma que regula determinados derechos fundamentales reconocidos y protegidos constitucionalmente y, en especial, por tratados internacionales de derechos humanos.

5. El principio de progresividad y no regresividad en materia de derechos sociales

5.1. La progresividad como una característica común a todos los derechos humanos y como criterio hermenéutico en materia de derechos sociales

Una necesaria aclaración previa: no se deben confundir los **principios de progresividad y no regresividad**, en tanto herramientas interpretativas positivizadas normativamente para los derechos sociales, con la **progresividad** como una de las características generales de los derechos humanos, junto con la universalidad, irrenunciabilidad, inalienabilidad, indivisibilidad e interdependencia.⁽¹⁵⁾

La progresividad, en esta última acepción, denota la constante aparición en la historia de la humanidad de nuevos derechos humanos desconocidos hasta

(14) ESPINOZA MOLLA, MARTÍN, "Nueva ley 26.854 reguladora de las medidas cautelares en procesos judiciales en los que sean parte el Estado Nacional o sus entes descentralizados. ¿Tutela procesal diferenciada o regresividad frente a los Tratados de Derechos Humanos?", *op. cit.*

(15) SALVIOLE, F., "Transparencia y Políticas Públicas: Dimensiones contemporáneas de los derechos humanos", en Nelson Mandela y Joaquín González Ibáñez (dirs.), *Protección Internacional de Derechos Humanos y Estado de Derecho. Studia in honores*, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2009.

el momento que son reconocidos jurídicamente por los Estados (entre las últimas apariciones se puede pensar el derecho a un medio ambiente sano, el derecho al desarrollo, el derecho a la paz, el derecho a la verdad, entre otros). Fabián Salvioli explica esta característica común de los derechos humanos al decir que estos: “no pueden quedar al margen de la evolución histórica, y de allí su característica de progresividad; por una de las facetas de la misma, el contenido de los derechos y libertades fundamentales de mujeres y hombres experimentan una actualización y evolución permanentes”.⁽¹⁶⁾

Para sintetizar, entonces, esta diferencia básica de la que partimos para abordar la cuestión en debate —referida a los principios interpretativos de los derechos sociales— recurro a la clara explicación de Pedro Nikken sobre los alcances de la mencionada característica de los derechos humanos con la que los primeros solo comparten el nombre:

La progresividad no debe entenderse como una nota de la exigibilidad de los derechos humanos, en el sentido de que ésta no sería inmediatamente realizable. Por el contrario, una vez identificado un derecho determinado como inherente a la dignidad de la persona humana, este merece protección inmediata como tal. La progresividad, como aquí la entendemos, lo que denota es que la aparición, es decir, el reconocimiento de los derechos humanos se ha ampliado progresivamente y que esa ampliación es irreversible.⁽¹⁷⁾

5.2. Reconocimiento normativo del principio de progresividad

Tratándose del estudio de un principio jurídico, corresponde adelantar que en su definición conceptual se mezclan diferentes corrientes filosóficas del derecho, así como regulaciones normativas y posiciones doctrinarias encontradas.

El concepto de principios jurídicos que utilizaré aquí presenta las siguientes características:

- I. Son pautas de segundo grado, ya que presuponen la existencia de otras reglas y se refieren a ellas.

(16) SALVIOLI, op. cit., p. 102. Al respecto, Pedro Nikken identifica también como una característica de los derechos humanos la progresividad y su irreversibilidad.

(17) NIKKEN, P., “La protección de los derechos humanos: haciendo efectiva la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales”, en *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, nº 52, San José, Costa Rica p. 55.

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.
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 las disposiciones positivas expresas se refieren a su aplicación a la hora de resolver una cuestión litigiosa por parte de un juez.

La función de los principios de derecho se puede sintetizar en las siguientes tres misiones:

- a. **Informadora.** Los principios se dirigen al legislador, quien los debe considerar al momento de legislar, actuando como fundamento del ordenamiento jurídico;
- b. **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;
- c. **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.

Como bien lo dice Courtis, los principios de progresividad y no regresividad son empleados en materia de derechos sociales, siendo (agrego y adelanto yo) ajenos al ámbito de protección de los derechos civiles y políticos. Tal circunstancia obedece a la propia historia de reconocimiento y positivización de los derechos humanos que dispusieron estructuras diferentes en uno y otro caso por cuestiones ideológicas, políticas, sociales y —principalmente— económicas.

La división del mundo en dos bloques ideológicos contrapuestos (capitalismo-socialismo) dio origen a la división conceptual histórica respecto de las dos clases de derechos humanos reconocidos por los ordenamientos jurídicos. Como explica Pedro Nikken:

... para el bloque liderado por los Estados Unidos, el ejercicio de la libertades individuales, en particular la libertad de empresa y las demás libertades económicas dentro de una economía de mercados, cimentaría la prosperidad dentro de la cual las necesidades humanas de naturaleza económica, social y cultural podrían quedar satisfechas. Los DESC no resultaban, dentro de ese concepto, equiparables a los derechos civiles y políticos,

pues estos eran verdaderos derechos subjetivos justiciables y exigibles inmediatamente, mientras que los primeros solo reflejarían aspiraciones, expectativas y metas logrables, no a través del sistema legal sino de los mecanismos propios de la economía y de las políticas públicas en ese ámbito.⁽¹⁸⁾

Agrega que la división en dos Pactos puede ser también vista como la exclusión de los derechos económicos, sociales y culturales de los mecanismos legales de control de los derechos civiles y políticos contemplados en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y su Protocolo Facultativo lo que habría significado una victoria del entonces Bloque Occidental.

Los derechos civiles y políticos reconocidos en los tratados de derechos humanos son operativos y deben ser garantizados y efectivizados a sus habitantes por los Estados. Este reconocimiento se expresa en tres tipos de obligaciones de los Estados en la materia:

1. Respetar los derechos protegidos;
2. Garantizar el goce y pleno ejercicio de los derechos protegidos a las personas que se encuentren bajo su jurisdicción; y
3. Adoptar las medidas necesarias para hacer efectivos los derechos protegidos.⁽¹⁹⁾

No sucedió lo mismo con los derechos económicos, sociales y culturales, ya que los instrumentos jurídicos internacionales que los reconocieron no dispusieron su plena efectividad o su exigibilidad directa e inmediata, sino que mediatizaron su satisfacción por el mecanismo de la progresividad. Los motivos centrales de esta limitación, además de aditamentos ideológicos, son de naturaleza económica y encuentran su núcleo en la escasez de recursos para afrontar la plena efectividad de los derechos sociales.

El art. 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) establece:

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.

(18) NIKKEN, P., *op. cit.*

(19) PINTO, M., *Temas de derechos humanos*, Bs. As., Ediciones del Puerto, 2011.

En el ámbito regional, la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) establece, en su art. 26, similar criterio de progresividad, reiterado luego en el art. 1º del Protocolo Adicional de San Salvador.

Estas normas acuñaron el principio de progresividad y —su consecuencia lógica— la prohibición de regresividad y otorgaron al sistema universal e interamericano de protección de los derechos humanos una disminuida herramienta de efectivización de los derechos económicos, sociales y culturales. En palabras de Abramovich y Courtis, “se trata de un mecanismo necesariamente flexible, que refleja la existencia de recursos limitados y las dificultades que representa para todo país asegurar la plena realización de los derechos sociales”.⁽²⁰⁾

No obstante la dificultad para efectivizar los derechos sociales que tal progresividad conlleva, la doctrina y jurisprudencia han intentado —con cierto éxito— limitar los alcances de tal principio estableciendo pautas para determinar un piso mínimo de protección de esos derechos, los contenidos básicos a garantizar y disponer criterios precisos para medir el progreso en su goce efectivo.

A pesar de los intentos de optimizar las herramientas interpretativas que brindan estos principios, sus alcances se aplican solo respecto a un estado general colectivo en el goce de un determinado derecho, limitándose su intervención en los casos de regresividad respecto de situaciones individuales. Por ello, como explica Oscar Parra:

La prohibición de regresividad no es, entonces, absoluta. Por el contrario, puede un Estado adoptar una política regresiva sin incumplir sus obligaciones, si demuestra que la misma está justificada en relación a todos los derechos del PIDESC (o de la CADH, o del PSS), teniendo en cuenta la utilización del máximo de los recursos disponibles. Es decir, si la medida regresiva en relación a un derecho se adopta a efectos de posibilitar la satisfacción de otros derechos o su goce de modo más igualitario y, teniendo en cuenta los recursos con los que cuenta el Estado, tal medida era ineludible para lograr los objetivos antedichos, entonces no se estará incumpliendo el Pacto.⁽²¹⁾

(20) ABRAMOVICH, VICTOR & COURTIS, CHRISTIAN, *El umbral de la ciudadanía: El significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional*, Bs. As., Editores del Puerto, 2006.

(21) PARRA VERA, O., *Protección Internacional de los derechos económicos, sociales y culturales. Sistema Universal y Sistema Interamericano*, San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2008, p. 140.

5.3. Interpretación de los principios por organismos internacionales y nacionales

5.3.1. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Naciones Unidas)

A nivel universal, la limitación y determinación del principio de progresividad se puede observar en la Observación General 3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas que, al respecto, sostuvo:

La principal obligación de resultado que se refleja en el art. 2º (1) es tomar medidas “para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos reconocidos” en el Pacto. La expresión “progresiva efectividad” se usa a menudo para describir la intención de esta frase. El concepto de progresiva efectividad constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales en general no será capaz de lograr en un corto período de tiempo. En este sentido, la obligación difiere significativamente de la que figura en el art. 2º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos e incorpora una obligación inmediata de respetar y garantizar todos los derechos pertinentes. Sin embargo, el hecho de que la realización en el tiempo, o en otras palabras progresivamente, se ha previsto en el Pacto no debe interpretarse como que priva a la obligación de todo contenido significativo. Es por un lado, un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Por otro lado, la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser, del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes en relación con la plena realización de los derechos en cuestión. Este impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible hacia ese objetivo.

Sin embargo, el propio Comité habilita en ciertos casos la adopción de medidas regresivas por parte de los Estados. Al respecto dijo en la misma Observación General que: “las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los

derechos previstos en el Pacto y en el contexto de la plena utilización de los máximos recursos disponibles”.

El camino hacia la efectivización de los derechos sociales está directamente vinculado con la posibilidad de su judicialización y la necesaria existencia de recursos procesales para obtener el goce pleno de tales derechos. Así, en la Observación General 9, el Comité avanzó en dicha dirección al expresar que el Pacto no niega la posibilidad de que puedan considerarse de aplicación inmediata los derechos que contienen los sistemas en que se prevé tal opción y, a tal fin, entendió que

... no hay ningún derecho reconocido en el Pacto que no se pueda considerar que posee en la gran mayoría de los sistemas algunas dimensiones significativas, por lo menos, de justiciabilidad. A veces se ha sugerido que las cuestiones que suponen una asignación de recursos deben remitirse a las autoridades políticas y no a los tribunales. Aunque haya que respetar las competencias respectivas de los diversos poderes, es conveniente reconocer que los tribunales ya intervienen generalmente en una gama considerable de cuestiones que tienen consecuencias importantes para los recursos disponibles. La adopción de una clasificación rígida de los derechos económicos, sociales y culturales que los sitúe, por definición, fuera del ámbito de los tribunales sería, por lo tanto, arbitraria e incompatible con el principio de que los dos grupos de derechos son indivisibles e interdependientes.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales también utilizó el principio interpretativo en cuestión al evaluar el tercer informe periódico de Alemania, censurando el aumento de las tasas universitarias, dado que el art. 13 PIDESC pide por lo contrario, esto es, por la introducción progresiva de la enseñanza superior gratuita.⁽²²⁾

5.3.2. Comisión Interamericana de Derechos Humanos (OEA)

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) recibió una denuncia presentada por Carlos Rafael Urquilla Bonilla, en la cual se alega la responsabilidad internacional de la República de El Salvador en perjuicio de Jorge Odír Miranda Cortez y otras 26 personas portadoras de VIH/SIDA, integrantes de la Asociación Atlacatl. El 20 de marzo de 2009, la Comisión

(22) ONU, COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, “Observaciones finales al tercer informe periódico de Alemania”, 02/12/1998, E/C.12/1/Add.29, párr. 22.

emitió el Informe 27/09, resolviendo el fondo en cuestión del caso 12.249 ("Jorge Odír Miranda Cortez y otros vs. El Salvador").

La Comisión destacó:

el desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) conlleva para los Estados partes en la Convención Americana la obligación de no tomar medidas regresivas en lo relativo a tales derechos. En particular, el Comité del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas (PIDESC) ha indicado que no son permisibles las medidas regresivas adoptadas en relación con el derecho a la salud. Dicho Comité explicó que "si se adoptan cualesquier medidas deliberadamente regresivas, corresponde al Estado Parte demostrar que se han aplicado tras el examen más exhaustivo de todas las alternativas posibles". Asimismo, el Comité sostuvo que el Estado en cuestión tiene la carga de probar "que esas medidas están debidamente justificadas por referencia a la totalidad de los derechos enunciados en el Pacto en relación con la plena utilización de los recursos máximos disponibles del Estado Parte".

En atención a todas las consideraciones que anteceden, la CIDH concluyó que el Estado salvadoreño no violó el derecho a la salud de Jorge Odír Miranda Cortez ni de las otras 26 personas incluidas en el expediente. La CIDH resolvió entonces que el Estado salvadoreño no ha violado el art. 26 CADH en perjuicio de dichas personas, interpretado a la luz del art. 29 del instrumento internacional citado.

Por otra parte, la CIDH emitió un documento a fin de poder establecer, con un grado razonable de objetividad, las distancias entre la situación en la realidad y el estándar o meta deseada en materia de derechos sociales. Así, el 19 de julio de 2008, se aprobaron los "Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales".⁽²³⁾

Mediante el establecimiento de indicadores de progreso respecto de los derechos sociales busca avanzar en incorporar la perspectiva de derechos humanos permitiendo analizar la situación de grupos sociales específicos

(23) OEA/Ser. L/VII.132. Doc. 14. 19 julio 2008.

y utilizar instrumentos de medición y seguimiento más adecuados a las distintas realidades nacionales. En el punto 16 del documento se lee:

El proceso de construcción de indicadores en derechos humanos busca utilizar los datos sobre la situación social y económica como referentes para el análisis de las obligaciones progresivas de los Estados frente a los derechos sociales, pero no asigna a esta información un lugar excluyente, pues los complementa con otros datos referidos a los mecanismos institucionales y las políticas públicas que permiten garantizar progresivamente la efectividad de esos derechos, y a los recursos y capacidades con que cuenta la población para exigirlos con cierto grado creciente de efectividad. Esto es, procura medir la realización progresiva de los derechos, y no directamente el grado de desarrollo económico y social del país, aun cuando este grado de desarrollo pueda servir como un factor relevante en la determinación de algunas obligaciones estatales.

5.3.3. Corte Interamericana de Derechos Humanos (OEA)

La Corte IDH abordó la efectivización de los derechos sociales al interpretar la aplicación del art. 26 CADH, determinando los alcances del principio de progresividad en la materia. Así lo hizo en los precedentes “Cinco Pensionistas vs. Perú” y “Acevedo Buendía vs. Perú”.

En el caso “Cinco Pensionistas vs. Perú”⁽²⁴⁾ la CIDH y los representantes de las presuntas víctimas y sus familiares alegaron el incumplimiento del art. 26 CADH, en cuanto el Estado, al haber reducido el monto de las pensiones de las presuntas víctimas, no cumplió el deber de dar el desarrollo progresivo de sus derechos económicos, sociales y culturales, particularmente no les garantizó el desarrollo progresivo al derecho a la pensión.

El Tribunal entendió que el Estado, al haber cambiado arbitrariamente el monto de las pensiones que venían percibiendo las presuntas víctimas y al no haber dado cumplimiento a las sentencias judiciales emitidas con ocasión de las acciones de garantía interpuestas por estas violó el derecho a la propiedad consagrado en el art. 21 CADH. Además, consideró que el Estado violó el art. 25 CADH al no ejecutar las sentencias emitidas por la Sala de Derecho Constitucional y Social de

(24) CORTE IDH, “Cinco Pensionistas vs. Perú”, 28/02/2003, Serie C N° 98.

la Corte Suprema de Justicia del Perú sino después de casi ocho años de dictadas estas.

Respecto de la progresividad en el pleno goce de los derechos sociales, dijo la Corte que:

Los derechos económicos, sociales y culturales tienen una dimensión tanto individual como colectiva. Su desarrollo progresivo, sobre el cual ya se ha pronunciado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, se debe medir, en el criterio de este Tribunal, en función de la creciente cobertura de los derechos económicos, sociales y culturales en general, y del derecho a la seguridad social y a la pensión en particular, sobre el conjunto de la población, teniendo presentes los imperativos de la equidad social, y no en función de las circunstancias de un muy limitado grupo de pensionistas no necesariamente representativos de la situación general predominante.

En el caso "Acevedo Buendía y otros vs. Perú"⁽²⁵⁾ nuevamente la Corte IDH interpretó el principio de progresividad afirmando que la regresividad resulta justiciable cuando de derechos económicos, sociales y culturales se trate, distinguiendo las obligaciones estatales cuando se trata de un derecho civil (propiedad y garantías judiciales) respecto de los casos en que está en juego un derecho social (progresividad).

Agregó luego:

... el Tribunal observa que el desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales ha sido materia de pronunciamiento por parte del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, en el sentido de que la plena efectividad de aquellos no podrá lograrse en un breve período de tiempo y que, en esa medida, requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo (...) y las dificultades que implica para cada país el asegurar dicha efectividad. Así, la implementación progresiva de dichas medidas podrá ser objeto de rendición de cuentas y, de ser el caso, el cumplimiento del respectivo compromiso

(25) CORTE IDH, "Caso Acevedo Buendía y otros vs. Perú" 01/07/2009. Serie C N° 198.

adquirido por el Estado podrá ser exigido ante las instancias llamadas a resolver eventuales violaciones a los derechos humanos. Como correlato de lo anterior, se desprende un deber —si bien condicionado— de no-regresividad, que no siempre deberá ser entendido como una prohibición de medidas que restrinjan el ejercicio de un derecho... Por todo lo expuesto, cabe afirmar que la regresividad resulta justificable cuando de derechos económicos, sociales y culturales se trate.

En el meollo de la cuestión en debate, la Corte IDH sostuvo:

El incumplimiento de las referidas sentencias judiciales y el consecuente efecto patrimonial que éste ha tenido sobre las víctimas son situaciones que afectan los derechos a la protección judicial y a la propiedad, reconocidos en los arts. 25 y 21 de la Convención Americana, respectivamente. En cambio, el compromiso exigido al Estado por el art. 26 de la Convención consiste en la adopción de providencias, especialmente económicas y técnicas —en la medida de los recursos disponibles, sea por vía legislativa u otros medios apropiados— para lograr progresivamente la plena efectividad de ciertos derechos económicos, sociales y culturales. En este sentido, **la obligación estatal que se desprende del artículo 26 de la Convención es de naturaleza diferente, si bien complementaria, a aquella relacionada con los artículos 21 y 25 de dicho instrumento.**

5.3.4. Corte Suprema de Justicia de la Nación

El principio de progresividad en materia de derechos sociales ha sido utilizado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), entendiendo que impone que todas las medidas estatales de carácter deliberadamente regresivo en esta materia requieren la consideración más cuidadosa y deben justificarse plenamente con referencia a la totalidad de los derechos previstos en el PIDESC, y en el marco del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que el Estado disponga, siguiendo las pautas interpretativas, tanto del Comité Desc, como de la CIDH y la Corte IDH.⁽²⁶⁾

(26) Ver CSJN, casos “Aquino” (Fallos: 327:3677); “Madorrán” (Fallos: 330:1989); “Milone” (327:4607); Torrillo (Fallos: 332:709); “Medina” (Fallos: 331:250); “Silva” (Fallos: 330:5435); “Sánchez” (Fallos: 328:1602) y “Asociación Trabajadores del Estado” (fallado el 28/06/2013).

En el precedente “Benedetti, Estela Sara c/ PEN Ley 25.561 - dtos. 1570/01 y 214/02 s/amparo”, resuelto el 16 de septiembre de 2008, utilizando el principio de progresividad y la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales reconoció el derecho de la actora a percibir las sumas en concepto de renta vitalicia previsional en la moneda y demás condiciones pactadas. Así, observó la Corte IDH que

es inocultable que las normas que alteraron las condiciones pactadas se han desinteresado de la concreta realidad sobre la que deben actuar, a la par que han desvirtuado lo establecido en el art. 75, inc. 23, de la CN, norma que asienta el principio de no regresión en materia de derechos fundamentales. Así lo preceptúa también el principio de progresividad asentado en el art. 2.1. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en concordancia con su art. 11 inc. 1, por el que los Estados han reconocido el derecho de toda persona a una mejora continua de sus condiciones de existencia.

La Corte volvió a aplicar el principio de progresividad en otro caso en el que se encontraba en juego un derecho social (vivienda) en abril de 2012 ordenando a la demandada (CABA) garantizar los derechos desconocidos de la amparista. Así, en el caso “Q. c., S. Y. e/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo”, la actora se agraviaba por el alcance restrictivo que la sentencia apelada otorgó al principio de progresividad. Sostuvo que, si la progresividad se mide con relación al conjunto general de la población —y no respecto de la situación de cada individuo—, resulta prácticamente imposible evaluarla. Explica que ello obligaría a los afectados por una medida regresiva a cotejar todas las partidas presupuestarias destinadas a todos los derechos económicos, sociales y culturales —de forma tal de determinar si la regresión denunciada puede entenderse subsanada o compensada—. Por último, considera que la demandada no realizó el máximo esfuerzo para lograr, progresivamente y con los recursos económicos disponibles, la plena efectividad del derecho reclamado y que las invocadas carencias presupuestarias no han sido debidamente acreditadas.

Allí dijo la Corte que:

Según el PIDESC, los Estados parte no están obligados a proporcionar vivienda a cualquier habitante de su país que adoleza de esa necesidad. Su deber se concreta en fijar programas y

condiciones de acceso a una vivienda, dentro de las posibilidades que sus capacidades económicas les permitan, conforme el aprovechamiento máximo de los recursos presupuestarios disponibles. A su vez, el Pacto impone una obligación de progresividad. Ello significa que los países signatarios deberán adoptar medidas que demuestren un avance en las políticas públicas destinadas a garantizar plenamente los derechos allí reconocidos. Sin embargo, esta mejora tiene que ser medida respecto al conjunto general de la población, y no según lo que toque a cada individuo. Lo contrario supondría admitir que, por ejemplo, una nueva política que afecta mayores recursos y duplica los beneficios disponibles podría quedar invalidada si el grupo de destinatarios sufre cualquier alteración en su prestación individual. Por último, el PIDESC impone a los Estados la obligación de asegurar la satisfacción de, por lo menos, niveles mínimos y esenciales de cada uno de los derechos.

En el caso "Asociación de Trabajadores del Estado s/acción de inconstitucionalidad", fallado el 18/06/2013, la Corte sostuvo:

... debe entenderse el art. 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, atinente al desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales, según lo expresa la señera y cercana sentencia de la Corte IDH dictada en el Caso Acevedo Buendía y otros vs. Perú. Es de recordar, para este orden regional y el citado art. 26, que los Estados miembros de la OEA, convencidos de que el hombre solo puede alcanzar la plena realización de sus aspiraciones dentro de un orden social justo, convinieron en dedicar sus máximos esfuerzos a la aplicación, entre otros del principio según el cual el trabajo debe prestarse en condiciones que, incluyendo un régimen de salarios justos, aseguren la vida, la salud y un nivel económico decoroso para el trabajador y su familia.

5.3.5. Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires

La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (SCJ Buenos Aires) tambié utilizó el principio de progresividad al resolver otorgar una medida cautelar en el caso "Picorelli Jorge Omar y otros c/M. de Gral. Pueyrredón s/Inconst. Ord. N° 21.296",⁽²⁷⁾ que ordenó suspender

(27) Res. del 24/09/2014.

la vigencia de una normativa municipal que podría afectar la salud de la población y el medio ambiente. Allí dijo que

la circunstancia de que, por regla, no sea pertinente alegar una infracción constitucional frente a la reforma de preceptos generales, ni la existencia de un derecho adquirido al mantenimiento de ese tipo de normas (legales o reglamentarias) o a su simple inalterabilidad, en modo alguno implica convalidar, en asuntos como el aquí examinado, la juridicidad de toda modificación regulatoria, cualquiera fuere su contenido, pues por esa vía podría comprometerse el medio ambiente y la salud de la comunidad, afectando el interés público implicado en su tutela constitucional (arts. 41 CN; 28 Const. Pcial.). Desentenderse de los efectos que sobre la población pueda provocar la iniciativa de reformas normativas como la aquí analizada, se exhibe, al menos en esta instancia inicial, reñido con el principio de progresividad vigente en la materia que, al tiempo que procura la mejora gradual de los bienes ambientales supone que los estándares de protección vigentes o actualmente logrados, no sean sustituidos por otros, inferiores u ostensiblemente Suprema Corte de Justicia Provincia de Buenos Aires ineficaces. El despacho cautelar favorable luce conteste con la interpretación del principio de prevención, precautorio y de progresividad de aplicación al ámbito normativo urbano ambiental...

6. Derechos protegidos por las leyes 26.944 y 26.854

Volviendo al argumento de la doctrina en estudio, que sostiene que las leyes en análisis violentan el sistema constitucional nacional y el internacional de protección de derechos humanos, cobra centralidad la determinación de cuáles son esos derechos afectados por la nueva ley. Es decir, ¿qué derechos constitucionales o convencionales se ven afectados por esta norma que modifica los estándares jurisprudenciales en la materia?

El autor no lo dice, posiblemente por resultar obvio. No obstante, considero —a la luz de los argumentos que continuaré desarrollando— que deviene imprescindible determinar qué derechos podrían verse disminuidos por las leyes 26.854 y 26.944.

De nuestro sistema económico institucional surge, en forma directa e inmediata, que el derecho constitucional protegido por la responsabilidad

del Estado no es otro que el de propiedad (arts. 14 y 17 CN y 21 CADH) —que, además, funciona como uno de los fundamentos sobre los que se estructura la responsabilidad pública—.⁽²⁸⁾ También de un modo más indirecto, la responsabilidad pública se encuentra vinculada con las garantías judiciales (art. 18 CN y 14 I PIDCP). Como se puede observar, la ley de responsabilidad del Estado debe tener por objetivo la protección y garantía de dos derechos civiles (propiedad y garantías judiciales).

La vinculación con derechos sociales —que puede existir— no reviste trascendencia en el presente análisis, pues, de tratarse de una reparación por la violación de un derecho económico, social o cultural, la instancia indemnizatoria transforma tal situación en el ejercicio de un derecho de propiedad. Tampoco existe una forma de objetivizar los casos en los que la indemnización que una persona pueda percibir como reconocimiento de la responsabilidad pública, afecte —favorablemente— a la plena efectivización de un derecho social.

En el caso de la Ley de Medidas Cautelares contra el Estado Nacional, sucede algo similar, ya que si bien Espinosa Molla sostiene su inconstitucionalidad e inconvenencialidad, no identifica cuáles son los derechos fundamentales que la norma procesal en cuestión afecta. En principio, supongo que la respuesta inmediata sería que violenta las garantías judiciales protegidas por nuestro ordenamiento jurídico (arts. 18 CN; 25 CADH; y 14 PIDCP).

Por lo tanto, en ambas situaciones se trataría de derechos civiles.

7. ¿El principio de progresividad se aplica a los derechos civiles?

Destacó Espinoza Molla que Courtis ha explicado que:

la noción de regresividad puede aplicarse a las normas jurídicas, es decir, se refiere a la extensión de los derechos concedidos por una norma (regresividad normativa). En este sentido —no empírico sino normativo—, para determinar que una norma es regresiva es necesario compararla con la norma que ésta ha modificado o sustituido, y evaluar si la norma posterior suprime, limita o restringe derechos o beneficios concedidos por la anterior (...) [aclarando que para este autor] si bien tales principios

(28) CSJN, Fallos: 195:66. Ver BALBÍN, C. F., *Tratado de Derecho Administrativo*, Bs. As., La Ley, Tomo IV, 2011, p. 211.

son empleados en materia de derechos sociales, su aplicabilidad no tiene por qué limitarse a ese campo.⁽²⁹⁾

En estas afirmaciones de Courtis podemos distinguir dos cuestiones: la primera es si existe una prohibición de la "regresividad normativa", en términos generales y abstractos, sin considerar las categorías de derechos en juego; la segunda es si los principios de progresividad y prohibición de regresividad pueden ser empleados en derechos civiles y políticos.

7.1. La prohibición de la regresividad normativa

Corresponde recordar que es un principio jurisprudencial pacífico en nuestro país el que establece por regla que no es pertinente alegar una infracción constitucional frente a la reforma de preceptos generales, ni la existencia de un derecho adquirido al mantenimiento de ese tipo de normas (legales o reglamentarias) o a su simple inalterabilidad. Es decir, la modificación de leyes por otras posteriores no da lugar a cuestión constitucional alguna, ya que nadie tiene un derecho adquirido a su mantenimiento ni a su inalterabilidad.⁽³⁰⁾

También la CSJN ha dispuesto que, si bajo la vigencia de una ley, el particular ha cumplido todos los actos, condiciones sustanciales y los requisitos formales previstos en ella para ser titular de un determinado derecho, debe considerarse que hay derecho adquirido, porque la situación jurídica general creada por esa ley se transforma en una situación jurídica concreta e individual en cabeza del sujeto, que no puede ser suprimida sin agravio del derecho de propiedad consagrado por la Constitución Nacional; y ello, aunque falte la declaración formal de una sentencia o de un acto administrativo, pues estos solo agregan el reconocimiento de ese derecho o el apoyo de la fuerza coactiva necesaria para que se haga efectivo.⁽³¹⁾

Así, la mera modificación de una ley (en ambos casos, de una construcción jurisprudencial), cuando no afecte un derecho adquirido, no generará la violación de la Constitución ni habilitará a la declaración de inconvencionalidad.

(29) COURTIS, CHRISTIAN, *Ni un paso atrás: La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Bs. As., Editores del Puerto, 2006. El autor inicia el primer capítulo del libro distinguiendo entre la regresividad de resultados y la regresividad normativa. Por una cuestión de espacio de la presente ponencia solo analizaré la segunda prohibición.

(30) CSJN, Fallos: 268:228; 272:229; 291:359; 300:61; 308:199; 310:2845; 311:1213; 325:2875, entre otros.

(31) Conf. doctrina de Fallos: 178:431; 238:496; 298:472; 307:305; 317:1462, entre otros.

En síntesis, la regresividad normativa adquiere relevancia constitucional cuando afecta sustancialmente un derecho adquirido, pudiendo un juez declarar la invalidez de la norma por violar el principio constitucional de razonabilidad en la reglamentación de los derechos (art. 28 CN), debiendo —en ese caso— centrar la decisión en el derecho constitucional afectado. Es decir, la regresividad no puede analizarse en abstracto; requiere que la norma haya afectado en forma irrazonable un derecho constitucional protegido por el ordenamiento jurídico.

Este razonamiento nos conduce entonces al análisis del principio de progresividad y a la prohibición de regresividad respecto de los derechos a la propiedad y a las garantías judiciales, ambos clasificados entre los derechos civiles.

7.2. La aplicación de los principios de progresividad y prohibición de regresividad a los derechos civiles

Como vimos, la distinción entre derechos civiles y derechos sociales es una histórica clasificación conceptual que, de alguna manera, justificó la subsistencia de un disímil tratamiento judicial para la efectivización de los distintos tipos de derechos, caracterizando a los primeros como derechos operativos y justiciables y a los segundos como programáticos y no revisables por el Poder Judicial.⁽³²⁾ Desde este punto de partida, a lo largo de estos años se ha arribado a la posibilidad de efectivización judicial de los derechos sociales, maximizando las posibilidades que brindan los principio de progresividad y la prohibición de regresividad —que, como caracterizaron Abramovich y Courtis, son herramientas interpretativas más flexibles que las destinadas a proteger los derechos civiles y políticos—. De esta forma, actualmente la doctrina y jurisprudencia han reinterpretado la naturaleza y concepto de derechos sociales equiparándolos al resto de derechos humanos.

Los derechos civiles y políticos son plenamente efectivos y su más mínima violación debe desatar como respuesta judicial la orden de cese de la conducta abusiva. Este remedio procesal es el adecuado para proteger aquellos derechos en los que no se encuentra presente una situación de escasez, es

(32) PISARELLO, GERARDO, *Los derechos sociales y sus garantías: Elementos para una reconstrucción*, Barcelona, Trotta, 2006.

decir, donde el Estado no puede alegar la falta de presupuesto o la carencia de recursos para efectivizar tal derecho.⁽³³⁾

El propio Comité de Derechos Humanos, al interpretar la índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados partes en el PIDCP, luego de afirmar que las obligaciones del Pacto son vinculantes para todos ellos, descartó expresamente la aplicación del principio de progresividad en materia de derechos civiles y políticos al sostener:

El requisito establecido en el párrafo 2 del art. 2º de que se adopten medidas para hacer efectivos los derechos del Pacto no está sometido a condiciones y es de efecto inmediato. La falta de cumplimiento de esta obligación no puede estar justificada alegando consideraciones políticas, sociales, culturales o económicas dentro de ese Estado.⁽³⁴⁾

A diferencia de los derechos civiles y políticos, los derechos sociales, en su mayoría, se desarrollan en el paradigma de la escasez por tratarse de casos en los cuales los recursos existentes no bastan para proveer el beneficio social que se reclama y en los cuales su resolución requiere de una decisión en la que se apliquen criterios de justicia distributiva.

Entiendo peligroso para nuestro Estado social de derecho pensar en la posibilidad de utilizar el principio de progresividad y la prohibición de regresividad como criterio de interpretación en casos en los que están en juego derechos civiles o políticos donde, como vimos, no existe un problema económico para efectivizarlos que justifique la postergación —aún temporal— de su efectivización.

Así, no resultaría admisible que el Estado argumentara que progresivamente irá, por ejemplo, disminuyendo las torturas en los sistemas carcelarios, reconociendo el derecho a la libertad de circulación o de expresión o el derecho a manifestar por sus reivindicaciones o a reclamar judicialmente por su reconocimiento.

Si el Estado incurre en tales abusos en un solo caso individual automáticamente se produce una violación antijurídica de un derecho humano

(33) GROSMAN, LUCAS, *Escasez e Igualdad. Los derechos sociales en la Constitución*, Bs. As., Libraria, 2008.

(34) ONU, COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, Observación General 31, 2004.

fundamental, independientemente del contexto social, económico o político al que hace referencia el principio de progresividad.

7.3. La reglamentación razonable de los derechos humanos y sus restricciones legítimas

Antes de arribar a las conclusiones en el presente documento, y habiendo sostenido ya mi postura sobre la inaplicabilidad del principio de progresividad y prohibición de regresividad a la hora de analizar la constitucionalidad de las leyes de responsabilidad del Estado y de cautelares, quisiera reflexionar brevemente sobre la forma en que debe evaluarse la legislación de un Estado que pudiera afectar derechos fundamentales como el de propiedad o las garantías judiciales.

En el ámbito interno, esta cuestión ha sido suficientemente estudiada, aún antes de la Reforma constitucional de 1994, al analizar la intervención estatal mediante diversas técnicas de limitación de los derechos privados por razones de interés público o bien común. Así, el poder de policía es entendido como una potestad atribuida al Poder Legislativo para reglamentar el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones que las normas imponen a los individuos.

En el ámbito internacional de los derechos humanos se parte de la base de que los derechos humanos reconocidos por un ordenamiento jurídico son esencialmente relativos pudiendo ser reglamentados de una forma razonable: en algunos casos, ser objeto de restricciones legítimas en su ejercicio; y, en otros muy especiales, ser suspendidos extraordinariamente.

Así se puede afirmar que los derechos humanos reconocidos por nuestro ordenamiento jurídico solo pueden ser restringidos legítimamente por leyes que no menoscaben su esencia, sean compatibles con su naturaleza y tengan por objeto satisfacer razones de interés general y promover el bienestar de una sociedad democrática (art. 5º PIDCP; art. 4º PIDESC; art. 30 CADH).

Postular la inconstitucionalidad de las leyes en cuestión (26.854 y 26.944) por violentar los derechos humanos incorporados a nuestro ordenamiento jurídico exige, al menos, indicar los derechos afectados y explicar en qué forma estas normas menoscaban su esencia, son incompatibles con su naturaleza o no tienden a satisfacer el bien común en una sociedad democrática.

8. Conclusiones

8.1. Inutilidad y peligrosidad de la propuesta teórica en estudio

Como síntesis de lo hasta aquí expuesto, la propuesta de aplicar los principios interpretativos de progresividad y prohibición de regresividad a derechos como el de propiedad y los vinculados a las garantías judiciales —en mi opinión— resulta inútil y peligrosa.

La inutilidad se desprende de la innecesidad de recurrir a estos criterios —propios del ámbito de los derechos sociales— para resolver cuestiones que cuentan con herramientas de protección mucho más efectivas y sofisticadas.

El peligro radica en la incorporación de una herramienta débil y flexible —como son ambos principios— a un ámbito donde la efectivización judicial de los derechos civiles y políticos no ha sido puesta en tela de juicio ni en discusión.

El principio de progresividad y la prohibición de regresividad han sido excelentes herramientas hermenéuticas para lograr la efectivización de los derechos sociales frente a la resistencia de los Estados, fundada en la escasez de recursos para afrontar la plena vigencia de tales derechos. Transpolar dichos principios al ámbito de los derechos civiles podría debilitar las instancias de judicialización de gran parte de los derechos fundamentales.

Entiendo que es imperioso abordar la idea jurídica de responsabilidad del Estado —ya sea a través de una ley de responsabilidad pública o de un proceso de revisión judicial cautelar de su accionar— como un mecanismo de redistribución de recursos y de igualación social que interpela las políticas públicas del Estado, a la luz del reconocimiento de derechos fundamentales en cabeza de sectores sociales excluidos de los beneficios del sistema económico impuesto a toda la población.



Medidas cautelares frente al Estado

Descripción y criterios jurisprudenciales sobre la ley nacional 26.854

JOSÉ IGNACIO LÓPEZ⁽¹⁾



1. Introducción

La exposición⁽²⁾ se centrará en tres ejes medulares: en primer lugar se abordará brevemente la importancia de las medidas cautelares y su jerarquía constitucional; luego se analizarán los antecedentes mediatos e inmediatos que llevaron al dictado del nuevo régimen de medidas cautelares en causas en las que el Estado es parte; y, finalmente, las novedades que trae este nuevo marco normativo, así como algunos puntos que recibieron objeciones constitucionales y los criterios que la jurisprudencia fue expresando sobre dichos tópicos.

(1) Abogado (UNLP). Adscripto a la Cátedra I de Derecho Administrativo II. Docente de la Cátedra I Derecho de la Comunicación (Facultad de Periodismo y Comunicación Social, Universidad de La Plata). Editor del blog jurídico *Palabras del derecho*.

(2) El presente trabajo constituye una versión actualizada y ampliada con jurisprudencia de su par publicado en la Revista *Cartapacio de Derecho*, publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Centro. Ver LÓPEZ, José I., "Medidas cautelares frente al Estado. Reflexiones sobre el régimen de la Ley Nacional 26.854", en *Cartapacio de Derecho*, vol. 26, Universidad Nacional del Centro, noviembre de 2014, [en línea] <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/view/1469/1766>

2. La importancia de las medidas cautelares y su jerarquía constitucional

En primer término cabe destacar la trascendente función que tienen las medidas cautelares dado que las mismas poseen íntima ligazón con el derecho de rango convencional de asegurar una tutela judicial efectiva.

La regulación en materia de medidas cautelares es un aspecto central en una ordenación procesal. La importancia y razón de ser de estas herramientas jurisdiccionales, en general, están dadas por la imposibilidad práctica y procesal de que la sentencia sea dictada en forma inmediata a la pretensión del accionante; por ello, dichas medidas tienden a asegurar los posibles resultados de una sentencia futura.

Esta importancia aumenta teniendo en cuenta la mora derivada del recargo de tareas de los tribunales o la naturaleza de los derechos afectados, que van tornando cada día más inconcebible la idea de un proceso sin protección cautelar.⁽³⁾

2.1. *Medidas cautelares en el contencioso administrativo*

Los principios antes señalados que dan fundamento a las cautelares —señala Carlos Vallefín—⁽⁴⁾ fueron pensadas, en general, para procesos civiles donde rige el principio de paridad de armas entre los litigantes, pero cobra aún mayor envergadura en el contencioso administrativo.

De un lado, porque los actos administrativos cuya anulación judicial se reclama se presumen legítimos, gozan de ejecutoriedad y los recursos que se deduzcan contra aquellos no suspenden su ejecución.⁽⁵⁾

De otro, porque la conciliación entre la celeridad y la ponderación son más difíciles de alcanzar en este ámbito:

La celeridad debido a que —con excepción de las acciones de amparo— el particular no puede acudir directamente a los tribunales para obtenerla sino que debe recorrer y agotar la instancia administrativa previa (...) La ponderación porque en el proceso

(3) VALLEFÍN, CARLOS A., *Medidas cautelares frente al Estado. Continuidades y rupturas*, Bs. As., Ad-Hoc, 2013. La referida obra constituye un estudio particularizado de la ley 26.854 y en ella participamos colaborando con la redacción de los capítulos II y VII, puntos 3, 4 y 5. Esta ponencia seguirá, en gran medida, sus desarrollos.

(4) *Ibid.*, p. 20.

(5) Art. 12 del decreto-ley 19.549/1972.

contra el Estado el pedido cautelar abrirá un conflicto entre el interés particular del demandante y el público de la Administración demandada, conflicto de difícil resolución que no necesariamente surge —o, al menos, por regla, no con la misma intensidad— en los pleitos regidos por el derecho privado. El sistema cautelar, se ve entonces, determinará en buena medida el grado de eficacia del control que los tribunales ejercen sobre los comportamientos estatales a la hora de la sentencia definitiva.⁽⁶⁾

2.2. Jerarquía constitucional de las medidas cautelares

El profesor español Eduardo García de Enterría destacó la necesidad de que los tribunales cuenten con un haz de medidas cautelares que permitan que no se frustren las decisiones de fondo y remarcó que “la exclusión de medidas cautelares es contraria a los derechos fundamentales y, específicamente, al derecho a la tutela judicial o a los derechos de la defensa”.⁽⁷⁾

En nuestro país, Armando Grau, en un estudio pionero realizado en 1965,⁽⁸⁾ destacó la constitucionalización de las medidas cautelares al considerar que la suspensión del acto administrativo comprometía la garantía del debido proceso del art. 18 de la Constitución Nacional, en cuanto esta medida tiende a asegurar la eficacia del proceso.

Por ello, las medidas cautelares tienen **jerarquía constitucional** basada en el debido proceso legal y, también, **jerarquía convencional** en el art. 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos que requiere que las herramientas judiciales disponibles incluyan medidas procesales como las medidas precautorias, provisionales o cautelares, en general, recursos judiciales sencillos y rápidos para la tutela de derechos con miras a impedir que las violaciones se prolonguen en el tiempo.

3. Antecedentes mediatos e inmediatos

Enumeraremos aquí —en modo esquemático y sintético— los antecedentes mediatos e inmediatos que dieron fundamento al dictado de la ley. Los referidos motivos fueron puestos de resalto por los poderes políticos a la hora de elevar el proyecto y en su trámite parlamentario.

(6) VALLEFÍN, CARLOS A., *op. cit.*, p. 22.

(7) GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, *La batalla por las medidas cautelares. Derecho comunitario europeo y proceso contencioso administrativo español*, Madrid, Civitas, 1992.

(8) GRAU, ARMANDO, “Suspensión del acto administrativo y medida de no innovar contra el Estado”, en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 1965-III-239.

3.1. Nivel mediato

Los antecedentes mediatos son:

- Existe una notable ausencia en el ordenamiento jurídico federal: no hay un régimen orgánico que regule el proceso judicial frente a las autoridades públicas. Solo tenemos el Título IV del decreto-ley 19.549/1972 de Procedimientos Administrativos.
- Aplicación de una norma destinada a regir las relaciones procesales entre particulares, como es el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (en adelante, CPCCN) a los procesos contra el Estado y, por ende, a las medidas cautelares en el contencioso administrativo.
- En las provincias la realidad es diferente dado que ellas han consagrado códigos en lo contencioso administrativo para regir este tipo de procesos.
- La autonomía que posee el derecho administrativo exige un cuerpo integral que legisle los procesos en los que participa el Estado equilibrando **prerrogativas estatales y las garantías de los particulares**.

3.2. Nivel inmediato

Los antecedentes mediatos son:

- La sanción de la Ley Nacional de Servicios de Comunicación Audiovisual⁽⁹⁾ es, sin duda, un hito que puso en la discusión pública las medidas cautelares frente al Estado.
- La Justicia Federal de Mendoza dictó una medida cautelar que suspendía la referida ley con efectos generales, es decir, con efecto *erga omnes* que luego llegó a la Corte Suprema de Justicia de la Nación quien revocó el decisorio y alertó sobre la utilización de las medidas cautelares, la legitimación procesal, la división de poderes y el control de constitucionalidad en nuestro ordenamiento jurídico.⁽¹⁰⁾
- La Justicia Civil y Comercial Federal le concedió al Grupo Clarín una medida cautelar que suspendió la aplicación de cuatro artículos de la Ley Nacional de Servicios de Comunicación Audiovisual. La medida fue decretada el 07/12/2009 y luego sería noticia pública durante los años que le siguieron.
- Al llegar a la Corte Suprema, en mayo de 2010, se postuló que las medidas cautelares podrían conducir a “situaciones de desequilibrio” y, por eso, debían durar un “plazo razonable”.⁽¹¹⁾

(9) Ley nacional 26.522, sancionada el 10/10/2009.

(10) CSJN, “Thomas, Enrique c/ E.N.A. s/ Amparo”, 15/06/2010, Fallos: 333:1023.

(11) CSJN, “Grupo Clarín y otros S.A. s/ Medidas cautelares”, 05/10/2010, Fallos: 333:1885.

"Si la sentencia en la acción de fondo demorara un tiempo excesivo, se permitiría a la actora excepcionarse por el simple transcurso del tiempo de la aplicación del régimen impugnado, obteniendo de esta forma por vía del pronunciamiento cautelar, un resultado análogo al que se lograría en caso de que se acogiera favorablemente su pretensión sustancial en autos",⁽¹²⁾ remarcó el Máximo Tribunal en esa oportunidad.

- La Cámara señaló un plazo de 36 meses para la duración de la medida que la Corte Suprema, atendiendo al tipo de proceso y la naturaleza del punto debatido, consideró finalmente razonable, y añadió que el riesgo de que el pleito se extienda indebidamente se había disipado dado que días atrás tuvo sentencia de fondo, en Primera Instancia, en sentencia del 27/12/2012.
- Otro aspecto que cobró atención de la ciudadanía fue lo ocurrido por diferencias salariales de Prefectura y Gendarmería Nacional sustanciadas en juzgados provinciales notoriamente incompetentes. Así, se determinó que en ciertos juzgados de pequeñas localidades existía una trama entre funcionarios judiciales y estudios de abogados para defraudar al Estado Nacional con el otorgamiento de medidas cautelares. La denuncia terminó con la destitución de dos jueces de la localidad de Santo Tomé, provincia de Corrientes, que habían otorgado, sumándolas, una totalidad de 24.000 medidas cautelares siendo incompetentes, luego así se habían declarado y habían tardado meses en remitir las actuaciones a la justicia federal.⁽¹³⁾ Solo en estos dos tribunales el perjuicio aproximado para el Estado fue de 200 millones de pesos.
- Otro caso es el que señaló el periodista Horacio Verbitsky —desde Página/12— en el cual denunciaba que el diario *La Nación* tenía en su favor una medida cautelar desde hacía diez años que permitía al matutino el cómputo de aportes patronales como crédito fiscal en la liquidación del IVA, un beneficio otorgado en 2001 y vencido en 2003. Lo que arroja en total una merma fiscal de 280 millones de pesos más sus intereses.⁽¹⁴⁾

Todas estas circunstancias que pusieron en debate público a las medidas cautelares impulsaron al poder político a enviar al Parlamento un proyecto de ley que regule las medidas cautelares en causas en las que el Estado es parte.

4. Novedades del nuevo régimen de medidas cautelares en causas en las que el Estado es parte

Estructuraremos aquí un breve análisis de los principales aspectos novedosos que introdujo la ley 26.854.

(12) *Ibid.*, consid. 7º.

(13) Diario Página/12, edición del 17 de octubre de 2012.

(14) Diario Página/12, edición del 06 de enero de 2013.

4.1. Norma específica de derecho público para regir las medidas cautelares en causas en las que el Estado es parte

La nueva ley significó dotar al derecho administrativo de una norma propia que regule lo relativo a medidas cautelares que, hasta su sanción, eran regidas por el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, un cuerpo destinado a regir los procesos de derecho privado.

Se legislán específicamente tres tipos de medida cautelar:

- a. la suspensión de los efectos del acto administrativo;
- b. la medida de contenido positivo; y
- c. la medida de no innovar.

4.2. Medidas cautelares dictadas por jueces incompetentes (art. 2º)

La norma previó que las medidas cautelares dictadas por jueces incompetentes, fundadas en la urgencia de la situación, solo tendrán eficacia cuando se trate de “sectores socialmente vulnerables acreditados en el proceso, se encuentre comprometida la vida digna conforme la Convención Americana de Derechos Humanos, la salud o un derecho de naturaleza alimentaria. También tendrá eficacia cuando se trate de un derecho de naturaleza ambiental”.

Asimismo, impone la obligación a dicho juez de remitir inmediatamente las actuaciones al juez competente y, este, una vez que acepte la competencia, deberá expedirse sobre el alcance y vigencia de la cautelar acordada.

4.3. Bilateralidad previa al dictado de medidas cautelares (art. 4º)

Un repaso por las distintas legislaciones revela que la mayoría dispone que el otorgamiento de las medidas cautelares se efectúa *inaudita parte*, esto es, que del pedido no se conferirá traslado sino que el tribunal dispondrá otorgarla o denegarla, sin noticia de la contraparte. El CPCCN dispone sobre el punto que “las medidas precautorias se decretarán y cumplirán sin audiencia de la otra parte”. Esta regla no implica, en modo alguno, una derogación del principio de contradicción —derivado, a su vez, de la garantía constitucional de la defensa en juicio—, sino una postergación o aplazamiento momentáneo de su vigencia estricta, plenamente justificado en obvias razones de efectividad. Además, se cumplen “sigilosamente y sin más trámite” y, una vez notificadas, la parte interesada podrá impugnarla —mediante el recurso de reposición o el de apelación— o, eventualmente, solicitar su levantamiento o modificación.

Señala Vallefín que:

... la creciente complejidad de los pleitos —repárese, por ejemplo, en los debates que involucran los aspectos económicos en la composición de las tarifas de los servicios públicos o los técnicos en cuanto a su prestación; las propiedades tóxicas o no de un residuo o las curativas de una droga, etc.— muestra que no es aconsejable que, basado en una versión unilateral, el magistrado decida una medida cautelar. Si el pleito, además de complejo, reviste importancia institucional y ha atraído, *v. gr.*, la atención de la prensa, el juez debe resolver en el breve plazo que la legislación le otorga. Si la cuestión le ofrece dudas, si existen puntos oscuros, podrá inclinarse por su denegación o, sobre la base del criterio que sugiere que es preferible un exceso en acordarlas que la parquedad en desestimarlas, su acogimiento.⁽¹⁵⁾

Concluyendo que

... el sistema procesal sin sacrificio de ningún principio, puede mejorar las posibilidades de acierto del régimen cautelar. Si, como se expuso, la unilateralidad se justifica cuando concurran "obvias razones de efectividad" cuando esta no esté comprometida, puede abrirse el camino para la bilateralidad. Por ejemplo, si se solicita como medida cautelar la suspensión de la celebración de un concurso o de la iniciación de una obra pública que tienen fecha fija —esto es, que no puede ser adelantada o postergada por la mera voluntad de la demandada— y si aún restan algunos días para que estos se lleven a cabo, conferir traslado a la demandada, por el prudencial plazo de cuarenta y ocho horas, no afectaría la eficacia de la medida a dictarse. Pero, además, el magistrado contaría con mayores elementos para decidir. En otros términos, incrementaría las posibilidades de acierto y honraría más —si se quiere— el principio de contradicción, permitiendo que aun tratándose de medidas cautelares, este rigiera con plenitud desde antes de que se dispusiera su traba.⁽¹⁶⁾

La ley 26.854 alteró la regla tradicional de la unilateralidad e introdujo un informe previo que el juez deberá requerir a la autoridad demandada y que esta deberá producir en un plazo de cinco (5) días.

(15) VALLEFÍN, CARLOS, *op. cit.*, pp. 89/90.

(16) *Ibid.*, p. 90.

Dicho informe deberá dar cuenta del interés público comprometido por la solicitud y, además, podrá expedirse acerca de las condiciones de admisibilidad y procedencia de la medida solicitada y acompañará las constancias documentales que considere pertinentes.

Sobre el punto la **jurisprudencia** de la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal se pronunció en sentido favorable a la validez constitucional de esa disposición.⁽¹⁷⁾

La Cámara Civil y Comercial Federal, por el contrario, objetó constitucionalmente el informe previo por cuánto señaló que:

... desnaturaliza innecesariamente el trámite *inaudita parte* propio de las medidas precautorias, el cual se vincula en forma directa e inescindible con la urgencia y eficacia de la protección cautelar dirigida a garantizar la efectividad de los derechos que se invocan, de modo tal que se afecta el debido proceso. Ello es así, pues frente a la resolución que admite una medida cautelar el Estado Nacional puede, igual que cualquier otro sujeto de derecho, interponer recurso de reposición o de apelación (art. 198 del Código Procesal) o pedir su levantamiento dado su carácter provisional (art. 202 del ritual).⁽¹⁸⁾

Esta exigencia del informe previo tiene cierta **flexibilidad** pues, como señala el art. 4º de la norma, “cuando circunstancias graves y objetivamente imposergables lo justificaran, el juez o tribunal podrá dictar una medida interina, cuya eficacia se extenderá hasta el momento de la presentación del informe o del vencimiento del plazo fijado para su producción”.

Se trata de una medida provisionalísima que la ley denomina “**interina**”. El trámite, bajo aquellas circunstancias, mantendrá su anterior condición de unilateralidad.

(17) CNAC. CONT. ADM. FED., Sala V, “SKF Argentina SA c/ DGA-RS 232/10”, 26/09/2013, Expte. N° 29094/2013.

(18) CNAC. CIV. Y COM. FED., Sala I, “American Airlines Inc. c/ Administración Nacional de Aviación Civil s/ Nulidad de acto administrativo”, 06/06/2014, Expte. 600/2014/CA1. El juez Antelo votó en disidencia y consignó que: “no se advierte que la norma impugnada resulte irrazonable, ni que su aplicación vulnere los derechos a la tutela judicial efectiva y a la igualdad (...) En efecto, la disposición tiene por finalidad que el juez cuente con elementos suficientes para hacer un adecuado balance de los intereses en juego y decidir, sobre esa base, acerca de la procedencia de la medida cautelar; y el requerimiento para que el Estado Nacional informe, en forma acotada y en un tiempo reducido, acerca del interés público comprometido y de los requisitos propios de las medidas precautorias, es un medio idóneo y proporcional para conseguir la finalidad perseguida por la norma”.

Ahora bien, el tradicional carácter unilateral se mantiene cuando las medidas cautelares “tengan por finalidad la tutela de los supuestos enumerados en el art. 2º, inc. 2º”, disposición esta última que constituye la llave de acceso a un régimen más benigno.⁽¹⁹⁾

El art. 2º, inc. 2º, de la ley 26.854 dice:

... cuando se trate de sectores socialmente vulnerables acreditados en el proceso, se encuentre comprometida la vida digna conforme la Convención Americana de Derechos Humanos, la salud o un derecho de naturaleza alimentaria. También tendrá eficacia cuando se trate de un derecho de naturaleza ambiental.

Se trata, en los términos de Pablo Octavio Cabral,⁽²⁰⁾ de una “tutela especial y diferenciada” para sectores sociales que viven en condiciones desfavorables y que, a su vez, muestra el reconocimiento expreso a la justiciabilidad de los derechos sociales.

También se contempla, en forma potestativa para el juez, la posibilidad de hacer intervenir al Ministerio Público. Se dispone que “según la índole de la pretensión el juez o tribunal podrá ordenar una vista previa al Ministerio Público”.

El informe previo a la autoridad demandada no es una novedad absoluta; en forma potestativa está contemplado también en el art. 23, inc. 1, del Código Contencioso de la Provincia de Buenos Aires.

4.4. Vigencia temporal de las medidas cautelares

Se trata, sin duda, de una de las novedades más notables que introdujo este nuevo marco normativo.

Las medidas cautelares, dijimos, tienen íntima relación con el tiempo en los procesos y por ello el legislador, con la justa pretensión de que los pleitos sean más breves, impuso un límite temporal a la vigencia de las medidas cautelares

Dispuso que “al otorgar una medida cautelar —dice el art. 5º— el juez deberá fijar, bajo pena de nulidad, un límite razonable para su vigencia”. Ese límite viene tasado por el legislador: no podrá superar los seis

(19) *Ibid.*, p. 93.

(20) CABRAL, PABLO O., *La nueva Ley de Cautelares contra el Estado Nacional como una política pública de tutela procesal diferenciada*, en JA, 2013 –II.

meses. Pero también se consagran disposiciones que pueden acortar, alongar o suprimir dicho plazo.

4.4.1. Plazo menor a seis (6) meses

La primera situación puede derivar de la decisión del juez que fije, atendiendo a las circunstancias de la causa, un plazo inferior, por ejemplo cuatro meses. La segunda es una imposición del legislador al establecer que “en los procesos de conocimiento que tramiten por el procedimiento **sumarísimo** y en los **juicios de amparo**, el plazo razonable de vigencia no podrá exceder de los tres (3) meses”.

4.4.2. Plazo superior a los seis (6) meses

El plazo puede extenderse; para que ello acontezca deberá existir un pedido de la parte. El juez deberá examinar el interés público comprometido pero, también, la conducta procesal de la parte favorecida, esto es, su diligencia o negligencia en hacer avanzar la causa hacia su destino normal que es la sentencia. Se veda así un sistema **automático** de prórroga.

4.4.3. Inexistencia de plazo

Si se tramita una acción en la que los derechos cuya protección se reclama son algunos de los enumerados en el art. 2º, inc. 2 de la ley 26.854 —esto es, esto es, si actúan sectores **socialmente vulnerables**, se encuentre comprometida la **vida digna, la salud, un derecho de naturaleza alimentaria o ambiental**— no regirá el plazo.

4.4.4. Examen de la constitucionalidad del plazo

Señala Carlos Vallefín:

“Un plazo de vigencia de una medida cautelar no es, en **sí mismo**, inconstitucional. Es más, la acotada vigencia de aquellas es una legítima aspiración pero, por cierto, exige como contrapartida que los procesos culminen pronto o, con el giro de los tratados internacionales y de la jurisprudencia, en un **plazo razonable**. La preocupación no puede orientarse **solo** hacia una etapa del proceso porque el problema es la totalidad”.⁽²¹⁾

El referido autor explica que este aspecto ataña a la distinción entre la declaración de inconstitucionalidad *on its face* y *as applied*. Señala así que

(21) VALLEFÍN, CARLOS A., *op. cit.*, pp. 142/143.

"es conocido que los jueces estadounidenses —lo mismo acontece entre nosotros— no ejercen poderes derogatorios respecto de las normas sometidas a su control y declaradas inconstitucionales. La doctrina tradicional enseña que esa declaración de inconstitucionalidad se realiza, en alguno de aquellos dos modos".⁽²²⁾

Precisa la diferenciación del siguiente modo:

Los jueces pueden, en algunos casos, concluir que una norma es inconstitucional tal como la aplica en un determinado caso (*as applied*). Ello implica que los órganos del Estado podrán continuar aplicando esta norma en circunstancias diferentes a las que motivaron su declaración de inconstitucionalidad (...) Pero los tribunales pueden declarar que la norma impugnada resulta inaplicable no solamente para el caso concreto sino en toda circunstancia. Esto es lo que se denomina declaración de inconstitucionalidad *on its face* o *facial*. Esta declaración de inconstitucionalidad es admisible en dos supuestos: a) cuando el vicio constitucional que se le reprocha a la norma no es susceptible de ser subsanado separando los aspectos constitucionales y los inconstitucionales de aquella, pues el vicio se extiende a toda aplicación posible de aquella. En otros términos, cuando la aplicación de la norma resultaría inconstitucional bajo cualquier circunstancia y b) cuando la norma impugnada es *overbroad*, o sea, cuando la norma tiene tanto aplicaciones constitucionales como inconstitucionales, pero razones de política constitucional no hacen conveniente establecer los supuestos constitucionales caso por caso y, en consecuencia, conducen al tribunal a declarar la inaplicabilidad total de la norma, es decir, su inconstitucionalidad facial.⁽²³⁾

4.4.5. Excepción al plazo

No tendrán plazo de vigencia las medidas cautelares dictadas "cuando se trate de sectores socialmente vulnerables acreditados en el proceso, se encuentre comprometida la vida digna conforme la Convención Americana de Derechos Humanos, la salud o un derecho de naturaleza alimentaria. También tendrá eficacia cuando se trate de un derecho de naturaleza ambiental".

(22) *Ibid.*, p. 144.

(23) *Ibid.*, p. 145.

"Esta amplísima excepción, bajo el paraguas protector del concepto de vida digna, no somete a límites temporales los mandatos cautelares que se dicten para tutelar un importante conjunto de derechos".⁽²⁴⁾

4.4.6. Variantes del plazo.

El caso de la denominada "medida cautelar autónoma"

Existe un supuesto en el que el plazo no es ni de tres ni de seis meses, ni tampoco está exceptuado por verificar alguna de las circunstancias explicadas en el punto anterior. Se trata del caso contemplado en el último párrafo del art. 5º de la ley 26.854. Si se dictara una medida cautelar "encontrándose pendiente el agotamiento de la vía administrativa previa, el límite de vigencia de la medida cautelar se extenderá hasta la notificación del acto administrativo que agotase la vía".

Es el caso de la denominada "medida cautelar autónoma".⁽²⁵⁾ Una secuencia posible puede plantearse en estos términos: a) encontrándose en trámite el procedimiento administrativo se solicita el dictado de una medida cautelar **autónoma**; b) la medida cautelar se concede pero **no está sujeta la vigencia temporal** que se expuso; c) la Administración dicta el acto administrativo que agota la vía y es notificado al interesado; d) a los diez días de la notificación de aquél la medida cautelar **caducará automáticamente**.

4.4.7. La jurisprudencia sobre el plazo de vigencia

En este punto han predominado los criterios que no han efectuado objeciones constitucionales sobre el plazo de vigencia de las medidas cautelares en el fuero contencioso administrativo federal.

Así, se pueden citar diferentes pronunciamientos con criterios ubicados dentro de esta posición. Por ejemplo, la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal ha convalidado la imposición del plazo de seis meses

(24) *Ibid.*, p. 149.

(25) Las medidas cautelares pueden solicitarse en cualquier estado del proceso y también antes de que sea promovido, a menos que una ley especial disponga lo contrario. Aunque la regla es solicitarlas conjuntamente con la interposición de la demanda, las singulares características de los pleitos contencioso-administrativos ha hecho que la jurisprudencia de los tribunales federales permita —pendiente la decisión de un recurso interpuesto ante la autoridad administrativa— requerir el dictado de una medida cautelar que impida la ejecución del acto impugnado hasta tanto se resuelva dicho recurso. Ver VALLEFÍN, CARLOS A., *op. cit.*, p. 125 y ss.

por parte de los juzgados de primera instancia en numerosas sentencias⁽²⁶⁾ o, en otros casos, lo ha impuesto.⁽²⁷⁾

Otro aspecto concerniente a la vigencia temporal de las medidas cautelares dictadas frente al Estado es el vencimiento del primigenio plazo de seis meses y la necesaria petición, por parte del beneficiario de la medida, de una prórroga por un lapso equivalente.

Es en este tópico que también se registran pronunciamientos que exhiben la orden de los tribunales para prorrogar la vigencia de las medidas cautelares.⁽²⁸⁾

En esa dirección, el referido tribunal ha señalado, en conformidad con la manda legal, que al momento de tratar los pedidos de prórroga del plazo de vigencia de las medidas cautelares es necesario “una reseña de la actividad procesal desplegada por la parte favorecida por la cautelar en el marco de la causa principal”.⁽²⁹⁾

A la luz de ese criterio, se puede referir —por ejemplo— la decisión del citado Tribunal que prorrogó la medida cautelar que suspendía los efectos de una resolución del Banco Central en cuanto imponía una multa a tres ciudadanos y fundó su decisión en el “adecuado ritmo de impulso procesal” que exhibía la causa dado que se había llamado a autos para sentencia antes del cumplimiento de los primeros seis meses del mandato cautelar.⁽³⁰⁾

Criterio antagónico con respecto a la vigencia temporal de las medidas cautelares es el que registra un pronunciamiento de la Cámara en lo Civil y Comercial Federal. El referido Tribunal señaló sobre el punto que:

El art. 5º de la ley 26.854 al fijar un plazo de vigencia de seis meses de la medida cautelar —prorrogable por otros seis meses

(26) CNAC. CONT. ADM. FED., Sala II, “Lan Argentina SA - Moritan c/ Orsna”, 23/12/2013, Expte. 36337/2013.

(27) CNAC. CONT. ADM. FED., Sala I, “HB Management SA c/ EN-M. Economía y otro”, 28/08/2014, Expte. N° 38692/2013; “RIS SA c/DGA Resol. 793/12”, 20/03/2014, Expte. 29179/2013; CNAC. CONT. ADM. FED., Sala IV, “Love & Care SA c/ EN-M Industria-SCI-AFIP-DGA s/ Medida cautelar”, 26/06/2014, Expte. 38895/2013.

(28) CNAC. CONT. ADM. FED., Sala I, “Cobalaban Ángel Mario c/ BCRA-RESOL 378/13”, 03/07/2014, Expte. N° 35790/2013; “Taberna Hugo Oscar c/ BCRA-RESOL 378/13”, 03/07/2014, Expte. N° 35930/2013; CNAC. CONT. ADM. FED., Sala IV, “Panalpina Transportes Mundiales SA”, 15/07/2014, Expte. N° 36582/2013.

(29) CNCONT. ADM. FED., Sala IV, “DHL Express”, 27/03/2014, Expte. N° 23116/2013; “Panalpina Transportes Mundiales SA”, 15/07/2014, Expte. N° 36582/2013.

(30) CNCONT. ADM. FED., Sala IV, “Olano, Eduardo Hipólito y otros c/ Banco Central de la República Argentina”, 28/08/2014, Expte. 38861/2013.

cuando fuese indispensable y no hubiere, en principio, una actitud dilatoria de la parte favorecida— es incongruente con el carácter instrumental del instituto precautorio, el cual tiene por objeto asegurar —sobre la base de un derecho verosímil— el cumplimiento de una eventual sentencia favorable.⁽³¹⁾

Asimismo, agregaron que:

... la norma no es razonable pues el legislador ha establecido el término máximo de un año para la vigencia de la medida cautelar, con prescindencia de la duración objetiva del proceso principal, que puede variar por múltiples factores según la complejidad de cada caso, independientemente del mayor o menor impulso que pueda darle la beneficiaria de la medida, entre los cuales no se puede descartar la demora judicial. De ese modo, la norma sancionada por el Poder Legislativo es susceptible de limitar irremediablemente la vigencia temporal de la protección cautelar otorgada ante un acto u omisión de las autoridades públicas, colocando al administrado ante el Estado Nacional en una situación de indefensión, pues se lo priva de la tutela judicial efectiva y oportuna que es garantía constitucional.

Finalmente, un criterio de gran importancia radica en un pronunciamiento de la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal que revocó una sentencia que declaraba la inconstitucionalidad del art. 5º de la ley 26.854 y realizó una interpretación ajustada a la Constitución Nacional del plazo de vigencia de las medidas cautelares.⁽³²⁾

La Jueza de Primera Instancia había entendido que la norma veda la posibilidad de otorgar más de una prórroga y que ello era lesivo del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva y que, a su vez, desconoce las facultades ordenatorias e instructorias que tienen los jueces en ejercicio de su función para ponderar, según los hechos de cada caso concreto, el alcance de la medida cautelar a adoptarse con el fin de efectivizar la tutela judicial.⁽³³⁾

(31) CNAC. Civ. y Com. Fed., Sala I, "American Airlines Inc. c/ Administración Nacional de Aviación Civil s/nulidad de acto administrativo", 06/06/2014, Expte. 600/2014/CA1.

(32) GARCÍA URCOLA, MARÍA y LÓPEZ, JOSÉ I., "Una interpretación ajustada a la Constitución del plazo de vigencia de las medidas cautelares frente al Estado", en *Diario Constitucional de Derecho Para Innovar*, 16 de febrero de 2015, [en línea] <http://dpicuantico.com/sitio/wp-content/uploads/2015/02/Constitucional-Doctrina-2015-02-16.pdf>

(33) Ver JNAC. CONT. ADM. FED. N° 11, Sec. 21, "Incidente nro. 2 - Actor: Lan Argentina SA—Moritan Demandado: ORSNA—Van Lacke s/nc. de medida cautelar", 18/09/2014, Expte. 36.337/2013/2/CA2.

La Cámara, por el contrario, y en coincidencia con el Fiscal General del fuero, señaló que:

... la interpretación literal del artículo conduce a sostener que la norma no prohíbe expresamente prorrogar la medida cautelar por más de una vez. Siendo así, no se advierte que, en el particular supuesto de autos, el dispositivo legal resulte inconciliable con el principio constitucional a la tutela judicial efectiva, habida cuenta que, su aplicación no impide que, de mantenerse las circunstancias fácticas y jurídicas que justifican admitir la tutela anticipada, tal como ocurre en el caso, pueda prorrogarse su vigencia”.⁽³⁴⁾

Este criterio tiene una importancia notable dado que constituye el primer pronunciamiento de la Cámara de Apelaciones del fuero específico que analiza la constitucionalidad del plazo de vigencia de las medidas cautelares frente al Estado, luego de vencido el término primigenio por seis meses y su prórroga por un período equivalente.

4.5. Medidas cautelares solicitadas por el Estado (art. 16) y tutela urgente del interés público (art. 17)

La norma reconoce expresamente la facultad del Estado de solicitar medidas cautelares.

Piénsese, por caso, una pretensión por la cual el Estado busca la anulación de un acto dictado que ha generado derechos subjetivos en ejecución, y en el marco de una acción de lesividad pida una medida cautelar de suspensión de los efectos del acto cuestionado.

El art. 17 de la ley 26.854 regula la denominada “**tutela urgente del interés público comprometido por la interrupción de los servicios públicos**” y se introduce una figura que vuelve a facultar al Estado, en un ámbito específico ahora —el de los servicios públicos o actividades esenciales—, a requerir el dictado de medidas cautelares

Esta norma, al igual que la anterior, supone reconocer los límites de las facultades de autotutela de la Administración y, por cierto, no es objetable que se reconozca su legitimación para demandar y solicitar el dictado de medidas cautelares.

(34) Ver CNAC. ADM. FED., Sala II, “Lan Argentina SA c/ ORSNA s/ Medida Cautelar”, fallo cit., consid. VI.

El último párrafo excluye la aplicación de la norma en casos de conflictos laborales.

4.6. Contracautela en el nuevo régimen (art. 10)

Establece, por principio, la caución real y excepciona permitiendo la jura-toria en los casos en que la pretensión se trate de los derecho estableci-dos en el art. 2º, inc. 2, de la ley 26.854.

No se exigirá contracautela si la medida es pedida por el propio Estado o quien la peticiona cuenta con el beneficio de litigar sin gastos.

4.7. La cláusula de afectación de los recursos o bienes del Estado (art. 9º)

La cláusula dispone que: "Los jueces no podrán dictar ninguna medida cautelar que afecte, obstaculice, comprometa, distraiga de su destino o de cualquier forma perturbe los bienes o recursos propios del Estado, ni imponer a los funcionarios cargas personales pecuniarias".

Esta disposición reproduce el último párrafo del art. 195 CPCC cuya in-constitucionalidad fue declarada en varias oportunidades.

Se ha advertido sobre esa cláusula lo siguiente:

En cuanto a la primera parte, es claro que en numerosas oca-siones el pedido cautelar impactará —para emplear una voz que comprenda la afectación, obstaculización, compromiso o distracción— sea en los recursos, sea en los bienes del Estado. La interpretación cerrada del precepto colisiona con el derecho a la tutela judicial efectiva pues, por utilizar dos ejemplos reco-gidos de la jurisprudencia, no podría ordenarse la realización de un tratamiento médico —pues ello supone destinar recur-sos— o mantener a un permisionario discapacitado en un es-pacio del dominio público —pues ello supone afectar bienes—. En cuanto a la segunda parte, resulta aún más débil pues las cargas personales pecuniarias o astreintes constituyen un reco-nocido mecanismo para vencer la resistencia de los funciona-rios al cumplimiento de decisiones emanadas de los tribunales. Empleados para el fin que fueron concebidos —compeler al cumplimiento de un mandato judicial por parte de quien lo re-siste injustificadamente— no resultan objetables pues procuran

hacer realidad la regla republicana de la responsabilidad de los gobernantes.⁽³⁵⁾

4.8. Prohibición de coincidencia entre el objeto de la medida cautelar y el de la demanda principal

Establece que las medidas no podrán coincidir con el objeto de la demanda principal, en coincidencia con la jurisprudencia que así lo dispone. Como lo explica Osvaldo Gozaíni, la intención del legislador es evitar la procedencia de las llamadas “medidas autosatisfactivas”,⁽³⁶⁾ acorde con el criterio de la Corte Suprema según el cual “los beneficiarios de las medidas cautelares autosatisfactivas decretadas por tribunales inferiores han obtenido un lucro indebido a costa del sistema, en definitiva del país, y de quienes encontrándose en similares circunstancias no solicitaron o no obtuvieron ese disparatado beneficio”.⁽³⁷⁾ Si bien, a primera vista, parecería ser una dificultad para el peticionante de la medida, como lo explica Agustín Gordillo, esto se resuelve concibiendo “una demanda en la cual el objeto sea más amplio que la cautelar”.⁽³⁸⁾ Aun cuando la jurisprudencia exige, como principio de carácter general, la no coincidencia de las pretensiones fondal y cautelares, también existen precedentes que en materia de salud excepcionan el requisito en estudio.

En cuanto a los criterios de la **jurisprudencia** sobre esta cláusula legal se pueden señalar algunos que la interpretaron con mayor flexibilidad,⁽³⁹⁾ con

(35) VALLEFÍN, CARLOS, op. cit., p. 134.

(36) GOZAÍNI, OSVALDO A., “Las medidas cautelares ante la ley 26.854”, en *Medidas cautelares y el Estado como parte. Ley 26.854. Suplemento Especial La Ley*, mayo, 2013.

(37) CSJN, “Bustos”, Fallos: 327:4495.

(38) GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de Derecho Administrativo*. Fundación Derecho Administrativo, t. 2, Cap. XIII, 2014, p. 572.

(39) La Cámara en lo Contencioso Administrativo consideró: “en cuanto al requisito del art. 3º, inc. 4º, de la ley 26.854, cabe señalar que la medida solicitada no coincide estrictamente con el objeto de la demanda principal. En efecto, la suspensión de las normas referidas no agota la virtualidad de la pretensión principal, vinculada con la declaración de nulidad de las resoluciones cuestionadas, cuya estimación podría hipotéticamente tener impacto en la continuidad del trámite de la declaración jurada ya presentada e incluso en las declaraciones a presentar en el futuro por la actora, cuestión que será objeto de tratamiento en la sentencia definitiva”. Ver CAPEL. CONT. ADM., Sala IV, “Incidente de Apelación de Liprot SRL en autos ‘Liprot SRL - inc med c/ EN - Mº Industria - SCI - AFIP - resol. 3252, 3255, 1/12 s/ Dirección General de Aduanas’”, 22/10/2013, Expte. 22963/2013; “Inc. de medida cautelar de Hijos de Jaled Akil SCA”, 29/05/2014, Expte. 48.681/2013/3/CA1.

mayor rigor,⁽⁴⁰⁾ y otros siguiendo criterios de los tratados de derechos humanos.⁽⁴¹⁾

4.9. Recursos y efectos (art. 12)

La norma prevé como recursos a la reposición y la apelación, subsidiaria o directa.

La providencia que suspenda los efectos de un acto estatal será recurrible por vía de reposición; también será admisible la apelación, subsidiaria o directa. El recurso de apelación interpuesto contra la providencia cautelar que suspenda, total o parcialmente, los efectos de una disposición legal o un reglamento del mismo rango jerárquico, tendrá efecto suspensivo, salvo que se encuentre comprometida la tutela de los supuestos enumerados en el art. 2º, inc. 2º.

En cuanto a los efectos, los recursos se concederán con **efecto suspensivo**, es decir, detendrán la medida cautelar dictada **solo en los casos que la cautelar suspenda total o parcialmente los efectos de una ley o un reglamento de mismo rango jerárquico**.

Así lo entendió Fernando García Pullés, quién destacó que era la consagración de la doctrina de la CSJN en "Thomas".⁽⁴²⁾

La ley prevé una generosa excepción si la cuestión queda atrapada por la denominada "cláusula de la vida digna". Las **restantes impugnaciones** —por ejemplo, actos individuales, vías de hecho, etc.— están sometidas a un régimen procesal en el que los recursos se conceden con **efecto devolutivo**.

La **jurisprudencia** ha precisado el sentido de esta norma en numerosas decisiones. En esa dirección, la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal interpretó restrictivamente esta cláusula, por cuanto solo dispone efecto suspensivo para el caso de ley o reglamento del mismo

(40) CFED. SEG. SOCIAL, Sala I "Lescano José Tomas c/ Anses s/ Incidente", 17/10/ 2013, Expte. 42531/2013. A su vez, se citaron los precedentes "Quintin, Haydee C. c/ ANSeS", 02/11/1998, Expte. 43.641/97, sent. int. 46.796; "Zeitler, Enrique c/ ANSeS", 18 /05/1998, Expte. 40.821/97, sent. int. 46.111.

(41) CFED. APEL. ROSARIO, Sala B, "Noceti Lucio s/ Medida autosatisfactiva", 18/06/2014, Expte. 2365/2014.

(42) Versión taquigráfica del Plenario de la comisiones de Justicia, Asuntos Penales y Legislación General del Senado de la Nación, 11/04/2013.

rango jerárquico y no para otros actos a los cuales corresponde, por la vía art. 18 de la ley 26.854, remitir a las pautas del CPCC (art. 195) y conceder con efecto devolutivo.⁽⁴³⁾

4.10. Vía de la inhibitoria y cuestiones de competencia (art. 20)

Prevé una especial inhibitoria que tiene notas distintivas a la que legisla el CPCCN y que solo la permite en los casos en que se trate de controversias de competencia entre jueces de distinta circunscripción judicial. De esta forma, en pleitos en los que el Estado o cualquier de sus entes sean parte la inhibitoria se admite tanto ante los jueces de una misma como también de diferente circunscripción judicial.

Por otra parte —a la luz del segundo párrafo— se prevé que cuando se origine un conflicto de competencia entre un juez del fuero contencioso administrativo y un juez de cualquier otro fuero, la resolución corresponderá a la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal. Asimismo, en caso que el conflicto se occasionare entre esta última cámara y un juez o cámara de cualquier otro fuero será resuelto por la Cámara Federal de Casación en lo Contencioso Administrativo Federal.

Sobre este punto se registra **jurisprudencia** que ha hecho aplicación del instituto de la inhibitoria y los conflictos de competencia previstos en el art. 20 de la ley.⁽⁴⁴⁾

La Cámara en lo Civil y Comercial Federal se pronunció por una interpretación restrictiva del alcance de la cláusula prevista en el art. 20 de la ley 26.854. Así lo hizo en el marco de una causa que llegó a su conocimiento, en la cual su objeto no versaba sobre una medida cautelar frente al Estado y que, a su vez, no había llegado bajo la vía de la inhibitoria, sino que había recalado tras la declaración de incompetencia en razón de la materia de dos juzgados: uno civil y comercial y el otro, contencioso administrativo.

(43) CNAC. CONT. ADM. FED., Sala IV , “Recurso Queja N° 5 - AFIP - DGA”, 05/11/2013, Expte. 22963/2013/5/RH3; CNAC. CONT. ADM. FED., Sala V, “Recurso Queja N° 1 - Agener SA”, 22/05/2014, Expte. 41241/2013; “Recurso Queja N° 3 en autos Textil El Águila c/ AFIP”, 10/04/2013, Expte. 17.023/2013; “Recurso Queja N° 1 - ZVL Comercial SA”, 17/07/2014, Expte. 40405/2013/1 RH1; CNAC. CONT. ADM. FED., Sala III, “Incidente de recurso de queja de AFIP DGA en autos Proli-max SRL c/ EN-Mº Economía SCI s/Proceso de conocimiento”, 20/03/2014, Expte. 37227/2013/1.

(44) CFED. SEG. SOCIAL, Sala I, “Marmo Carmelo c/ Poder Ejecutivo Nacional”, 19/09/2014, Expte. 33141/2013; “Brasburg, Marcelo Pablo c/ ANSeS y otro”, 26/05/2014, Expte. 38714/2013; y “Longhi Natalia c/ Poder Ejecutivo s/amparo”, 09/10/2014.

En ese marco, el Tribunal entendió que no le era aplicable “la previsión del art. 20 de la ley 26.854 que determinaría la intervención de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal en conflictos de competencia en los que intervienen jueces de ese fuero”.

Asimismo, señaló que el trámite previsto en la ley, “está limitado a las medidas cautelares que involucran al Estado Nacional o a sus entes descentralizados. Y además solo tiene aplicación en conflictos de competencia generados mediante planteos de inhibitoria”.

La Cámara resaltó que la cláusula se inserta en un ordenamiento cuyo ámbito de aplicación está limitado a regular las medidas cautelares frente al Estado y, haciendo una interpretación gramatical, precisó que:

... el artículo 20 de la ley 26.854 se denomina “Inhibitoria” y está inserto en el título II, llamado por el propio legislador “Normas Complementarias”. Vale decir, la previsión complementa —completa o perfecciona según el sentido gramatical que cabe atribuirle a la expresión utilizada por el propio legislador— el título I de la ley citada, “De las medidas cautelares en las causas en las que es parte o interviene el Estado nacional”.⁽⁴⁵⁾

Dicho criterio es contrapuesto al que oportunamente expresamos.⁽⁴⁶⁾ En aquella ocasión habíamos señalado que si bien la vía de la inhibitoria y el conflicto de competencia están previstos en el marco de una norma que constituye el nuevo régimen de medidas cautelares para causas en las cuales el Estado es parte, no parece ser una autónoma previsión para esta especial temática, sino más bien erigirse en una nueva regla procesal contencioso administrativa aplicable a cualquier tipo de proceso.

4.11. La cláusula de la vida digna (art. 2º, inc. 2)

Bajo esta denominación Vallefín, sintetizó la extensa formulación del art. 2º, inc. 2 de la ley 26.854.⁽⁴⁷⁾

Se contemplan cinco circunstancias: vida digna (derechos económicos, sociales y culturales), salud, naturaleza alimentaria, derecho ambiental y

(45) CNAC. Civ. y COM. FED., Sala II, “Plustécnica SA c/ Estado Nacional Ministerio de Trabajo, Empleo y Seg. Soc. y otro s/ Nulidad de acto jurídico”, 04/10/2013.

(46) Ver Capítulo VII, punto 5, p. 151 y ss., a mi cargo, en VALLEFÍN, CARLOS A., *op. cit.*

(47) VALLEFÍN, CARLOS A., *ibid.*, p. 125.

sectores socialmente vulnerables. Las cuatro primeras “se definen por el tipo de derecho en discusión, mientras que la restante apunta a las características del grupo de personas afectadas”.⁽⁴⁸⁾

La importancia de esta disposición es que atraviesa todo el cuerpo normativo examinado y actúa como una fórmula de acceso a un régimen legal más benigno que el ordinario. Esta cláusula, que se reitera a lo largo de la ley, exceptúa del cumplimiento de requisitos impuestos con carácter general:

- a. el requerimiento del informe previo no resultará obligatorio;
- b. el plazo de vigencia de la medida cautelar no será exigible;
- c. la caución podrá ser juratoria y no real o personal;
- d. el recurso de apelación que se deduzca tendrá efecto devolutivo y no suspensivo.

La discusión sobre el alcance de la referida cláusula debe realizarse en forma amplia, buscando la cobertura de todas las situaciones sensibles a los fines de abrirles el régimen más benigno en protección de sus derechos fundamentales.

Esta cláusula constituye una norma de inmensa importancia que, en muchos casos, pone a salvo la ley de objeciones constitucionales.

En esa dirección, podemos citar una serie de pronunciamientos de la **jurisprudencia** que aplicaron este dispositivo legal. Así se pueden destacar sentencias que lo utilizaron valiosamente en materia de derecho a la salud,⁽⁴⁹⁾ derechos alimentarios⁽⁵⁰⁾ y para sectores socialmente vulnerables.⁽⁵¹⁾

(48) Ver VERBIC, FRANCISCO, “El nuevo régimen de medidas cautelares contra el Estado Nacional y su potencial incidencia en el campo de los procesos colectivos”, en *Medidas cautelares y el Estado como parte...*, op. cit.

(49) CFED. APEL. TUCUMÁN, “Sosa, Graciela Inés c/ AFIP-DGI y otros s/ Mobbing laboral”, 09/11/2013, Expte. 8932/2011/20; CNAC. Civ. y Com. Fed., Sala II, “Hunter Myrna Aileen c/ Instituto Nac. de Serv. Soc. para Jubilados y Pensionados s/ Incidente de apelación de medida cautelar”, 04/02/2014, Expte. 6088/2013.

(50) CFED. SEG. SOCIAL, Sala I, “Romero María Liliana del Valle c/ Anses s/Incidentes”, 05/11/ 2013, Expte. 46868/2013; CNAC. APEL. TRAB., Sala VII., “Dubini, Graciela Haydee c/ Universidad de Buenos Aires s/ Medida Cautelar”, 18/07/2014, Expte. 19.360/2014; CFED. APEL. ROSARIO, Sala B, “Maldonado, Haydee”, 20/02/2014, Expte. 53000043/2013/1; “Lassaga, Josefina Lilian”, 06/03/2014, Expte. 53000042/2013/1; CFED. APEL. ROSARIO, Sala A, “Spadaro, Yolanda c/ Estado Nacional - Gendarmería Nacional Argentina s/ Varios”, 11/12/2013, Expte. 71022510/2011/1.

(51) CFED. APEL. MAR DEL PLATA, “Coscarelli Cecilia M. c/ Estado Nacional s/ Juicio de conocimiento”, 04/09/2013, Expte. 15174.

5. Conclusiones provisorias

Hemos pasado revista sobre la importancia y jerarquía constitucional de las medidas precautorias; también destacamos que ha servido para la protección de derechos esenciales en muchos casos, pero también han sufrido desvíos en su finalidad.

El Congreso Nacional, en el marco de sus facultades, ha cubierto una necesidad con la sanción de una norma de derecho público que creó un régimen integral de medidas cautelares en causas en las que el Estado es parte.

La norma ha traído importantes novedades que hemos señalado y, a modo de conclusión, tomo una cita final del jurista alemán Radbruch que utilizó Zaffaroni en un notorio fallo de la Corte.⁽⁵²⁾

Allí expresó: "la Ley es como un navío que el legislador despieza desde el muelle y al que ya no puede controlar, navega solo, con las virtudes y defectos del texto".

Justamente, la tarea del legislador ha concluido con la elaboración de una nueva herramienta; ahora estamos frente a un nuevo capítulo cuyo principal protagonista es la interpretación del Poder Judicial.



(52) CSJN, "Grupo Clarín", 29/10/2013, Expte. G. 439. XLIX. REX.

El régimen jurídico del sistema ferroviario

GABRIELA STORTONI⁽¹⁾ y MARTÍN FERREIRO⁽²⁾



1. Introducción

El sector ferroviario es, dentro de los sistemas de servicios públicos y comunicaciones, uno de los emblemas del desarrollo de una Nación.

Ahora bien, no solo se trata de técnica de ingeniería o de inversiones a aplicar —no obstante su importancia para garantizar el sistema—, sino que un sistema ferroviario con vocación de futuro también debe asentarse en bases jurídicas sólidas, que sostengan políticas públicas de largo plazo, ya que el modo no permite pensar en soluciones coyunturales.

Por eso, en este artículo destacaremos las políticas legislativas que, en materia de servicios ferroviarios, ha adoptado nuestro país, para arribar a las actuales, las cuales, veremos, nos van a posicionar en las reglas más modernas de gestión.

(1) Abogada (UNLP). Magíster en Derecho Administrativo de la Universidad Austral, Máster en Administración, Derecho y Economía de los Servicios Públicos de las Universidades Carlos III, Madrid (España); Paris X, Nanterre (Francia); y El Salvador, Buenos Aires (Argentina) organizado por EPOCA. Especialista en Derecho de la Integración (Universidad Austral). Especialista en Transporte Urbano y Planificación por JICA (Japan International Cooperation Agency). Es Profesora de grado y de posgrado en distintas universidades nacionales. Actualmente, es Jefa de Gabinete del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación y representante argentina, por el Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios de la Nación, en la Entidad Binacional Argentina/Chilena “Túnel de Agua Negra”.

(2) Abogado (UBA). Especialización en Contratos Administrativos en la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado (ECAE, dependiente de la Procuración del Tesoro de la Nación). A la fecha está cursando la Diplomatura de Especialista en Contratos Administrativos. Actualmente está a cargo de la Unidad Secretario de la Secretaría de Transporte de la Nación.

Especial lugar va a tener, entonces, la Ley de Reordenamiento Ferroviario 26.352, que regula el reordenamiento de la actividad ferroviaria, introduciendo el concepto de separación vertical entre la operación de los servicios y la infraestructura ferroviaria, y con ello, diferenciando, la gestión de la infraestructura ferroviaria de la operación de los servicios de pasajeros y cargas.

En este sentido, no sin dejar de reseñar los antecedentes en el sector, vamos a destacar esta nueva política del Estado de separación vertical en la gestión de los servicios ferroviarios, para destacar el nuevo derecho que el nuevo Estado nos presenta

2. Breve referencia al régimen jurídico del transporte ferroviario en Argentina

La regulación legal en materia de transporte ferroviario, originariamente, se edificó en torno a normas que regularon la construcción de los ferrocarriles. La primera regla general fue la ley 368,⁽³⁾ promulgada el 3 de junio de 1870, por la cual se dispuso que la introducción de los materiales destinados exclusivamente a la construcción de ferrocarriles en la República estaba libre de derechos de importación. Posteriormente, se dicta la ley 531,⁽⁴⁾ del 18 de setiembre de 1872, la cual fue conocida como la primer Ley de Ferrocarriles, ley que define por primera vez que el servicio ferroviario es un servicio público.

Posteriormente, en 1891, se dicta la aún vigente Ley General de Ferrocarriles 2873. La misma destaca el carácter federal de la jurisdicción competente para entender en el ferrocarril, en concordancia con la prescripción de los actuales arts. 75, incs. 18 y 30 CN. La norma está diseñada para regir la construcción y explotación del ferrocarril, y se completa con la ley 5315 —comúnmente denominada Ley Mitre—, que regula el régimen de concesiones.⁽⁵⁾

(3) En relación con ello, se destaca que la primer ley particular en la materia, es la ley 22, que autorizó a Alan Campbell el inicio de los estudios para la construcción de un ferrocarril entre Paraná y Córdoba. Ver CANOSA, ARMANDO, *Régimen Administrativo del Transporte Terrestre*, Bs. As., Depalma, 2002, nota 15.

(4) Entre sus regulaciones más importantes se destacan la definición de la jurisdicción nacional en materia de transporte ferroviario, por el criterio subjetivo, de creación o autorización del servicio por parte del Congreso o por el sostenimiento o garantía económica de rentabilidad, otorgada por parte de la Nación. También en la ley se regula una exención de tributos, sobre todo de gravámenes aduaneros para productos que se introducen para la construcción.

(5) CANOSA, ARMANDO, *Régimen Administrativo del Transporte Terrestre*, Bs. As., Depalma, 2002, p. 277 y ss.; y SALOMONI, JORGE L., *Teoría General de los servicios públicos*, Bs. As., Ad Hoc, 1999, p. 143 y ss.

Estas normas —y sus complementarias—⁽⁶⁾ son impactadas fundamentalmente con el dictado de la ley 23.696 la cual estableció la privatización de las haciendas públicas productivas y de las cuales no estuvo exento el ferrocarril.⁽⁷⁾

Ahora bien, el panorama legal de los albores del ferrocarril debe necesariamente completarse con la jurisprudencia, ya del superior tribunal provincial, ya de la CSJN.

Los casos sometidos al conocimiento del pretor han girado fundamentalmente en torno a las cuestiones de competencia federal⁽⁸⁾ o local, la potestad de regulación de la tarifa⁽⁹⁾ y la procedencia de las exenciones impositivas. En relación a esta última, cabe destacar lo dicho en autos “Compañía General de FF de Pcia. de Bs. As. c/ Nación Argentina”,⁽¹⁰⁾ que establece un criterio restrictivo de interpretación de las exoneraciones tributarias:

no es lo mismo que la empresa almacene las mercaderías destinadas al transporte, o ya transportadas, a que sea un particular arrendatario del depósito el que practique esa actividad para

(6) Así, el Reglamento General de Ferrocarriles, aprobado por decreto 90.325 y la Ley de Concesiones Ferroviarias 5315.

(7) Existen otras normas —como la Ley de Creación de Ferrocarriles Argentinos 18.360— a las cuales no haremos referencia en tanto actualmente no están vigente. Si bien resultan aún de aplicación las normas técnicas de FA que no han sido reemplazadas hasta la fecha, la referencia a ello excede el alcance de este artículo.

(8) Es clara la competencia federal en materia penal y así se ha dicho en el siguiente fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: CSJN, “Carreras, Antonio y Cabral, Custodio V. Marioni, Francisco T., s/querella”, 07/07/1937. La CSJN expresó que “Corresponde a la justicia federal la averiguación y castigo de los culpables en los casos comprendidos en el título V de la ley 2873, que afectan la seguridad y el tráfico de los ferrocarriles nacionales”.

(9) Así resulta, por ejemplo, en los autos “Caja Nacional de Jubilaciones y Pensiones de Empleados y Obreros ferroviarios contra el Ferrocarril Central Argentino s/ entrega del remanente acumulado con motivo del remanente de tarifas”, respecto del cual la CSJN, en fallo del 03/10/1928 expresó: “Cabe recordar que los ferrocarriles particulares no son equiparables al dominio y negocios privados como pretende la demandada: nacen y funcionan en virtud de la concesión que no es un contrato de derecho común entre partes iguales sino que es el acto legislativo en virtud del cual el Estado hace delegación en una Empresa para la debida realización del servicio público de transporte ferroviario dentro de límites prefijados, determinándose las condiciones de tiempo, forma y elementos de la construcción y explotación, privilegios y exenciones otorgadas a la empresa, derechos y ventajas reservadas por el Estado para sí o para determinadas manifestaciones de la vida nacional (...) las leyes y la jurisprudencia argentina consagran ese carácter de la concesión y por ello las empresas no pueden fijar tarifas, precio del servicio que prestan, como un cargador común sino que deben llenar ciertos caracteres previstos en la ley y deberán ser previamente aprobada por por él...”.

(10) Fallos: 208:546.

sí mismo, aun cuando sea mediante el ferrocarril de la actora.

El primer supuesto importa un servicio público, mientras que el segundo se trata solamente de la entrada y salida de mercaderías de propiedad de quien ha arrendado un terreno o galpón con fines exclusivamente particulares. La circunstancia de que la persona arrendataria de un galpón transporte los efectos que en él almacena utilizando los medios de la empresa, no hace nacer la relación jurídica que emana únicamente de la efectiva ocupación de los terrenos por la compañía transportadora que realiza—como queda dicho—un servicio de utilidad pública tanto con sus transportes como con sus depósitos cuando es ella la única que los emplea a ese fin.

Por su parte, en autos “Ferrocarril Central Argentino c/Fisco Nacional por cobro de pesos”,⁽¹¹⁾ la CSJN ha sostenido que el FCCA está exonerado de toda contribución como empresa de transporte, pero no está exento de impuestos a las operaciones de otro género que realice.

En autos “Municipalidad de San Isidro c/ Ángel Saraco y otros”⁽¹²⁾ se destaca, principalmente, el dictamen del Procurador Elías Guastavino, el cual expresa que el art. 38 de la ley 18.360 declara —entre otras— exentas del pago de tasas de carácter municipal a las

... actividades publicitarias y explotaciones comerciales que se cumple por la propia Administración Ferroviaria o por terceros que hubieren contratado con ella, y que se efectúen dentro de las estaciones, zonas de vía y demás bienes ferroviarios. Contrariamente a lo dispuesto por la norma recién referida, la Ley de la Provincia de Buenos Aires N° 7725 —que también eximió a la Empresa Ferrocarriles Argentinos del pago de impuestos y tasas, salvo de aquellas que responden a servicios efectivamente prestados que hubiesen sido requeridos por la Administración

(11) Fallos: 144:408. El fundamento principal de la demanda se centra en lo prescripto por el art. 8º de la ley 5315, la cual establece como único pago de impuestos y contribuciones el 3% sobre los ingresos del FCCA, por lo cual no es aplicable la patente por muelles, canaletas y embarcaderos que posee. La patente grava los actos, operaciones comerciales o industriales y no la propiedad de las cosas.

(12) Fallos: 300:1063. El caso se trata de un recurso extraordinario planteado por la demandada con motivo del juicio de apremio que le iniciara la Municipalidad de San Isidro ante los tribunales de su jurisdicción para obtener el cobro de tasas del que la interesada pretende estar exenta.

ferroviaria— excluye de tal beneficio a los terceros que hubieren contratado con ella.

La CSJN emite su fallo el 5 de octubre de 1978 y rechaza por cuestiones formales el recurso extraordinario; pero Gabrielli, en disidencia, sostuvo:

la decisión por parte de la Nación de asumir la jurisdicción de los servicios ferroviarios del país con la amplitud con que lo ha hecho mediante la ley 18.360, tiene su fundamento en el art. 67 inc. 12 y 16 de la CN. El primero de estos incisos acuerda al Congreso la potestad exclusiva de reglar el comercio interprovincial e internacional, que no sólo comprende el tráfico mercantil sino el transporte de personas y cosas por vía terrestre, aérea, fluvial o marítima y alcanza igualmente a las comunicaciones.⁽¹³⁾ El segundo de los incisos otorga, asimismo, al Congreso la potestad de proveer lo conducente a la prosperidad del país (...) promoviendo la industria (...) la construcción de ferrocarriles (...) por leyes protectoras y por concesiones temporales de privilegios...

En consecuencia, vota por la revocación de la sentencia del *ad quo*, por entender que no es aplicable la ley 18.310, sino la ley 18.360, y el hecho de que no sea el ferrocarril un servicio de utilidad pública, no impide que el Estado, en atención al servicio, efectúe exenciones, en ejercicio de las facultades que emanen del art. 67, incs. 12 y 16 CN.

En autos “FCC Córdoba c/ Municipalidad de San Francisco”⁽¹⁴⁾ de 1939, la CSJN reitera la doctrina de Fallos 152:385:⁽¹⁵⁾

los ferrocarriles particulares no son equiparables al dominio y negocios privados; nacen y funcionan en virtud de la concesión que no es un contrato del derecho común entre partes iguales, sino que es el acto legislativo en virtud del cual el Estado hace delegación en una empresa para la debida realización del servicio público de transporte ferroviario dentro de los límites prefijados, determinándose las condiciones de tiempo, forma y elementos de la construcción y explotación, privilegios y exenciones otorgadas a la empresa, derechos y ventajas reservadas

(13) Fallos: 101:536; 154:104; 269:92; 278:210.

(14) Fallos: 185:24.

(15) CSJN, “Caja Nacional de Jubilaciones y Pensiones de Empleados y Obreros Ferroviarios c/Ferrocarril Central Argentino”, 1928.

por el Estado para sí o para determinadas manifestaciones de la vida nacional (...) el Congreso de la Nación en virtud de las facultades acordadas por el art. 67 inc. 16 de la CN ha podido proveer lo conducente a la construcción de ferrocarriles por leyes protectoras de esos fines y por concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulos, privilegios que no tienen más limitación que la de ser temporales, pues la citada disposición constitucional nada establece sobre la naturaleza o el carácter de esos privilegios. Que si bien la constitución solo usa los términos "construcción de ferrocarriles", esto no debe entenderse en sentido restrictivo, sino en sentido amplio y general, en concordancia con el fin primordial propuesto, que es en definitiva el bienestar general a que se refiere el Preámbulo (...) si se permitiera a las municipalidades imponer cargas de esta naturaleza a los ferrocarriles en toda la extensión de sus propiedades, las empresas se verían obligadas a pagar cantidades que, al gravitar sobre sus gastos, influirían en forma imprevisible sobre el producto líquido de las líneas, alterando el producido del impuesto nacional e influyendo en la fijación de las tarifas. Resultaría así, por obra de los gobiernos municipales o provinciales, destruido el sistema legal creado por el Congreso de la Nación, e interferida por esas autoridades la política ferroviaria del Gobierno nacional, y la reglamentación del comercio interprovincial, de exclusivo resorte del Congreso Nacional —art. 67 inc. 12 de la Constitución Nacional—. En base a los fundamentos expresados se confirma la sentencia apelada, en la parte que manda devolver a la actora las sumas pagadas por construcción de las veredas con exclusión del valor de las construidas en el frente de la estación, y se la revoca en la parte que rechaza la demanda en los otros capítulos que comprende.⁽¹⁶⁾

En materia de jurisdicción aplicable, se destaca el caso "Ferrocarril Central Argentino c/ la Municipalidad del Rosario, por devolución de

(16) La disidencia de fundamentos de Linares y Sagarna sostiene que el poder de policía local no cede frente a servicios públicos de jurisdicción federal, en tanto la aplicación de la potestad no sea irrazonable o arbitraria, con base en la jurisprudencia americana y argentina. El tribunal superior confirma el pronunciamiento por considerar arbitraria e irrazonable la medida del Municipio en establecer cercas de lujo y fuera del área de las estaciones.

impuestos".⁽¹⁷⁾ Con fecha 5 de setiembre de 1902 se expide el Juez Federal de Rosario, rechazando la demanda incoada por el Ferrocarril Central Argentino con la Municipalidad de la Ciudad de Rosario por devolución de impuestos cobrados por esta por la oficina de telégrafos del primero en el centro de la ciudad, entendiendo que la misma no reviste la calidad de dependencia exenta de impuesto. Con fecha 30 de marzo, la Cámara Federal de Paraná, confirma el fallo apelado. Finalmente, con fecha 31 de marzo de 1906, la CSJN dicta sentencia expresando:

El contrato aprobado por la ley citada tenía establecido en su art. 4º que los materiales, útiles y artículos que fuere necesario importar del exterior para la construcción y uso exclusivo del ferrocarril serán libres de todo derecho de introducción durante el período de 40 años, asimismo la propiedad del ferrocarril y sus dependencias serán libres de toda contribución o impuesto por el mismo término. Que la redacción del artículo citado comprendiendo la amplia expresión de "toda contribución o impuesto" interpretada a la luz del art. 67 inc. 16 de la CN produce el convencimiento de que la ley no sólo ha querido exonerar de cargas o impuestos nacionales sino también provinciales o municipales. Fallo 11 de mayo de 1901, porque si así no fuera no había concedido nada, ni sido posible llenar los fines de la ley, una vez que tratándose de un Ferrocarril que debía atravesar provincias y municipios, tendría que pagar toda clase de impuestos locales y de que la concesión se fundaba en la conveniencia de promover el bienestar general de la industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles por medio de leyes protectoras de estos fines y por concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo (...) Que aun cuando la ley del contrato de 1863 nada haya dicho sobre impuestos municipales, como son los que se trata, estos entran en implicancia necesaria en altos propósitos de la ley y de la cláusula constitucional citada, pues según la doctrina y la jurisprudencia dado un poder por la Constitución, los medios necesarios para llevarlos a cabo se juzgan siempre implícitos y el alcance de los mismos es que el Congreso tenga todas las atribuciones que sean necesarias y convenientes para hacer efectivos los poderes

(17) Fallos: 104:73.

que le han sido conferidos de manera expresa; que en ella no se concede ninguna facultad nueva y que su objeto es remover toda incertidumbre de que los medios para poner en ejercicio todos los poderes concedidos de una manera expresa están comprendidos en la concesión.

Fundándose en el caso seguido contra la Provincia de Córdoba por la Cía. de Tierras del Ferrocarril Central Argentino, concluye:

las oficinas de telégrafos que la empresa demandada tiene establecida fuera del perímetro de la línea del ferrocarril, aun cuando relacionadas con la explotación, no pueden mirarse como una necesidad para aquella y que por lo tanto no están exentas de los impuestos cuya devolución se cobra.

En "Compañía General de Ferrocarriles de la Provincia de Buenos Aires c/ Doña Gregoria M. Bustos de Silva, sobre expropiación"⁽¹⁸⁾ se destaca la sentencia del Juez federal del 8 de noviembre de 1906. El caso trata de la expropiación de tierras de la provincia para la construcción de un ferrocarril interjurisdiccional. Al respecto el *a quo* sostiene los poderes implícitos del Congreso de la Nación para imponer expropiaciones de tierras provinciales, en base al art. 67, inc. 16, y dice:

si bien es cierto que la facultad de construir ferrocarriles en todo el territorio de la República por parte del gobierno federal es concurrente con la de las provincias, según el art. 107 de la CN, esta concurrencia no obsta al ejercicio pleno del poder por parte del primero, siempre que los ferrocarriles estén destinados a unir las provincias entre sí o con la Capital Federal, porque la esfera de acción de las segundas está limitada a la construcción de ferrocarriles puramente locales a objeto de servir su comercio interno.

Pues bien, en este marco jurídico, luego de una etapa de gestión estatal, el Gobierno nacional decide en los años 90 la concesión de los ferrocarriles de cargas y de pasajeros, introduciendo nuevos procedimientos a aplicar, los cuales —junto con la evolución legal que también se va a seguir operando— veremos a continuación.

(18) Sentencia del Juez Federal del 08/11/1906.

3. Las concesiones y los procedimientos de readecuación contractual

3.1. Las concesiones y renegociaciones de los años 90

En ambos casos, cabe destacar que la fórmula de concesión de los servicios ferroviarios fue una división entre los modos de cargas y pasajeros, denominada “separación horizontal”, que alcanzó a las cargas en todo su espectro nacional y, entre el servicio de pasajeros, solo al ámbito metropolitano de Buenos Aires.

Las concesiones ferroviarias de cargas, privatizadas en los años 1991/1993, se caracterizaron por un régimen de concesión de explotación integral de los ramales nacionales otorgados y sujetos a recupero de la inversión ofertada en base del flete, sujeto a un límite superior tarifario. El supuesto plus de rentabilidad que las mismas proyectaban obligaba al pago de un canon anual. La ecuación económica financiera se completa con el término de explotación de 30 años, con opción a prórroga por 10 años más. Ahora bien, las pautas ofertadas se basaron en una variable concreta que le permitiría sostener las de la ecuación económica financiera: la previsión de cargas a transportar, la cual se ubicaba, para 1994, en el orden de las 16,4 miles de toneladas anuales. En base a ello: “... se estimó que los ferrocarriles de cargas tenían un potencial de rentabilidad apreciable, lo que permitía diseñar unidades de negocios susceptibles de despertar el interés empresarial privado, generar recursos genuinos para re-invertir en el negocio y así modernizar un transporte que siendo vital para el país, había caído significativamente e su participación modal”.⁽¹⁹⁾

La realidad presentó un escenario totalmente diversos, arrojando para ese mismo año la cantidad de 12 mil toneladas, y la ratio siguió reduciéndose dramáticamente.⁽²⁰⁾ Esto implicó la necesidad de instrumentar mecanismos que adecuaran el contrato a la realidad de la concesión, ya que una de las consecuencias de la pérdida de la rentabilidad ofertada y contratada es la imposibilidad de rehabilitación profunda de las vías, estaciones, puentes, terminales, etc., lo que atenta contra la continuidad del modo.

(19) Libro Azul Fadeeac “IV Congreso Internacional de Transporte de Cargas”, 1^a ed., 2002, p. 59.

(20) Ver FiEL, *La regulación de la competencia y de los servicios públicos*, 1999, Bs. As., p. 188 y ss.

Así, en primer lugar, se dicta el decreto 686/1995, el cual estableció la posibilidad de compensar los montos de pago de canon contra reducciones tarifarias que beneficiaren las economías regionales.⁽²¹⁾ Luego, se dicta el decreto 605/1997, que determinó el procedimiento de readecuación de los contratos de concesión de servicios ferroviarios, procedimiento que nunca fue concretado hasta la fecha.

Los pliegos de bases y condiciones, siguiendo las pautas de la Ley de Ferrocarriles⁽²²⁾ —y, para Canosa, también siguiendo la legislación y jurisprudencia americana—⁽²³⁾ establecen que las tarifas “serán públicas, justas y razonables y se establecerán de manera que los ingresos del concesionario derivados de los servicios de carga, pasajeros y actividades complementarias no excedan el monto necesario para cubrir todos los costos de una explotación eficiente del Sistema Ferroviario Concedido y obtener una rentabilidad adecuada a la inversión realizada”.⁽²⁴⁾

Con relación a las tarifas de transporte de cargas, las mismas podrán determinarse sujetas a un límite superior tarifario en dólares, establecido por resolución de la autoridad de aplicación del servicio. Este límite superior tarifario podía ser modificado por el Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos y el Concesionario “cuando consideren que el mismo no mantiene la condición inicial de cubrimiento de costos y rentabilidad razonable y adecuada”.⁽²⁵⁾ Por debajo de ese límite superior tarifario, se podrán negociar los precios aplicables a cada servicio, con bonificaciones o reducciones.

Completa el análisis lo prescripto por el art. 33.9.7 del Pliego de Bases y Condiciones mencionado *ut supra*, el cual establece el régimen de control

(21) A mi entender ha sido una clara aplicación de los arts. 2º y 3º de la ley 17.520 en el sentido de trocar —sutilmente— la modalidad onerosa de la concesión en otra de carácter gratuita, de modo de poder reflejar de mejor modo la situación de distorsión de la ecuación económica financiera.

(22) Art. 44 de la Ley de Ferrocarriles 2872.

(23) CANOSA, ARMANDO, *Régimen Administrativo del Transporte Terrestre*, Bs. As., Depalma, 2002, p. 340 y ss.

(24) Artículo 33.9.1., Pliego de Bases y Condiciones de la licitación de la Línea San Martín.

(25) Artículo 33.9.3. Pliego de Bases y Condiciones de la licitación de la Línea San Martín. Hoy el sistema rige con algunos matices. Por Resolución MlyT 35/2013 se pone en cabeza de la Secretaría de Transporte la determinación ahora de una banda tarifaria aplicable a la prestación de los servicios ferroviarios de cargas, teniendo en cuenta los costos específicos del sector y el resto de los modos de transporte, las condiciones de competitividad regional y de la producción en particular de los diferentes productos, sobre la base de principios de equidad e igualdad de acceso.

de precios por parte del concedente, entendiendo por tal la restricción unilateral por parte del concedente del derecho en materia de fijación de tarifas otorgados al concesionario.

Por ende, es claro que la naturaleza jurídica del servicio de transporte de cargas —el cual ha sido definido por la Comisión Nacional de Transporte Ferroviario, y ratificado por la actual Comisión Nacional de Regulación del Transporte Ferroviario— es que resulta una actividad de interés público. Y ello, sumado a la desregulación de la fijación del flete ferroviario, nos indica que estamos ante un precio privado de libre determinación entre la oferta y la demanda, y eventualmente sujeto a un valor tarifario de referencia como resulta el límite superior tarifario. Este límite superior tarifario tenía como pretensión ser una variable de ajuste que representara el control real del mercado; ello, no obstante es más razonable propender a un mercado desregulado de cargas, donde el precio testigo sea la propia competencia intermodal y la oferta de una mejor calidad del servicio.⁽²⁶⁾

Por su parte, los contratos de concesión de los servicios ferroviarios de transporte de pasajeros que se concretan entre los años 1992 y 1995 se caracterizaban por ser contratos sujetos a un plazo decenal, con opción a prórroga, cuya fórmula económica-financiera de sostenimiento fue dejada al criterio de los oferentes, los cuales, según las proyecciones del negocio, podrían ofertar las más diversas variables de las concesiones onerosas, subvencionadas o gratuitas previstas por la ley 17.520. Así resulta que, según el comportamiento esperado de la rentabilidad, se ofertó en casi todos los casos una primera etapa (hasta el 7 año de concesión a excepción de Belgrano Norte, que está —y estaba— totalmente subvencionado) sujeta a subsidio, para luego, a partir de esa fecha, establecer supuestos de pago de canon, como retribución al Estado del plus de rentabilidad esperada.

(26) En este sentido, en relación a dicho período, ha dicho Canosa en su obra citada *ut supra*, p. 336 y ss.: "En el caso de los servicios ferroviarios si bien no podemos hablar de que exista una total competencia, ya que como dijimos se da en monopolio determinado sistema ferroviario, no podemos decir que el ferrocarril tiene la exclusividad del transporte de mercaderías, sobre todo por la ampliación de la red vial que ha tenido nuestro país, que permite que esta actividad pueda ser prestada también por el camión; esta afirmación en modo alguno supone una posición favorable con relación a este tipo de competencia pero de todas formas existe. Sería deseable la complementariedad de los modos de transporte, máxime teniendo un instrumento legal idóneo para ello...". Y aclara el autor que es deseable una competencia entre operadores, pero no es viable económicamente que lo mismo ocurra en materia de infraestructura, lo que se comparte.

Asimismo, los aumentos tarifarios se establecían en base a un parámetro de calidad prefijado según variables de tiempo, limpieza, etc. del servicio prestado al usuario.

Los pliegos de Bases y Condiciones, que forman el plexo jurídico básico aplicable a los servicios ferroviarios de pasajeros del área metropolitana de Buenos Aires, establecen que las tarifas se someten a la previa aprobación del concedente.

Ahora bien, los contratos de concesión analizados fueron superados a los pocos años de su desarrollo. Al contrario de lo ocurrido en la carga, pasajeros se caracterizó por haber alcanzado los niveles de calidad del último año de la concesión a los pocos años de la toma de posesión.⁽²⁷⁾

En este escenario, se dicta, por iniciativa de la Comisión Bicameral de Reforma del Estado y de Seguimiento de las Privatizaciones, el decreto 543/1997, el cual declara la necesidad de readecuar los contratos de concesión, a los fines de optimizar en forma integral el servicio, y establece el procedimiento de renegociación.

Efectivamente, en el marco del decreto 543/1997,⁽²⁸⁾ se renegocian los contratos de concesión correspondiente a los servicios ferroviarios de

(27) Se advirtió la necesidad de captar la demandada insatisfacción —en cantidad y calidad— que colapsaría en poco tiempo en tanto no estaban previstas más inversiones para satisfacer las necesidades sobrevinientes.

(28) Esta norma, publicada en el Boletín Oficial el 13 de junio de 1997, instruyó a la Secretaría de Obras Públicas y Transporte del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos a renegociar e introducir modificaciones en los contratos de concesión de los Servicios de Transporte Ferroviario de Pasajeros de superficie y subterráneos en el Área Metropolitana de Buenos Aires, con el objeto de satisfacer necesidades de interés público no previstas en los contratos originarios, y que hubieren surgido durante y su ejecución, al tiempo que estableció: "Las negociaciones que surjan como consecuencia de las previsiones del presente decreto, deberán propender al logro de los objetivos siguientes: a) Mejorar la oferta de servicios en cuanto a capacidad de transporte, seguridad y calidad (frecuencia, velocidad comercial, material rodante y confort). b) Aumentar el grado y nivel de ejecución, de las obras de inversión, sea a través del adelantamiento de obras ya programadas, o la incorporación de obras nuevas en sustitución o en adición de las existentes, en beneficio del sistema ferroviario concedido. c) Mejorar la inserción del ferrocarril en el entorno urbano, con miras a su integración en el Área Metropolitana, promoviendo su competitividad con los distintos medios y modos que operan en la región. d) Proteger adecuadamente los derechos de los usuarios y los intereses públicos comprometidos. e) Propender hacia un sistema integrado con los restantes medios de transporte, que permita la instrumentación del transporte multimodal (art. 3º). El art. 4º, por su parte estableció las pautas que se aceptarían renegociar: servicios programados, a efectos de adecuar la oferta a las reales necesidades de la demanda detectada y previsible; programas de inversión, con miras a obtener un razonable y adecuado nivel de inversión en obras que redunden en un aumento de la productividad y en el mejoramiento de la cantidad y calidad de los servicios —se considerarán, en especial, aquellas adecuaciones de los contratos de concesión que faciliten o contribuyan a

transporte de pasajeros. Esta norma establecía la necesidad de optimizar el servicio que, si bien se prestaba en buenas condiciones, conforme lo requerido por el contrato de concesión, dejaba al margen una gran cantidad de demanda insatisfecha de usuarios, que reclamaban más cantidad de viajes y coches, y más calidad en el servicio prestado—.

Por otro lado, curiosamente, se advierte que el servicio de pasajeros era altamente rentable para los concesionarios, por lo cual podría exigirse un mejor cumplimiento del objeto concesionado readecuando la ecuación económica ofertada.⁽²⁹⁾

la financiación de los programas propuestos—; plazo de concesión, si ello resulta necesario o conveniente para permitir la inversión privada, el adelantamiento de obras necesarias o convenientes a través de la obtención de financiamiento, o a fin de permitir la amortización de obras realizadas con cargo al concesionario; delimitación del área operativa de la concesión, a fin de mejorar la funcionalidad de las estaciones, sus accesos y entorno, y facilitar la incorporación de nuevos centros de transbordo. Los proyectos a desarrollar por los concesionarios dentro de las áreas operativas de la concesión deberán contemplar el mejoramiento de las estaciones y su entorno así como facilitar prioritariamente el acceso del público usuario; régimen tarifario, propendiendo a la prestación de más y mejores servicios a precios justos y razonables; desembolsos o garantías a cargo del concedente para procurar la realización de inversiones estimadas prioritarias, adicionales a las previstas en los contratos de concesión y, como objetivo de largo plazo, a fin de obtener una progresiva y gradual reducción del subsidio a la operación, de ser ello posible; incorporación al contrato de una cláusula que permita garantizar la continuidad de las obras contratadas, hasta la finalización, en caso de rescate o resolución del contrato de concesión; adecuación del contrato de concesión para permitir al concesionario obtener de la plaza bancaria nacional o internacional financiamiento a corto o largo plazo; modificaciones societarias, a efectos de posibilitar la incorporación de nuevos socios y capitales de inversión.

(29) Así se introducen las siguientes modificaciones: i) **aumento de la inversión comprometida:** se autorizó *prima facie* una inversión que en su conjunto superaba los 4000 millones de pesos en todas las líneas lo que implicaba la electrificación de casi todos los ramales que actualmente están servidos por servicios diésel; la renovación del material rodante; la adecuación de la infraestructura para el acceso de personas con movilidad reducida; la modernización del sistema de señales y la señalética; etc.; ii) **desregulación de servicios al interior:** ya se perfilaba la necesidad de recuperar los servicios de pasajeros al Interior que fueron provincializados y en virtud de la imposibilidad de sostenimiento económico por parte de las provincias, fueron cerrando o suspendiendo servicios, a excepción de la Unidad Ejecutora de la Provincia de Buenos Aires. Así resulta, entonces, la posibilidad de la prestación de un servicio de transporte de pasajeros entre Retiro y Rosario, y Retiro y Córdoba, destacándose que es posible que los operadores privados, en un marco de desregulación de la actividad, puedan prestar en competencia con otros modos u operadores, un servicio de transporte hacia el interior, desarrollando los mismos e forma paulatina y a cargo de empresas que tienen carácter de operadores y cuentan con una ecuación que permite sostener los servicios; iii) **ampliación del plazo de la concesión:** según las inversiones comprometidas, el tránsito estimado o la demanda prevista y el valor tarifario que se establezca, se define el término de la concesión, el cual deberá permitir la recuperación de la inversión más una ganancia razonable. En tal sentido, en los contratos de concesión de los servicios ferroviarios de pasajeros, las nuevas y ambiciosas inversiones proyectadas debían recuperarse con la tarifa, por lo cual los análisis económicos mostraban la necesidad de aumentar el plazo de recuperación de la inversión. Se aclara que el plazo es un elemento contingente de la concesión y su deter-

Así quedaron reguladas las modificaciones en materia de transporte ferroviario de pasajeros, aunque la emergencia, que es un mal congénito de nuestro sistema jurídico-político y económico, vuelve a golpear a estos contratos, y es así que prácticamente no fueron aplicadas las pautas contractuales renegociadas, con la declaración de la emergencia ferroviaria.

A diferencia de los servicios ferroviarios de pasajeros, el servicio de cargas durante los primeros tres años de concesión sufrió la reducción en la captación de la demanda, debido por un lado a la competencia del sistema de transporte de carreteras, y por el otro a la inundación de gran parte de la red concesionada. Por ende, era menester adecuar el servicio a las condiciones de regulación posibles que le permitan una competencia leal.

Y esta adecuación contractual, que también estaba prevista en los contratos al quinto año de la concesión, se plasmó legalmente en el decreto 605/1997.⁽³⁰⁾ No obstante haberse tramitado las renegociaciones de las

minación depende de las variables de compromisos de inversión, tránsito estimado y valores tarifarios, por lo cual la variación de cualquiera de ellas hace variar los demás parámetros de la ecuación económica financiera; iv) garantía de continuación de los contratos de ejecución de obras de inversión, como garantía para captar inversores extranjeros se estableció la continuidad de los contratos vinculados a la ejecución de las obras de inversión, en caso de terminación anormal del contrato por rescate o incumplimiento del Concedente; v) transferencia del control del servicio subterráneo de transporte de pasajeros a favor de la Ciudad de Buenos Aires: era una asignatura pendiente que se ha concretado en la renegociación del contrato correspondiente al Grupo de Servicios 3, la transferencia del control del servicio de Subterráneos de Buenos Aires, a favor de la Ciudad de Buenos Aires, transferencia que se ha perfeccionado mediante la Ley CABA 373/2000 y la Ley Nacional 26.740; vi) reactivación de la industria ferroviaria: otra regulación interesante, desde el punto de vista de la política económica, es la reactivación de la industria ferroviaria que las inversiones a aplicarse en los servicios modernizados permite, la cual resulta de la Resolución ST 98/1999, se deberá contemplar la contratación de componentes de origen nacional en las obras y provisiones que se liciten en el marco de las nuevas inversiones propuestas.

(30) Este decreto, publicado el 7 de julio de 1997, instruyó a la Secretaría de Obras Públicas y Transporte, a renegociar e introducir modificaciones, en los contratos de concesión de los servicios de transporte ferroviario de cargas que se encuentran en ejecución, debiendo tener en cuenta las siguientes cuestiones: "Las modificaciones que se propongan deberán resultar de un acuerdo entre Concedente y Concesionario, por iniciativa de cualquiera de las partes o por su accionar conjunto y podrán estar motivadas en alguna de las siguientes circunstancias: a) Que la modificación surja de los derechos establecidos en los contratos; b) Que el pedido esté fundado en la conveniencia de adecuar las previsiones contractuales a cambios sustanciales de mercado y/o a otras circunstancias no previstas originariamente y asimismo coadyuve, sin perjudicar la satisfacción de las necesidades de los usuarios a una mejor adaptación del contrato a la situación presente, y a futuras, en orden a superar situaciones adversas o limitantes del desarrollo y fortalecimiento del modo de transporte ferroviario de cargas o propenda al levantamiento de restricciones impuestas contractualmente que impidan la ejecución de emprendimientos colaterales o conexos que mejoren la rentabilidad de las concesiones" (ver art. 3º).

concesionarias de cargas, ninguna tuvo aprobación por decreto. No obstante, la modificación vendrá recién a tener luz mediante la ley 25.561, en el marco de la cual se convocó a todas las empresas privatizadas —incluyendo cargas— a presentar los nuevos proyectos de adecuación de sus contratos ahora alterados por la emergencia declarada por la ley citada que vino a paliar la más grave crisis económica e institucional de la historia argentina.

3.2. El impacto de la emergencia declarada por la ley 25.561 y el nuevo procedimiento de renegociación de los contratos

Las modificaciones proyectadas en algunos casos, y aplicadas en otros en el marco de los decretos de renegociación, se vieron alteradas con el dictado de la ley 25.561.

En efecto, nuevamente se instala en la Argentina la articulación de las potestades de readecuación de tarifas y contratos administrativos por efecto de la emergencia.⁽³¹⁾ La ley mencionada tiene como objeto el retorno al sistema nominalista que rigió en la Argentina hasta 1976, y mantiene la no aplicación de fórmulas indexatorias o de actualización vedadas por la Ley de Convertibilidad. El alcance de la norma es amplio, en relación a la naturaleza del contrato (público) y restringido por el sujeto (administración) excluyendo del mismo al Poder Legislativo y al Poder Judicial.

La ley, en lo que aquí interesa, autorizó al Poder Ejecutivo nacional a renegociar los contratos comprendidos en lo dispuesto en el art. 8º, y establece las siguientes pautas de renegociación:

1. el impacto de las tarifas en la competitividad de la economía y en la distribución de los ingresos;
2. la calidad de los servicios y los planes de inversión, cuando ellos estuviesen previstos contractualmente;
3. el interés de los usuarios y la accesibilidad de los servicios;
4. la seguridad de los sistemas comprendidos;
5. la rentabilidad de las empresas;
6. la prohibición a las empresas comprendidas en la renegociación de suspender o alterar el cumplimiento de sus obligaciones.

(31) Ver sobre el tema SALOMONI, JORGE LUIS, *Sistema Jurídico. Emergencia, Conflicto de Derechos y revisión de las Tarifas de los Servicios Públicos*, Bs. As., ED, 2002.

La ley de emergencia se complementa con una serie de normas, entre las cuales vamos a comentar aquellas que se vinculan con el tema analizado. Así, el decreto 293 del 12 de febrero de 2002, establece los servicios alcanzados por la renegociación; el procedimiento a aplicar; el plazo de renegociación; la necesaria intervención de usuarios, ONG y de las Comisiones Bicamerales competentes (art. 20 de la ley 25.561 y 16 de la ley 23.696) y, finalmente, que en los acuerdos de renegociación deberán contemplarse las inversiones comprometidas y las obligaciones contractuales.

También se determina la necesaria intervención de la Procuración del Tesoro en el trámite de aprobación de la modificación contractual y la de la Sindicatura General de la Nación.

En segundo término, aparece la resolución 20 del Ministerio de Economía del 18 de marzo de 2002, la cual establece las fases del procedimiento de renegociación (Fase I: Lanzamiento; Fase II: Presentación de la empresa; Fase III: Discusión; y Fase IV: Acuerdo).

Por último, cabe destacar el decreto 1090/2002 y la resolución del entonces Ministerio de Economía 308/2002, por cuyo conducto se eliminan la posibilidad de argumentar la excepción de cumplimiento contractual y, en consecuencia, se obliga al concesionario a mantener la calidad, al tiempo que se establece el procedimiento a aplicar a las empresas que hagan planteos de incumplimiento fuera del régimen de la emergencia.

También se establece que los entes reguladores continúen ejerciendo sus funciones en materia de revisiones contractuales, ajustes y adecuaciones tarifarias que resulten compatibles con el desarrollo del proceso de renegociación, lo que encierra un estándar discrecional, que dependerá de lo que, en cada caso, se entienda posible realizar fuera del marco de la renegociación.

Ahora bien, lo más significativo de la norma es un proceso de aprobación de los proyectos de renegociación formalizados en el Poder Ejecutivo, rápido y sujeto a silencio positivo, que es un instituto de excepción del ejercicio de potestades públicas respecto de terceros y que, en este caso, se aplica para actos intergubernamentales.⁽³²⁾

(32) Se aclara que los procesos de renegociación, por imperio del art. 14 de la ley 23.696 se someten al control concomitante de la Comisión Bicameral de Reforma del Estado y de Seguimiento de las Privatizaciones. Los decretos 543 y 605 de 1997 establecieron la intervención previa a la aprobación de los procesos de renegociación por decreto del Poder Ejecutivo. También la ley 25.561 sostuvo la intervención de la Comisión, así como de la nueva Comisión Bicameral creada al efecto de la nueva ley. Ahora la ley comentada establece que

Este procedimiento de renegociación finalmente cumplió su cometido únicamente en materia de contratos de concesión de los servicios ferroviarios de cargas, habiéndose renegociado los contratos correspondientes a las concesiones de Ferrosur Roca SA, Fepsa SA, y Nuevo Central Argentino SA hasta la fecha.⁽³³⁾

4. El régimen de la ley 26.352 y los nuevos procedimientos administrativos en materia ferroviaria

El escenario del sector ferroviario previo al dictado de la ley 26.352 presentaba un panorama complejo. En cuanto a las concesiones ferroviarias de pasajeros, se habían rescindido los contratos de concesión suscriptos con las empresas Transportes Metropolitanos General San Martín SA, Transportes Metropolitanos General Roca SA y Transporte Metropolitanos Belgrano Sur SA,⁽³⁴⁾ y seguían en pie las concesiones suscriptas con Ferrovías SAC, Metrovías SA y Trenes de Buenos Aires SA. En cuanto a la concesión de Metrovías SA, se había realizado con una transferencia del servicio del subterráneo a la Ciudad de Buenos Aires, transferencia que no terminaba de ser cumplida por el GCABA, asumida expresamente en la ley 373 del año 2000.⁽³⁵⁾ Las referidas concesiones rescindidas fueron otorgadas

la Comisión Bicameral de Seguimiento de la ley 25.561 deberá expedirse dentro de los 60 días de enviados los proyectos, plazo vencido en caso de silencio, el proyecto se considerará aprobado.

(33) Mediante decreto presidencial se ratificó cada uno de los acuerdos suscriptos entre la Unidad de Renegociación y Análisis de Contratos de Servicios Públicos y las empresas mencionadas. Ferrosur Roca SA: decreto 2017/2008; FEPSA SA: decreto 82/2009; Nuevo Central Argentino SA: 1039/2009.

(34) Por decreto presidencial 798/2004 se rescindió el contrato de concesión suscripto con Transportes Metropolitanos General San Martín SA, para la operación de la Línea Gral. San Martín; por decreto presidencial 591/2007 se rescindió el Contrato de Concesión suscripto con Transportes Metropolitanos General Roca SA para la operación de la Línea Gral. Roca; y decreto presidencial 592/2007 se rescindió el contrato de concesión suscripto con Transportes Metropolitanos Belgrano Sur SA para la operación de la Línea Belgrano Sur.

(35) Es útil reseñar la evolución legislativa respecto del servicio de trenes subterráneos en la Ciudad de Buenos Aires, al menos a partir de la transferencia a la ex Municipalidad, dispuesta en 1979 por la ley nacional 22.070 (BO 17/09/1979). Esta ley facultó al Poder Ejecutivo Nacional a transferir a la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires los certificados representativos del capital de Subterráneos de Buenos Aires Sociedad del Estado. El art. 2º de esta ley estableció que la Municipalidad tendría competencia en la regulación y control del servicio y en la fijación de las tarifas del transporte ferroviario subterráneo. El art. 4º dispuso que la Municipalidad quedaba facultada para establecer el régimen más adecuado para la explotación del servicio. Para ello podía transformar la sociedad del Estado y otorgar una o más concesiones, o privatizar a la empresa o a sectores de ella. Al dictar la ley nacional 23.696, denominada Ley de Reforma del Estado, el Congreso de la Nación declaró

en forma precaria a los operadores de servicios ferroviarios de pasajeros, mediante un acuerdo de operación de emergencia, operando el servicio por cuenta y orden del Estado nacional en forma precaria y a hasta tanto se entregara la posesión a la empresa adjudicataria del proceso licitatorio que se llevaría a cabo para otorgar la concesión de las líneas ferroviarias en comento.⁽³⁶⁾

"sujeta a privatización" a la empresa Subterráneos de Buenos Aires (art. 9º y Anexo I). El decreto PEN 1143/1991 (BO 21/06/1991) estableció el marco normativo y regulatorio para la concesión de la explotación de los servicios de pasajeros de Subterráneos de Buenos Aires S.E. y Ferrocarriles Metropolitanos SA. En el art. 1º definió a Subterráneos de Buenos Aires Sociedad del Estado (SBASE) como sociedad en jurisdicción de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires. El art. 3º designó como autoridad de aplicación al MOSP con la participación de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires para aprobar los pliegos de bases y condiciones generales y particulares de cada licitación y efectuar los correspondientes llamados. Por decreto PEN 2608/1993 (BO 12/01/1994) se aprobó el contrato de concesión celebrado entre el Estado nacional (el concedente) y Metrovías SA —en formación— (el concesionario), con la intervención de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires. En este contrato se estableció que la autoridad de aplicación sería, hasta que se crease la autoridad del transporte en el área metropolitana, el MEyOSP en cuanto al servicio ferroviario y la MCBA en los servicios de subterráneos (art. 6º.4.). El decreto PEN 393/1999, que aprobó lo actuado en relación al procedimiento de renegociación del contrato de concesión para la prestación del servicio de transporte ferroviario de pasajeros —de superficie y subterráneos— instruyó al MEyOSP para que, a través de la Secretaría de Transporte, realizará los actos necesarios para la instrumentación de la transferencia del control de los Servicios de Transporte Ferroviario de Pasajeros —subterráneos y premetro— a favor de la Ciudad de Buenos Aires. Esta transferencia comprende el ejercicio de la fiscalización y control de la ejecución del contrato de concesión formado entre el Estado nacional y Metrovías SA (art. 4º). Para este fin, invita al Gobierno de la CBA a adherir a los términos de la transferencia que forman parte de la addenda contractual aprobada por este decreto (art. 5º). Finalmente, la Ciudad de Buenos Aires, mediante la ley 373 adhirió al decreto PEN 393/1999, como era requerido por el art. 5º de ese decreto para perfeccionar la transferencia. Once años más tarde se firma el Acta por la cual se concreta el proceso de transferencia. En la referida Acta Acuerdo, firmada el 3 de enero de 2012, la Ciudad ratifica la decisión de aceptar la transferencia de la concesión y asumió, en ese mismo acto, el control y fiscalización del contrato, así como el íntegro ejercicio de la potestad tarifaria. Dos días más tarde de firmada el Acta, la Ciudad aumenta la tarifa un 127%. El perjuicio inmediato provocado a los usuarios hizo que la situación ingrese rápidamente en terreno judicial. La cuestión se finiquita el 28 de marzo de 2012 fue sancionada y el 3 de abril promulgada, la ley 26.740 que, por su art. 1º ratifica "la transferencia a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de los Servicios de Transporte Subterráneo y Premetro dispuesta en el marco de las leyes 23.696 y 24.588 y sus modificatorias y de los Decretos Nros. 2608 del 22 de diciembre de 1993, 1527 del 29 de agosto de 1994 y 393 del 21 de abril de 1999, que fuera aceptada por el Gobierno de la Ciudad mediante la Ley 373 sancionada el 11 de mayo de 2000 y ratificada a través del Acta Acuerdo celebrada el 3 de enero de 2012 entre el Estado nacional y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y posteriormente por la Ley N° 26.740".

(36) Ante la necesidad de asegurar la continuación de la prestación del servicio público de transporte ferroviario de pasajeros, por ser una función indelegable del Estado nacional, se autorizó a la Secretaría de Transporte a crear una Unidad de Gestión Operativa, la cual tuvo por cometido asumir la operación de emergencia del servicio ferroviario correspondiente al

Por otra parte, la política de los años 90 de reenviar los servicios de larga distancia de pasajeros al interior fue un fracaso. En consecuencia, en el año 2004, mediante el decreto 1261, se restablece la lógica de prestación de servicios interjurisdiccionales a cargo de la Nación, lo que motivó el dictado del decreto 1683/2005, que aprobó el Programa de Obras, Trabajos Indispensables y Adquisiciones de Bienes, a fin de garantizar la rehabilitación de los servicios interurbanos de pasajeros de largo recorrido, cuyos trazados incluyen jurisdicciones provinciales; y, a su vez, fortalecer y desarrollar el programa de obras del sistema público de transporte ferroviario de superficie y subterráneo del Área Metropolitana de Buenos Aires.⁽³⁷⁾

Los contratos de cargas, casi todos renegociados, como ya se explicó, no tenían aspiración de mayor crecimiento de la red o de captación del mercado, sino de ajuste a un nivel de facturación acotada.

Es así que, teniendo a la vista esta situación, en el año 2008 se dicta la novedosa ley 26.352, la cual toma los nuevos criterios de gestión aplicables en el sistema ferroviario comparado.

Desde Europa se entiende que el uso del tren —y el abandono de los modos automotor— solo puede ser estimulado con una gestión competitiva en todos los sentidos, que sea capaz de ganarse la potencial población de pasajeros que garantizaría el mantenimiento del servicio.

Para ello, la vocación es la creación de redes ferroviarias integradas como uno de los objetivos de la Unión Europea. Se destaca, por ello, el art. 129-B) del Tratado de Roma, el cual expresa que a fin de contribuir a la realización de los objetivos contemplados en los arts. 7º y 130, y de permitir que los ciudadanos de la Unión, los operadores económicos y los entes regionales y locales participen plenamente de los beneficios resultantes de la creación de un espacio sin fronteras interiores, la comunidad

Grupo de Servicios N° 5 (Línea San Martín) para, posteriormente, hacer lo propio con las Líneas Gral. Roca y Belgrano Sur. Para resolver esta situación, se participó a las concesionarias Metrovías SA, Ferrovías SAC y Trenes de Buenos Aires SA, a fin de convocarlos a conformar una Unidad de Gestión Operativa (UGOFE SA) con el objeto de operar con carácter de emergencia los servicios ferroviarios rescindidos.

(37) Un ejemplo de un servicio recuperado es el servicio Buenos Aires-Mar del Plata. A través de la Addenda 1 al Contrato Marco de Compraventa de Material Rodante Ferroviario 2007/2010 y al primer contrato complementario para el suministro correspondiente al año 2007, de fecha 28 de junio de 2010, suscripta entre RENFE Operadora (España) y la Secretaría de Transporte (Argentina), por Siete Locomotoras Diésel Eléctricas Serie 319 Rehabilitadas TALGO IV, aprobada por su inclusión en la Ley de Presupuesto año 2010, prórroga del 2011 y 2012.

contribuirá al establecimiento y al desarrollo de redes transeuropeas en los sectores de las infraestructuras de transportes, de las telecomunicaciones y de la energía.

Y sigue diciendo que, en el contexto de un sistema de mercados abiertos y competitivos, la acción de la comunidad tendrá por objetivo favorecer la intercomunicación e interoperabilidad de las redes nacionales, así como el acceso a dichas redes. Tendrá en cuenta, en particular, la necesidad de establecer enlaces entre las regiones insulares, sin litoral y periféricas y las regiones centrales de la comunidad.

Asimismo, el art. 129-C reafirma la importancia del desarrollo de proyectos de interoperabilidad de trenes y dice que “la acción de la comunidad tendrá en cuenta la viabilidad económica potencial de los proyectos”.

A ello se adiciona la directiva 440/1991 del Consejo Europeo del 29 de julio de 1991, la cuall bajo el título “Desarrollo de ferrocarriles comunitarios”, en su art. 1º, enumera los objetivos fundamentales, a saber:

- Garantizar la autonomía de gestión de empresas ferroviarias, lo que implica que cada empresa cuente con un estatuto independiente de los Estados, que sean administradas como sociedades privadas; que tenga programas de actividad, inversión y financiación orientados al **equilibrio financiero**; que se garantice la libertad de asociarse con una o más empresas privadas para conformar una agrupación internacional, fijar sus tarifas, tomar decisiones respecto a su personal y activos propios. En otras palabras la apertura al mercado del servicio y adopción de formas societarias liberales.⁽³⁸⁾
- Separar la gestión de las infraestructuras y de la explotación de los servicios de transporte de las empresas ferroviarias, siendo obligatoria la separación contable y voluntaria, y la separación orgánica o institucional. Implica, además, que puedan ser gestiones y empresas diferentes: se promueve la financiación pública para el desarrollo de la infraestructura exclusivamente; el administrador de la infraestructura tendrá derecho a aplicar un canon no discriminatorio a las empresas ferroviarias que sean operadores de cargas nacionales o internacionales y que se sirvan de dicha infraestructura.
- Sanear la infraestructura financiera de las empresas ferroviarias. Los Estados miembros y las empresas establecerán mecanismos para contribuir a reducir las deudas de dichas empresas.

(38) Directiva 237, del 29 de julio de 1991, sobre el desarrollo de los ferrocarriles comunitarios expresa que “... a efectos que los transportes por ferrocarril sean eficaces y competitivos con respecto a los demás medios de transporte, los Estados miembros deben conceder a las empresas de transporte ferroviario un régimen de empresa independiente que les permita actuar con arreglo a criterios comerciales y adaptarse a las necesidades del mercado”.

- Garantizar el acceso a las redes ferroviarias de los Estados miembros para las agrupaciones internacionales de empresas ferroviarias, así como para las empresas ferroviarias que efectúen transportes combinados internacionales de mercancías.

En España, por su parte, y como modo de adaptarse al imperativo comunitario impuesto por la directiva 440/1999, se dicta el Real Decreto 121/1994, que establece el nuevo estatuto de RENFE. Proclama que “es la idea plasmar las nuevas técnicas de gestión y administración de las sociedades públicas, regulando la prestación y explotación del servicio público del transporte ferroviario como una entidad distinta del Estado, en quien reside la titularidad de aquel” y, en consecuencia, atribuye al RENFE facultades distintas y separadas: por un lado, de administración de la infraestructura, y, por el otro, de explotación de los servicios.⁽³⁹⁾

Por otro lado, el Real Decreto 613/1997 del 25 de abril aprueba el Estatuto para el Ente Público Gestor de Infraestructuras Ferroviarias (GF), creado por la Ley del Acompañamiento 13/1996, del 30 de diciembre, al que se encomienda: “la construcción y, en su caso, explotación de las nuevas infraestructuras ferroviarias que expresamente le atribuya el Gobierno, incluida la electrificación y señalización (RENFE ha de aportar la fracción y abonar el GF el canon por la explotación de las líneas nuevas)”.

En este estadio, el sistema español resultaba:

1. una Red Nacional de Infraestructura a cargo del Estado y sufragado con presupuestos generales, que, a su vez, ostenta la explotación de líneas preexistentes, resultando las nuevas líneas a cargo del GTF;
2. un monopolio de cada red, con derecho de acceso y tránsito por parte de terceros;
3. una nueva dinámica de reparto de competencia entre el Estado y las comunidades autónomas en materia de transporte por ferrocarril.

Asimismo, aparece el concepto de canon, sin vinculación a una ecuación —como resulta de nuestras normas de concesión—, sino como pieza

(39) Corresponde a RENFE: 1. El mantenimiento de las líneas ferroviarias, en los términos acordados con la Administración Pública titular de las mismas. 2. La gestión de los sistemas de regulación y seguridad del tráfico; 3. La construcción de nuevas líneas ferroviarias.

1. La explotación mediante el cobro del correspondiente canon, de las líneas que formen parte de la Red Nacional Integrada y de aquellas otras cuya gestión le sea encomendada por la Administración Pública titular de las mismas, pudiendo exigir la adecuada contraprestación económica.

2. La explotación de los servicios de transporte ferroviario que formen parte de la RNI y de aquellos cuya gestión le sea encomendada.

instrumental al servicio de la creación de un mercado común ferroviario que, regido por pautas de libre competencia, coadyuve a los objetivos de cohesión e integración que preside el proyecto político, social y económico de la Unión Europea, esto es canon como derecho de utilización de la infraestructura.⁽⁴⁰⁾

Ahora bien, la readecuación definitiva del servicio al sistema ordenado por la Unión Europea va a resultar de la ley 39/2003, la cual crea, en cumplimiento del imperativo comunitario de “autonomía de gestión y el saneamiento financiero de las empresas ferroviarias” por escisión de la antigua RENFE, a las empresas públicas Administración de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF) —que va a tener a su cargo la totalidad de la infraestructura ferroviaria nacional—, y RENFE operadora —que, en competencia con los privados que vayan ingresando al sistema liberado, tendrá como objeto la operación de servicios de transporte de cargas y de pasajeros—.

En ADIF se integrarán, entonces, las redes de la ex RENFE y de la GIF. Asimismo, tendrá como obligación administrar las mismas para garantizar un servicio de acceso irrestricto a medida que se vaya liberando el sector. Es así como, en cargas, desde el año 2005, se encuentra abierto el acceso a la infraestructura a todas las empresas que cuenten con los requisitos para la operación del servicio, en competencia con RENFE operadora. En pasajeros, no obstante, el sistema no presenta una situación de *open access*, prevista originalmente para el año 2012r

El sistema no va a ser privativo de España, ya que la directiva y el denominado “Paquete Ferroviario” se encuentra vigente en Alemania, Francia e Inglaterra.⁽⁴¹⁾

(40) Este canon se determina por las siguientes variables, a saber: naturaleza del servicio; duración del servicio; situación del mercado; naturaleza y deterioro de la infraestructura y Razones de eficacia comercial.

(41) En Inglaterra por su parte es sabido que la historia de los ferrocarriles ha recorrido diversas adecuaciones contractuales y *corsi e ricorsi* de titularidad estatal y privada. Hoy el sistema inglés es ejemplo del sistema que pretende instaurarse en la Unión. En efecto Inglaterra ha aplicado el sistema de separación vertical de infraestructura y servicios, dejando la primera en manos de una sola compañía privada; y los segundos en manos de diversas compañías. Así el mercado de pasajeros está medianamente desregulado en tanto se permite el acceso de nuevos operadores de servicios, siempre que exista un servicio sustentable y un corredor sin prestación actual; mientras que, en el mercado de cargas ferroviaria, el acceso está totalmente desregulado. En materia de control, dos organismos se destacan la OPRAF (Office of Passenger Rail Franchising) y la ORR (Office of Rail Regulation) que tienen encomendado la tutela de los derechos de los usuarios la primera, regula las tarifas máximas, los subsidios y los niveles mínimos de subsidios. Ver

Y el mismo camino ha tomado nuestro país, con el dictado, el 28 de febrero del año 2008, de la Ley 26.352 de Reordenamiento del Servicio Ferroviario Nacional. Esta ley introduce en el sistema ferroviario argentino la denominada “separación vertical” entre la operación de los servicios y la infraestructura ferroviaria; y, para ello, crea dos sociedades del Estado, una a cargo de la operación de los servicios que se le atribuyan y otra a cargo de la infraestructura ferroviaria nacional.

Así los arts. 2º al 7º regulan los alcances de la Administración de Infraestructura Ferroviaria Sociedad del Estado. El art. 2º de la Ley crea la Administración de Infraestructuras Ferroviarias Sociedad del Estado, como Sociedad de Estado, de la vieja ley 20.705, poniendo a su cargo “la administración de la infraestructura ferroviaria actual, la que se construya en el futuro, su mantenimiento y la gestión de los sistemas de control de circulación de trenes”.

El art. 3º va a completar los alcances de sus funciones y competencias,⁽⁴²⁾ estableciendo a su cargo, a saber:

- a. La administración de la infraestructura ferroviaria, de los bienes necesarios para el cumplimiento de aquella, de los bienes ferroviarios concesionados a privados —cuando, por cualquier causa, finalice la concesión—, o de los bienes muebles que se resuelva desafectar de la explotación ferroviaria.
- b. La confección y aprobación de proyectos de infraestructuras ferroviarias que formen parte de la red ferroviaria, su construcción, rehabilitación y mantenimiento que se lleven a cabo por sus propios recursos, de terceros, o asociada

Railways: Structure, Regulation and Competition Policy, DAFFE/CLP, 1998 y *Competition Policy Roundtables, Les tables sur la politiques de concurrence*, N° 15, OECD, [en línea] www.oecd.org, diciembre 2001.

(42) El texto de la ley argentina, en mucho se va a parecer a la ley española. En el punto es interesante ver el texto del art. 21 de la ley 39/2003 la cual regula “Corresponden al administrador de infraestructuras ferroviarias las siguientes competencias: 1. La aprobación de los proyectos básicos y de construcción de infraestructuras ferroviarias que deban formar parte de la Red Ferroviaria de Interés General y su construcción, siempre que se lleve a cabo con sus propios recursos y con arreglo a lo que determine el Ministerio de Fomento; 2. La construcción, con recursos ajenos, de infraestructuras ferroviarias, conforme al correspondiente convenio; 3. La administración de las infraestructuras ferroviarias de su titularidad y de las que se le encomiende mediante el oportuno convenio; 4. El control e inspección de la infraestructura ferroviaria que administre, de sus zonas de protección y de la circulación ferroviaria que sobre ella se produzca; 5. La explotación de los bienes de su titularidad, de los que le sean adscritos y de aquellos cuya gestión se le encomienda; 6. La elaboración y publicación de la declaración sobre la red, a la que se refiere el art. 29.1; 7. La adjudicación de capacidad de infraestructura a las empresas ferroviarias que lo soliciten y la celebración de acuerdos marco

- a terceros y con arreglo a lo que determine el ministerio competente (hoy a cargo del Ministerio de Interior y Transporte).⁽⁴³⁾
- c. El control e inspección de la infraestructura ferroviaria que administre y de la circulación ferroviaria que se produzca en la misma.⁽⁴⁴⁾
 - d. La explotación de los bienes de titularidad del Estado nacional que formen parte de la infraestructura ferroviaria cuya gestión se le encomienda o transfiera.
 - e. La cooperación con los organismos que, en otros Estados, administren las infraestructuras ferroviarias, para establecer y adjudicar capacidad de infraestructura que abarque más de una red.
 - f. La definición de la red nacional primaria y secundaria, y de las explotaciones colaterales.
 - g. La percepción de cánones por utilización de infraestructura ferroviaria y, en su caso, por la prestación de servicios adicionales, complementarios y auxiliares.
 - h. La confección de un registro unificado y actualizado del material rodante ferroviario.

con aquellas; 8. La emisión de informes con carácter previo al otorgamiento, por el Ministerio de Fomento, de las licencias de empresa ferroviaria y de las autorizaciones para prestar servicios que se hayan declarado de interés público, en los casos previstos en esta ley; 9. El otorgamiento de los certificados de seguridad, cuando así se determine por el Ministerio de Fomento; 10. La prestación de servicios adicionales y, en su caso, de servicios complementarios y auxiliares al servicio de transporte ferroviario; 11. La propuesta al Ministerio de Fomento de las tarifas por la prestación de los servicios adicionales y complementarios; 12. El cobro de los cánones por utilización de las infraestructuras ferroviarias y, en su caso, de las tarifas por la prestación de servicios adicionales, complementarios y auxiliares; 13. La cooperación, con los organismos que en otros Estados miembros de la Unión Europea administren las infraestructuras ferroviarias, para establecer y adjudicar capacidad de infraestructura que abarque más de una red nacional; 14. La resolución de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial que se formulen respecto de la actuación del mismo; 15. Cualesquiera otras que se le asignen en esta ley o en sus disposiciones de desarrollo.

El administrador de infraestructuras ferroviarias no podrá prestar servicios de transporte ferroviario, salvo aquellos que sean inherentes a su propia actividad. Para el cumplimiento de sus funciones, el administrador de infraestructuras ferroviarias podrá realizar toda clase de actos de administración y disposición previstos en la legislación civil y mercantil. En el ejercicio de sus funciones, el administrador de infraestructuras ferroviarias actuará con autonomía de gestión, dentro de los límites establecidos por su Estatuto y teniendo en cuenta, en todo caso, la garantía del interés público, la satisfacción de las necesidades sociales, la seguridad de los usuarios y la eficacia global del sistema ferroviario". Vemos que la claridad de la ley española en el punto de la necesidad de suscripción de convenios, los tipos de autorizaciones para circular por la vía, y las licencias habilitantes, así como la prohibición de poder operar servicios, no surgen de la ley argentina, aspectos que deben tenerse presentes en la futura y necesaria reglamentación de la ley.

(43) Modificado por el art. 14 de la ley 27.132 que se analizará en el punto 5 del presente escrito.

(44) Modificado por el art. 14 de la ley 27.132 que se analizara en el punto 5 del presente escrito.

- i. La conformación de su estructura organizativa; la selección de su personal con un criterio de excelencia y la capacitación del mismo.
- j. La emisión de órdenes de emergencia dirigidas a las empresas ferroviarias, disponiendo medidas de aplicación inmediata —incluso, de ser necesario la interrupción de las operaciones ferroviarias—.
- k. La dirección y/o encomienda de investigaciones técnicas sobre materias relativas a la seguridad del transporte ferroviario, la confección de boletines técnicos informativos y el dictado de la normativa general de procedimientos a seguir en caso de accidentes.
- l. Cualquier otra que haga al cumplimiento de sus cometidos.⁽⁴⁵⁾

En síntesis, todo lo relativo a la administración de la autopista ferroviaria, queda a cargo de una sola sociedad, bajo la forma de sociedad anónima de especial factura, ya que se trata de las denominadas sociedades del Estado,⁽⁴⁶⁾ creadas en los años 70, formato que ha sido rescatado para una nueva versión de un Estado presente en el sostenimiento de los servicios.

La actividad desarrollada por ADIF deberá obligatoriamente cumplir con el fin establecido por la norma en el art. 5º, que regula que “la Administración de Infraestructuras Ferroviarias Sociedad del Estado deberá tener en cuenta la garantía del interés público, la satisfacción de las necesidades sociales, la seguridad de los usuarios y la eficacia global del sistema ferroviario. Asimismo, adoptará los procedimientos pertinentes que aseguren la transparencia de su gestión”.⁽⁴⁷⁾

(45) El art. 15 de la ley 27.132 incorporó al art. 3º de la ley 26.352 los incs. m) y n) que serán detallados en el punto 5 de la presente escrito.

(46) Conforme doctrina de la CSJN, la sociedad del Estado “... aparece como el medio instrumental de que se vale el Estado, adoptando el tipo de “Sociedad Anónima” (art. 2º, ley 20.705) para cumplir una finalidad que no resulta de innegable carácter público. Si bien debe considerarse en principio sujeta al derecho privado (ley de sociedades) y no comprendida en las leyes de contabilidad, de obras públicas ni de procedimientos administrativos, concurren elementos de innegable carácter estatal, principalmente en lo concerniente a la naturaleza de sus constituyentes y a la imposibilidad de participación de capitales privados (art. 1º, ley 20.705), por lo que más allá del amplio grado de su descentralización, integra la organización administrativa del Estado”. CSJN, “Martínez Suárez de Tinayre, Rosa M. J. y otro c/Argentina Televisora Color LS 82 Canal 7, SA”, 20/05/1980, LL 1986-E, p. 605.

(47) En cumplimiento de dicho mandato es que ADIF ha dictado sus normas organizativas de las cuales corresponde rescatar el régimen de compras y contrataciones. No obstante, es dable esperar que estos puntos sean volcados en una futura reglamentación que establezca por norma material legislativa los parámetros de transparencia a que se debe someter una sociedad que prima facie es definida como sociedad mercantil, a los fines de evitar posiciones antagónicas que antaño afectaron a las empresas y sociedades del Estado.

Por su parte, lo relativo a la Operadora Ferroviaria Sociedad del Estado está regulado en los arts. 7º al 13 de la Ley de Reordenamiento Ferroviario.⁽⁴⁸⁾ Establece la creación de la citada sociedad y, al igual que ADIF, con sujeción al régimen establecido por la ley 20.705, disposiciones pertinentes de la ley 19.550 y modificatorias que le fueren aplicables a ella y a las normas de su Estatuto, poniendo a su cargo “la prestación de los servicios de transporte ferroviario tanto de cargas como de pasajeros, en todas sus formas, que le sean asignados, incluyendo el mantenimiento del material rodante”.⁽⁴⁹⁾ A los fines de su objeto, la sociedad OFSE

podrá desarrollar todas las acciones que resulten necesarias o convenientes para la mejor realización de sus funciones, llevando a cabo los actos de administración o disposición que sean precisos para el cumplimiento de las mismas, incluso mediante la participación en sociedades o empresas, nacionales o extranjeras, con sujeción a lo dispuesto en la legislación vigente [y en particular] a) Asumir por sí, por intermedio de terceros o asociada a terceros la prestación de los servicios ferroviarios, de pasajeros o de carga, que se le asignen, los que se encuentren concesionados y que por distintas causales reviertan al Estado Nacional, así como nuevos servicios que se creen; b) Administrar los bienes muebles e inmuebles que le sean asignados por la *Administración de Infraestructuras Ferroviarias Sociedad del Estado* para la prestación del servicio de transporte ferroviario; c) Administrar y disponer del material tractor y remolcado que

(48) La ya citada Ley Española de Ferrocarriles establece en la disposición adicional tercera la creación de la entidad pública empresarial RENFE-Operadora, como organismo público con personalidad jurídica propia, plena capacidad de obrar y patrimonio, adscrita al Ministerio de Fomento. El objeto de la entidad RENFE-Operadora es la prestación de servicios de transporte ferroviario tanto de mercancías como de viajeros, que incluirá el mantenimiento del material rodante. RENFE-Operadora podrá desarrollar, además, cuantas actuaciones mercantiles resulten necesarias o convenientes para la mejor realización de sus funciones, pudiendo llevar a cabo toda clase de actos de administración o disposición que sean precisos para el cumplimiento de las mismas, incluso mediante la participación en negocios, sociedades o empresas, nacionales o extranjeros, con sujeción, en todo caso, a lo dispuesto en la legislación vigente. Asimismo, la ley establece que “RENFE-Operadora, desde la entrada en vigor de la ley, tendrá asignada toda la capacidad de infraestructura necesaria para la realización de los servicios de transporte de mercancías que estuviere prestando, en dicho momento, la entidad pública empresarial RENFE. Además, podrá obtener directamente la asignación de la capacidad necesaria para la prestación de nuevos servicios”.

(49) El art. 16 de la ley 27.132 sustituyó el art. 7º de la ley 26.352, el que será analizado en el Punto 5 del presente escrito.

tenga asignado para su operación ferroviaria; d) Conformar su estructura organizativa, seleccionar su personal con un criterio de excelencia y capacitar al mismo.⁽⁵⁰⁾

Cabe referirnos, complementariamente, al mensaje de elevación de la ley, en tanto es clave para entender cuál fue la voluntad de legislador en relación al nuevo sistema, o si el mismo es solamente una estatización de los servicio ferroviarios, como rápidamente puede una lectura rápida sugerir. Y esa clave está en la ley española 39 del 2003, que se cita en el mensaje de elevación de la ley 26.352, con fundamento en la ya mencionada política emanda de la Directiva de la Unión Europea 440⁽⁵¹⁾ del año 1991.⁽⁵²⁾ Luego se ordena la armonización de los estandares de modo de poder estar en presencia de redes europeas homogéneas que no traben el cumplimiento efectivo de las libertades comunitarias.

Lo que sí resulta claro es que, en materia de infraestructura, la misma configura un monopolio natural y es difícil concebir la competencia en su explotación.⁽⁵³⁾ En el caso de nuestro país se decidió⁽⁵⁴⁾ —al igual que la ley 39 española— que sea un sujeto público; empresa pública bajo régimen de la

(50) El art. 17 de la ley 27.132 sustituyó los incs. a) y c) del art. 8º de la ley 26.352, y su art. 18 incorporó a dicho artículo los incs. e) y f), todo lo cual será analizado en el apartado 5 del presente escrito.

(51) Luego, esta norma fue complementada por las recomendaciones del Libro Blanco de la Comisión Europea, “Una estrategia para la revitalización de los ferrocarriles comunitarios”, del 30 de julio de 1996; el segundo paquete de medidas para el sector pugna por la apertura del sector de transporte ferroviario de cargas, para el año 2005 y luego el tercer paquete en medidas, incluye la liberalización del sector de transporte ferroviario de pasajeros con el horizonte 2012.

(52) Otro punto importante para tener en cuenta —y que puede confundir, ya que tanto la ley española, como la argentina, crean dos sociedades o entidades, para distinguir los roles de infraestructura y operación—; es que de la normativa comunitaria no surge ello obligatorio, ya que es una decisión de cada gobierno. Por ejemplo, en Francia se adoptó como modalidad la separación contable, manteniendo todo el sistema en cabeza del Estado. Y la directiva, huelga decirlo, no ordena que sean públicas o privadas tales empresas. Esa decisión es de política interna de los países. Y finalmente si la competencia puede ingresar en el sector dependerá de algo que hemos hablado anteriormente y es discernir si existe una unidad de negocio sustentable para ello.

(53) Lo mismo ocurre con los aeropuertos.

(54) No fue así en el Reino Unido donde se optó por la privatización de la red de infraestructuras a una empresa pública la Railtrack dividida en cuatro empresas según las zonas. Esta empresa se mantuvo así hasta los accidentes de Paddington, en 1999, donde murieron 31 personas y centenares resultaron heridos, a causa de un error del maquinista que saltó una señal a peligro y la empresa no había instrumentado sistema de control en “default”, como plan de contingencia adicional; y Hatfield, en el año siguiente donde murieron 4 personas, por el desarrollo de una formación, producto de la falta de mantenimiento de la infraestructura ferroviaria. Railtrack —por el des prestigio generado— se convirtió en Network Rail, que no solo fue un cambio de nombre,

ley 20.705 y la ley 19.550, denominada Administración de Infraestructuras Ferroviarias Sociedad del Estado.

En materia de operación de los servicios, tanto en la Argentina como en España se decidió por un operador público, la Sociedad Operadora Ferroviaria Sociedad del Estado, en nuestro país, y la RENFE-Operadora en España.⁽⁵⁵⁾

Este operador público, que es la Operadora Ferroviaria, es un operador destinado a garantizar el servicio universal. La cuestión a determinar en este extremo es si el rol es monopólico o en competencia. Y la respuesta nos la da, no solo la letra de la ley que establece que los servicios a prestar por la Operadora Ferroviaria son los que expresamente⁽⁵⁶⁾ se le atribuyan por el Ministerio de Planificación Federal, Planificación Pública y Servicios, sino que lo marca la fuente de la ley. Esto es el régimen de la ley 39/2003⁽⁵⁷⁾ española, de donde abreva nuestra norma, la cual, al seguir la directiva comunitaria expresamente se somete a la liberación del segmento de operación del servicio y su apertura a la competencia.

sino que se transformó en una empresa “NON PROFITE”; esto es, la totalidad del producido se vuela en la infraestructura y es controlada por el Estado.

(55) También el Reino Unido va a crear una sociedad para la operación en el primer período de la privatización y fragmentación de los años 90 y la denominara *The Operating Company*. Luego se introdujo al competencia tanto en carga como en pasajeros y hoy el mercado presenta 26 empresas prestadora de servicios de pasajeros y 4 empresas de transporte de cargas.

(56) Dice la ley 26.352 en su art. 7º “Créase la sociedad *Operadora Ferroviaria Sociedad del Estado* con sujeción al régimen establecido por la ley 20.705, disposiciones pertinentes de la ley 19.550 y modificatorias, que le fueren aplicables y a las normas de su Estatuto, la que tendrá a su cargo la prestación de los servicios de transporte ferroviario tanto de cargas como de pasajeros, en todas sus formas, que le sean asignados, incluyendo el mantenimiento del material rodante”, asignación que se va a volver a referenciar como regla general en el artículo siguiente de atribución de competencias, y que dice “... La sociedad *Operadora Ferroviaria Sociedad del Estado* tendrá las siguientes funciones y competencias: a) Asumir por sí, por intermedio de terceros o asociada a terceros la prestación de los servicios ferroviarios, de pasajeros o de carga, que se le asignen, los que se encuentren concesionados y que por distintas causales reviertan al Estado Nacional, así como nuevos servicios que se creen...”.

(57) La ley española claramente establece las 4 pautas esenciales del nuevo sistema en su art. 2 al determinar los principios que rigen el nuevo régimen y del cual resulta: 1. Principio de separación vertical: “g) Separar el régimen jurídico aplicable a las infraestructuras ferroviarias del de los servicios que sobre ellas se prestan”; 2. Principio de acceso abierto a la infraestructura: “h) Prever un sistema de otorgamiento de licencias que permitan el acceso al mercado de las empresas ferroviarias”; 3. Principio de regulación estatal de la Infraestructura: “i) Regular, dentro del ámbito de la competencia estatal, el acceso a la infraestructura ferroviaria mediante un procedimiento para la adjudicación de capacidad basado en los principios de objetividad, transparencia y no discriminación; 4. Principio de competencia en materia de operación de los servicios: “j) Promover las condiciones de competencia en la prestación de servicios ferroviarios, de acuerdo con lo establecido en ella, con respeto a los principios de objetividad, transparencia y no discriminación”.

Por ello, el régimen jurídico argentino permite entender que, frente a este operador público, pueden conjugarse operadores privados.

5. La ley 27.132. La política de reactivación de los ferrocarriles de pasajeros y de cargas, renovación y mejoramiento de la infraestructura, incorporación de tecnologías y servicios

5.1. Los alcances de la norma creadora de los Ferrocarriles Argentinos

Las privatizaciones, claramente, demostraron su fracaso. El nuevo sistema de separación vertical, viene a dar una solución que supere las antinomias Estado-privados, desde una óptica más certera, la de la búsqueda de la eficiencia del sistema. De ese modo, el Estado es —al modo alemán— quien mejor puede sostener una infraestructura ferroviaria y ampliarla, por un lado; y los privados, junto con empresas públicas estatales, son los que garantizarán la atención de los servicios universales.

Incipientemente, la reactivación de distintos ramales de pasajeros de media y larga distancia,⁽⁵⁸⁾ la puesta en valor de varias estaciones, llevando adelante numerosos proyectos e inversiones en infraestructura, y la renovación completa del material rodante de las Líneas General San Martín, Sarmiento, Mitre, Roca y Belgrano Sur, que alcanzarán al fin del 2015 los mil (1000) coches cero kilómetro, empiezan a dar cuenta de la realidad de un sistema que, al año 2003, llevaba décadas de desinversión.⁽⁵⁹⁾

En el intenso trabajo efectuado en la última década, han ocupado un rol central en la implementación de dichas políticas públicas —por las competencias que ellas tienen asignadas— la referida Operadora Ferroviaria Sociedad del Estado y la aludida Administración de Infraestructuras Ferroviarias Sociedad del Estado.

(58) La reactivación del sector ferroviario se ve reflejada en el interior del país, con servicios de larga distancia como el emblemático que une la estación Constitución de la Ciudad de Buenos Aires con Mar del Plata, Provincia de Buenos Aires, lo servicios Once-Bragado-Realico, Once-Brgadado-Gral. Pico y Catrilo-San Rosa que unen la Ciudad de Buenos Aires y las Provincias de Buenos Aires y La Pampa, el servicio internacional entre Posadas, Provincia de Misiones y Encarnación; Departamento de Itapúa, República del Paraguay, el servicio que une la estación Retiro de la Ciudad de Buenos Aires y la Ciudad de Rosario, Provincia de Santa Fe, el servicio que une la estación Retiro en la Ciudad de Buenos Aires y la localidad santafesina de Rufino, que tiene paradas en las ciudades de Chacabuco, Junín, Vedia y Alberdi, todas ellas de la Provincia de Buenos Aires, el servicio que une la estación Constitución de la Ciudad de Buenos Aires y Cañuelas, Provincia de Buenos Aires y el servicio que une la estación Constitución de la Ciudad de Buenos Aires y la ciudad de Chascomus, Provincia de Buenos Aires, entre otros.

(59) También se han adquirido y ya se encuentran en nuestro país doscientos veinte (220) coches y veintidós (22) locomotoras para las líneas de larga distancia.

Es dable destacar que, en el marco de la mencionada ley 26.352, la Operadora Ferroviaria Sociedad del Estado ha asumido la prestación directa de los servicios ferroviarios de la Línea Sarmiento⁽⁶⁰⁾ en el año 2013, y que, teniendo en cuenta la mejora notable en la calidad del servicio prestado por el Estado nacional en esa línea, se le asignó en marzo de 2015 la operación de las Líneas Mitre, General Roca, Belgrano Sur y San Martín.

Por otro lado, mediante el decreto 566/2013 se constituyó la Sociedad Belgrano Cargas y Logística Sociedad Anónima (integrada por ADIFSE, SOFSE y AGP), que tiene por objeto la prestación y explotación comercial del servicio; la operación y logística de trenes; la atención de estaciones; el mantenimiento del material rodante, infraestructura, equipos, terminales de cargas y servicios de telecomunicaciones; y todas las demás actividades complementarias y subsidiarias del sector de la red nacional ferroviaria integrada por el Ferrocarril General Belgrano y los sectores de la red ferroviaria nacional que estuvieron bajo la concesión de América Latina Logística Mesopotámica Sociedad Anónima, para el caso de la Línea Urquiza, con exclusión del tramo electrificado Federico Lacroze-General Lemos, provincia de Buenos Aires, y América Latina Logística Central Sociedad Anónima, para el caso de Línea San Martín, con exclusión de sus tramos Retiro-Pilar y Once de Septiembre-Mercedes, provincia de Buenos Aires.⁽⁶¹⁾

En ese proceso de recuperación del transporte ferroviario de cargas, se promueve una red ferroviaria con logística plenamente integrada al

(60) Por decreto 793/2012 se rescindió el contrato de concesión suscripto con el concesionario Trenes de Buenos Aires SA que operaba la líneas ferroviarias Sarmiento y Mitre. En consecuencia, se consideró necesario convocar a los restantes concesionarios de los ramales ferroviarios metropolitanos de pasajeros, para que en forma conjunta conformen una Unidad de Gestión Operativa (UGOMS SA), que garantice la continuidad de los Servicios Ferroviarios de Pasajeros en trato, hasta tanto se determine la modalidad definitiva de prestación del servicio, de conformidad al ordenamiento aplicable.

(61) Mediante la Resolución del Ministerio del Interior y Transporte 469, de 30/05/2013 se rescindió el contrato de concesión para la explotación de los servicios de transporte ferroviario de carga correspondientes a la Red Ferroviaria Nacional integrada por la Línea General San Martín y remanente de la Línea Domingo Faustino Sarmiento, con excepción de los tramos urbanos Retiro-Pilar y Once de Septiembre-Mercedes, a la Concesionaria América Latina Logística Central Sociedad Anónima y el Contrato de Concesión para la explotación de los servicios de transporte ferroviario de carga correspondientes a la Red Ferroviaria Nacional integrada por la Línea General Urquiza, con exclusión del tramo urbano electrificado Federico Lacroze-General Lemos, a la concesionaria América Latina Logística Mesopotámica Sociedad Anónima; y se asignó a la sociedad Belgrano Cargas y Logística Sociedad Anónima, en el marco de las competencias previstas en el decreto 566/2013, la operación del servicio ferroviario y la administración de la infraestructura ferroviaria que integran las concesiones rescindidas por la presente medida.

círculo productivo regional y enlaces comerciales a los países limítrofes.⁽⁶²⁾

Teniendo en cuenta la situación descripta, sumada al lugar estratégico y central que ocupan actualmente la Operadora Ferroviaria Sociedad del Estado, la Administración de Infraestructuras Ferroviarias Sociedad del Estado y Belgrano Cargas y Logística SA en el desarrollo de las políticas en materia ferroviaria, y resultando apropiado su articulación con los actuales concesionarios ferroviarios de cargas y pasajeros, a los fines de lograr un funcionamiento más integrado de todo el sistema ferroviario, el Poder Ejecutivo Nacional puso a consideración un proyecto de ley que culminó con el dictado, el 15 de abril de 2015, de la Ley 27.132 de Política de Reactivación de los Ferrocarriles de Pasajeros y de Cargas, Renovación y Mejoramiento de la Infraestructura, Incorporación de Tecnologías y Servicios.

En su art. 1º esta ley declara de interés público nacional, y como objetivo prioritario de la República Argentina, la política de reactivación de los ferrocarriles de pasajeros y de cargas, la renovación y el mejoramiento de la infraestructura ferroviaria y la incorporación de tecnologías y servicios que coadyuven a la modernización y a la eficiencia del sistema de transporte público ferroviario, con el objeto de garantizar la integración del territorio nacional y la conectividad del país, el desarrollo de las economías regionales con equidad social y la creación de empleo.

Por su parte, el art. 2º establece como principios de la política ferroviaria los siguientes:

- a. la administración de la infraestructura ferroviaria por parte del Estado nacional;⁽⁶³⁾

(62) Con la celebración del Tratado de Maipú de Integración y Cooperación entre la República Argentina y la República de Chile, se suscribió el Protocolo Complementario para la constitución de la Entidad Binacional para el proyecto "Túnel de Baja Altura-Ferrocarril Transandino Central" denominada EBFETRA, siendo un hito en las relaciones argentino-chilenas, en tanto es la primera entidad binacional integrada por la República de Chile. El mencionado proyecto tiene por objeto principal resolver la saturación de la capacidad de transporte del cruce Vila "Cristo Redentor" mediante el diseño final, construcción, operación, explotación y mantenimiento de un servicio de transporte ferroviario de cargas y de pasajeros que vincule Argentina y Chile, desde Luján de Cuyo, Mendoza (Argentina) hasta Los Andes (Chile), eliminando el problema de cortes de la conexión durante el invierno y aumentando la capacidad de carga con una visión de largo plazo. En la actualidad el proyecto se encuentra siendo analizado técnicamente en el ámbito de la EBFETRA.

(63) En razón de dicho principio, en su art. 3º, se establece que el Poder Ejecutivo Nacional deberá adoptar las medidas necesarias a los fines de reasumir la plena administración de la

- b. la participación pública y privada en la prestación y operación de los servicios de transporte público ferroviario;
- c. la interconexión de los sistemas ferroviarios y la intermodalidad de los servicios de transporte;
- d. la maximización de las inversiones y de los recursos empleados para la prestación de un servicio ferroviario en condiciones de eficiencia y seguridad;
- e. la incorporación de nuevas tecnologías y modalidades de gestión que contribuyan al mejoramiento de la prestación del servicio ferroviario;
- f. la protección de los derechos de los usuarios, con atención especial a las personas con discapacidad o con movilidad reducida, garantizando sus derechos al acceso a los servicios de transporte ferroviario en adecuadas condiciones de calidad;
- g. la promoción de condiciones de libre accesibilidad a la red nacional ferroviaria de cargas y de pasajeros, basada en los principios de objetividad, transparencia y no discriminación.

Asimismo, como ya fuera dicho, a fin de integrar y articular las distintas funciones y competencias que tienen asignadas las sociedades creadas por la ley 26.352 y el decreto 566/2013, y la articulación de todo el sector ferroviario nacional, la ley en comento dispuso la constitución de la Sociedad Ferrocarriles Argentinos Sociedad del Estado,⁽⁶⁴⁾ con sujeción al régimen de la ley 20.705, teniendo como funciones y competencias:

- a. proponer prácticas y líneas de acción coordinadas entre la sociedad Operadora Ferroviaria Sociedad del Estado, la Administración de Infraestructuras Ferroviarias Sociedad del Estado; y la Sociedad Belgrano Cargas y Logística Sociedad Anónima;
- b. aprobar las políticas, planes, programas y proyectos tendientes a la mejora constante del transporte ferroviario que lleven adelante la sociedad Operadora Ferroviaria Sociedad del Estado, la Administración de Infraestructuras Ferroviarias Sociedad del Estado y la Sociedad Belgrano Cargas y Logística Sociedad Anónima y supervisar su implementación;
- c. cualquier otra que haga al cumplimiento de sus cometidos.

infraestructura ferroviaria en todo el territorio nacional y la gestión de los sistemas de control de circulación de trenes, pudiendo a tal fin resolver, desafectar bienes, rescatar, reconvenir o, en su caso, renegociar los contratos de concesiones vigentes de cargas y pasajeros.

(64) Surge del mensaje de elevación de la ley en comento que el modelo que se pretende implementar se asimila al instaurado en la República Francesa, en donde se ha procedido a reunificar el sistema ferroviario de ese país, poniéndolo a cargo de la SNCF (Société Nationale des Chemins de Fer), convertida en un gran *holding* ferroviario público, en cuyo interior funcionan dos (2) nuevas divisiones SNCF Mobilités (operadora) y SNCF Réseau (infraestructura), y cuyo directorio está compuesto por representantes de estas últimas.

Es dable destacar que la ley 27.132 se enmarca en la Ley de Reordenamiento Ferroviario 26.352 que, como bien dijimos, tiene por objeto el reordenamiento de la actividad ferroviaria, ubicando como pieza clave de toda la acción, de los nuevos criterios de gestión y de rentabilidad, la consideración del usuario, conforme a las pautas que se fijan.

En ese marco normativo, teniendo en cuenta los antecedentes reseñados precedentemente, y a los fines de garantizar una operación más efectiva y eficiente de los servicios de transporte ferroviario, se le asignó a la Administración de Infraestructuras Ferroviarias Sociedad del Estado el mantenimiento de la infraestructura ferroviaria y la gestión de los sistemas de control de circulación de trenes a los propios operadores de dichos servicios o a terceros, teniendo en cuenta las necesidades del sistema y la capacidad técnica de los mismos.⁽⁶⁵⁾

Asimismo, y atento a la gran cantidad de material rodante adquirido por el Estado nacional en la última década, se establece en la nueva ley que la Operadora Ferroviaria Sociedad del Estado será competente, no solo para administrar y disponer del material tráctivo y remolcado que tenga asignado para su operación ferroviaria, sino también de los que adquiera o incorpore en un futuro por cualquier título.⁽⁶⁶⁾

Así las cosas, en el marco de la reorganización del sistema ferroviario dispuesta por la ley 27.132, se aclara el objeto social de la Operadora Ferroviaria Sociedad del Estado, a los fines de que la misma tenga a su cargo

(65) En consecuencia, por medio del art. 14 de la ley 27.132 se modificaron los incs. b) y c) del citado art. 3º de la ley 26.352, los que quedaron redactados de la siguiente forma: b) La confección y aprobación de proyectos de infraestructuras ferroviarias que formen parte de la red ferroviaria, su construcción y rehabilitación que se lleven a cabo por sus propios recursos, de terceros, o asociadas a terceros y con arreglo a lo que determine el Ministerio del Interior y Transporte y pudiendo acordar con los operadores de cargas o de pasajeros la autorización para la ejecución de las obras de mejoramiento o de renovación de los sectores de la red sobre los que prestan servicios; c) El control e inspección de la infraestructura ferroviaria que administre. A su vez, a través del art. 15 de la ley en comento se incorporaron los incs. m) y n) al citado art. 3º que otorgan a la ADIF S.E.; m) la gestión de los sistemas de control de circulación de trenes y el mantenimiento de la infraestructura ferroviaria por sí o por intermedio de los operadores ferroviarios a los que se les asigne dicha tarea; n) la diagramación de los servicios y en su caso la aprobación de los diagramas presentados por los operadores de carga o de pasajeros.

(66) El art. 17 de la ley 27.132 sustituyó el inc. c) del art. 8º de la ley 26.352, el cual quedó redactado de la siguiente forma: "c) Administrar y Disponer del material tráctivo y remolcado que tenga asignado para su operación ferroviaria y los que adquiera o incorpore en el futuro por cualquier título".

asumir por sí, por intermedio de terceros, “únicamente” la prestación de los servicios ferroviarios de pasajeros que se le asignen, los que se encuentren concesionados y que, por distintas causales, reviertan al Estado nacional nuevos servicios, como así también mantener la infraestructura ferroviaria que le sea asignada por la Administración de Infraestructuras Ferroviarias Sociedad del Estado.⁽⁶⁷⁾

También resultó apropiado adecuar el objeto de la Sociedad Belgrano Cargas y Logística SA: se suprimió el mismo a la prestación y explotación comercial del servicio; a la operación y logística de trenes —por sí, por intermedio de terceros o asociada a terceros—; la atención de estaciones; el mantenimiento del material rodante, equipos, terminales de cargas, servicios de telecomunicaciones; el mantenimiento de la infraestructura ferroviaria y la gestión de los sistemas de control de circulación de trenes —estas dos últimas funciones, en caso que le sean asignadas por la Administración de Infraestructuras Ferroviarias Sociedad del Estado—.⁽⁶⁸⁾

En concreto, todo lo vinculado a la administración de la infraestructura ferroviaria nacional ha quedado en cabeza de una sola Sociedad, la Administración de Infraestructuras Ferroviarias Sociedad Del Estado, mientras que se mantienen dos sociedades de capitales estatales, la Operadora Ferroviaria Sociedad del Estado —que tiene a su cargo la operación de los servicios ferroviarios de pasajeros que se le asignen— y la Sociedad Belgrano Cargas y Logística SA —que tiene a su cargo la prestación y explotación comercial de los servicios ferroviarios de cargas que se le asignen—.

En ese marco de nuevas competencias asignadas, la ley 27.132 establece, en su art. 4º, la modalidad de acceso abierto de los servicios de carga y pasajeros, permitiendo que cualquier operador pueda transportar la carga con origen y destino en cualquier punto de red, independientemente de quien detente la titularidad o tenencia de las instalaciones del punto de carga o destino. A tal fin, dicho artículo establece que el Poder Ejecutivo Nacional creará un Registro de Operadores de Carga y de Pasajeros.⁽⁶⁹⁾

(67) Ver arts. 16, 17 y 18 de la ley 27.132.

(68) Ver art. 19 de la ley 27.132.

(69) En la actualidad tramita un proyecto de decreto que crea el Registro de Operadores de Carga y de Pasajeros en la órbita de la *Comision Nacional de Regulacion del Transporte*, en el cual podrán inscribirse todas las personas físicas o jurídicas que se encuentren en condiciones de prestar servicios ferroviarios de pasajeros y de cargas en condiciones de seguridad y eficiencia. La Secretaría de Transporte de la Nación establecerá los requisitos y calidades que deberán reunir las personas físicas o jurídicas para su inscripción en el mismo.

5.1.1. Las regulaciones administrativas pendientes: los procedimientos de acceso al servicio y una mirada desde España

En el nuevo régimen resulta importante, entonces, indagar en dos cuestiones: cuál es el título para la prestación del servicio por parte de privados, por un lado, y por el otro, cuál es el procedimiento administrativo que se deriva del nuevo régimen legal.

La primer pregunta, nos va a llevar a que el título de prestación es ahora la “autorización” o “licencia”, en lugar de la “concesión”, figura que trae como beneficio adicional la eliminación del desafortunado principio de la “intangibilidad de la remuneración del cocontratante estatal”.⁽⁷⁰⁾

En este nuevo esquema, la legislación argentina aún no da respuesta a los procedimientos especiales que se van a necesitar para alcanzar las debidas autorizaciones por parte de operadores, ya públicos o privados, para que puedan acceder a la vía, circular con servicios seguros, y poder gozar de los nuevos derechos como prestadores del sistema.

Estas nuevas herramientas de gestión de los servicios, que no cuentan con regulación en nuestro país, sí se encuentran reguladas en España, Inglaterra, Alemania, por ejemplo.

No obstante, vamos a tomar como modo ejemplificativo el régimen español, por la sencilla razón de ser esa norma la inspiradora de nuestro sistema.

La ley 39/2003 establece que una empresa ferroviaria,⁽⁷¹⁾ para poder operar dentro del nuevo sistema debe cumplimentar los siguientes procedimientos para ostentar un título de prestador legítimo.

5.2. El procedimiento administrativo para la obtención de la licencia de empresa ferroviaria

La licencia de empresa ferroviaria es el acto administrativo emitido por el Ministerio de Fomento, a petición de parte, por el cual —previo informe del titular de ADIF española— se declara la habilitación de la actividad

(70) No existe negocio privado más rentable que el negocio público, en tanto se acote de tal grado el riesgo del privado al mantener siempre intangible el beneficio, como parte del precio, y eso no es justo en términos morales, ni legales.

(71) Dice la ley, en su art. 43: “Son empresas ferroviarias aquellas entidades, titulares de una licencia de empresa ferroviaria, cuya actividad principal consiste en prestar servicios de transporte de viajeros o de mercancías por ferrocarril, en los términos establecidos en esta ley. Las empresas ferroviarias deberán, en todo caso, aportar la tracción. Se consideran, asimismo, empresas ferroviarias aquellas que aporten exclusivamente la tracción”.

que le permita a la empresa realizar los servicios ferroviarios solicitados, ya de cargas , ya de pasajeros.

La resolución correspondiente se sujeta a un plazo perentorio de tres meses siguientes a su presentación, o al momento en que se complete la documentación exigible, plazo vencido en el que se entiende rechazada la petición.

La licencia de empresa ferroviaria será única para toda la Red Ferroviaria de Interés General. Su fin será ordenar eficientemente, coordinar y racionalizar la explotación sobre aquella del servicio ferroviario e incluso serán válidas las emitidas por los demás Estados de la Unión Europea, las que producirán todos sus efectos en España sin perjuicio de lo establecido en la disposición transitoria segunda.

La licencia de empresa ferroviaria es intransmisible y la sociedad requirente deberá acreditar los siguientes requisitos para su obtención: Deberá:

1. revestir la forma de sociedad anónima;
2. contar con capacidad financiera para hacer frente a sus obligaciones presentes y futuras;
3. garantizar la competencia profesional de su personal directivo y técnico, y la seguridad en los servicios que pretenda prestar;
4. tener cubiertas las responsabilidades civiles que puedan serle exigibles;
5. las entidades que pretendan prestar servicios de transporte ferroviario habrán de tener por objeto principal la realización de dicha actividad.
6. no podrán ser titulares de una licencia los concursados, los inhabilitados o suspendidos para ejercer cargos de administración en sociedades o los sancionados o condenados; los sancionados por infracciones administrativas muy graves previstas en la legislación mercantil, de defensa de la competencia o de ordenación del transporte, en el plazo de cinco años desde la imposición de la sanción; las sancionadas o condenadas, mediante resolución o sentencia firmes, por infracciones muy graves cometidas en el ámbito de la legislación específica de transportes o por infracciones graves o reiteradas de las obligaciones derivadas de las normas sociales o laborales, en particular de la legislación sobre seguridad y salud en el trabajo, en el plazo de cinco años desde la resolución sancionadora; las que hayan sido sancionadas por incumplir las normas que regulen el régimen aduanero, en el plazo de cinco años desde la resolución sancionadora.

En cuanto a la competencia profesional la norma exige órganos directivos con los conocimientos y la experiencia necesarios para ejercer una supervisión y un control operativo, seguro y fiable del tipo de actividades para las que habilita la licencia; personal responsable de la seguridad en

el transporte ferroviario, plenamente capacitado para ejercer su actividad; personal, material rodante y organización aptos para garantizar el suficiente grado de seguridad en los servicios prestados.

La licencia conservará su eficacia mientras la empresa ferroviaria cumpla los requisitos previstos en esta ley para su otorgamiento. Corresponde al Ministerio de Fomento, con arreglo al procedimiento que este determine, verificar el cumplimiento por la empresa ferroviaria de los indicados requisitos.⁽⁷²⁾

5.3. El requisito técnico objetivo: la inscripción en el Registro de Operadores

Un requerimiento esencial para garantizar la capacidad objetiva de las empresas ferroviarias es la obligación de inscribirse en un registro de operadores. Este registro es de naturaleza administrativa⁽⁷³⁾ y cumple una función instrumental de auxilio a la Administración, en tanto herramienta de control objetiva y eficaz.

Es, asimismo, una herramienta que brinda transparencia al sector, en tanto en el mismo deben inscribirse todas las empresas que cuenten con licencias de transporte.

Es de carácter público, y en él se inscriben los datos relativos a las empresas ferroviarias, de oficio. La inscripción es meramente declarativa; no genera nuevos derechos, sino que da a publicidad los constituidos, esto

(72) Dicha verificación tendrá lugar: a) cada cinco años desde el otorgamiento de la licencia o desde la finalización del anterior procedimiento de verificación; b) cuando el Ministerio de Fomento tenga indicios del posible incumplimiento por una empresa ferroviaria de los requisitos exigidos; o c) cuando la empresa ferroviaria sufra una modificación de su régimen jurídico, en particular, en el caso de transformación, fusión o adquisición de una parte significativa de los títulos representativos de su capital o de segregación de una rama de actividad. Estas circunstancias habrán de ser notificadas por la empresa ferroviaria al Ministerio de Fomento, en el plazo de un mes desde que se produzcan. La referida obligación de comunicación se impone, expresamente, a los titulares de las licencias o de otros títulos habilitantes.

(73) En relación a la naturaleza jurídica de los registros, cabe distinguir los registros jurídicos de los administrativos, entiendo a los primeros como aquellos que persiguen la seguridad jurídica o la protección del tráfico patrimonial, mientras que los otros, los administrativos, "no sirven —al menos no primordialmente— para proteger los derechos subjetivos de los particulares, sino los intereses públicos comprometidos por la normativa que los establece y regula". Ver GUILLEN CARAMES, JAVIER (dir.), *El régimen jurídico del Sector Ferroviario*, 1^a edición, Navarra, Aranzandi, 2007, p. 286.

es, las licencias que cada empresa ostente y su condición de ejercicio actualizada.

En un proceso de apertura, como el que caracteriza al sector ferroviario europeo, la existencia del registro es esencial para garantizar el cruceamiento de datos, control de las empresas en forma pública y transparente. Dicha transparencia garantiza el debido respeto al derecho de igualdad a la hora de acceso de los operadores a la red administrada por ADIF y, en consecuencia, de igualdad de trato y de objetividad en la ordenación y organización del sistema, a lo largo del tiempo.

5.4. Procedimiento de adjudicación de capacidad de infraestructura

La adjudicación de capacidad de infraestructura es la asignación por parte del administrador de infraestructuras ferroviarias de aquellas franjas horarias, definidas en la declaración sobre la red, a los correspondientes candidatos con el fin de que un tren pueda circular, entre dos puntos, durante un período de tiempo determinado.

Para poder solicitar capacidad de infraestructura y poder prestar el servicio, se requiere contar con la previa licencia de empresa ferroviaria —ya agentes de transporte, cargadores, operadores de transporte combinado—, conforme lo establece la legislación española, ya citada, en su art. 30 y siguientes.

Se establece que el administrador de infraestructuras ferroviarias, conforme a lo que reglamentariamente se disponga y con el fin de proteger sus legítimas expectativas en materia de ingresos y la futura utilización de la infraestructura que gestione, podrá imponer requisitos⁽⁷⁴⁾ a los candidatos, siempre y cuando estos sean adecuados, transparentes y no discriminatorios.

Una vez cumplimentado el procedimiento de adjudicación de capacidad, el derecho de uso otorgado es intransferible, quedando prohibido todo negocio jurídico sobre la capacidad de infraestructura adjudicada, bajo apercibimiento de pérdida de la licencia.

(74) Tales requisitos se notificarán a la Comisión Europea y se referirán, únicamente, a la aportación de garantías económicas otorgadas a su favor cuyo importe será proporcional al nivel de actividad previsto y a las condiciones técnicas y económicas de los candidatos para el ejercicio de su actividad. Asimismo, se deben tener en cuenta los costes medioambientales, de accidentes y de la infraestructura que no graven los modos de transporte distintos del ferroviario, a fin de reducir su cuantía; así como también, el grado de congestión de la infraestructura, el fomento de nuevos servicios de transporte ferroviario, así como la necesidad de incentivar el uso de líneas infráutilizadas, garantizando, en todo caso, una competencia óptima entre las empresas ferroviarias.

Finalmente, el uso de la infraestructura se sujeta al pago de una tasa, que recibe el nombre de cánones ferroviarios,⁽⁷⁵⁾ y que será percibida por el Administrador de las infraestructuras ferroviarias. Y el comentado canon por acceso⁽⁷⁶⁾ se complementa con el canon por reserva de capacidad⁽⁷⁷⁾ (por la disponibilidad del trayecto solicitado); por la circulación efectiva⁽⁷⁸⁾ y el canon por el tráfico,⁽⁷⁹⁾ producido sobre la infraestructura ferroviaria.

De este modo, en el nuevo esquema del sector, se trata de hacer eficiente el sistema, haciendo al operador, en este caso privado, responsable indirecto del sostenimiento de la infraestructura, mediante el pago de los cánones ferroviarios al administrador de la red, con un criterio similar al peaje en autopistas.

Nuestro sistema ferroviario, aun a mitad de camino entre las concesiones de los años 90 y las nuevas modalidades de gestión, requiere de un sistema aggiornado, con procedimientos claros y eficientes, que den cumplimiento a la manda del Congreso ya emitida por las leyes 26.352 y 27.132.

(75) Los cánones se fijan de acuerdo con los principios generales de viabilidad económica de las infraestructuras, explotación eficaz de las mismas, situación del mercado y equilibrio financiero en la prestación de los servicios, y con arreglo a criterios de igualdad, transparencia y no discriminación entre prestadores de servicios de transporte ferroviario.

(76) Canon de acceso: en función de los tramos de red en los que se pretenda prestar los servicios y de la declaración de actividad realizada por la empresa ferroviaria, que se pagará, de una sola vez, al inicio de cada período por el que se haya producido la adjudicación de capacidad. El importe de este canon repercutirá los costes que supongan, para el administrador de infraestructuras ferroviarias, los procesos de gestión administrativa vinculados a la relación de este con los operadores ferroviarios, como el mantenimiento de los medios personales y materiales para su administración general, la publicación de la declaración de red, la elaboración de los planes de explotación, asignación de capacidad y supervisión de la circulación de trenes.

(77) Canon por reserva de capacidad: en función de los kilómetros de longitud del tramo de red reservado por la empresa ferroviaria, distinguiendo por tipo de línea y hora del día en que se reserva, y por tipo de servicio de transporte ferroviario y tipo de tren que lo presta. Este canon repercutirá los costes fijos de mantenimiento, explotación y gestión de la infraestructura ferroviaria.

(78) Canon de circulación: en función de los kilómetros de longitud del tramo de red efectivamente utilizado por la empresa ferroviaria, distinguiendo por tipo de línea y hora del día en que se utiliza, y por tipo de servicio de transporte ferroviario y tipo de tren que lo presta. Este canon repercutirá los costes variables de mantenimiento, explotación y gestión de la infraestructura ferroviaria.

(79) Canon por tráfico: en función del valor económico del servicio de transporte ferroviario prestado, medido en términos de la capacidad ofertada (plazas-km; tm-km; TEU-km), distinguiendo por hora del día y tipo de línea sobre la que esta se oferta. Este canon repercutirá los costes de carácter financiero, de amortización del inmovilizado y, en su caso, los necesarios para garantizar el desarrollo razonable de las infraestructuras ferroviarias.

6. Palabras finales

Hemos llegado al final de este estudio en el cual, claramente, hemos podido visualizar las nuevas reglas jurídicas que el sector ferroviario presenta para nuestra disciplina, innovando en la aplicación de un nuevo régimen, orientando a ser más eficiente, donde prima la transparencia, en todos sus alcances.

Las nuevas reglas de la ley 26.352, seguidas por la ley 27.132, ponen al Estado en el garante de la infraestructura ferroviaria, y a las empresas públicas en prestadoras de servicios de pasajeros o de cargas, en competencia con los nuevos operadores privados.

Ya no más concesiones donde se confunden los subsidios a la operación con los fondos para la realización de las obras; la tarifa con el mantenimiento de infraestructura, etc.; sino otros títulos de prestación que hagan que el sector privado dignifique su rol en la prestación de los servicios público ferroviarios.

En este sentido, entendemos que no solo se sincera el sistema, sino que se ordena de un modo eficiente y de concreción posible, tanto por el sector público como para el privado.

Y entendemos que el camino a un nuevo derecho en materia de servicios de transporte debe orientarse a su vez a consolidar:

- Una política pública de largo plazo que defina roles y modelos de gestión racional, eficiente pero con un servicio presente.
- Un plan de inversiones en materia de infraestructura a cargo del Estado, que potencie las economías regionales.
- Un organismo de control, que garantice la seguridad ferroviaria, ante la mayor complejización del sistema, y con efectiva presencia de los poderes provinciales y locales.
- Un Estado prestador, que se ajuste a las reglas de gestión competitiva y de eficacia, evitando el uso de prerrogativas que distorsionen el sistema.

La tarea aún es ardua y queda mucho pendiente. El servicio ferroviario es una formidable herramienta de inclusión e igualación para el desarrollo regional.

Las nuevas reglas han dado algo más que eventos políticos coyunturales, ya que nos dejan por primera vez un sistema jurídico completo. No obstante, es el inicio y aún queda trabajar para su consolidación, con normas complementarias que expandan el sistema, y para que, como decía Alberdi, sea a través del ferrocarril que se logre el mejor de los portentos: unir y desarrollar nuestro pueblo.

Derecho administrativo y grupos desventajados

Los servicios jurídicos gratuitos de asesoramiento y patrocinio

JUAN IGNACIO AZCUNE⁽¹⁾ y VÍCTOR EMIR LAFALCE⁽²⁾



*“La política, probablemente, no pueda hacerse sin el Estado,
pero eso jamás quiere decir que el poder sea su objetivo.
Su objetivo es saber de qué es capaz lo colectivo”*
Alain Badiou

1. Introducción

El presente trabajo trata de aprehender la “selectividad”, tanto de usuarios y temáticas, que el ordenamiento jurídico promueve en la justicia contenciosa administrativa de las provincias respecto a los sectores más vulnerables, entre otras tantas, al no articular una adecuada garantía, como lo es la defensa pública en el fuero.⁽³⁾

(1) Abogado. Especialista de Derecho Administrativo y Maestreando de la Maestría en Derechos Humanos (Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP). Docente. Autor de diversos artículos de doctrina dentro de la especialidad.

(2) Abogado (UNLP). Jefe de Despacho de la Asesoría Jurídica de la Procuración General de la Nación. Alumno de la Especialización en Derecho Administrativo (UNLP).

(3) Como sostiene NIETO, ALEJANDRO, “La vocación del derecho administrativo”, en *Revista Administración Pública*, nº 76, Madrid, 1975, p. 15, ante la ausencia de garantías reales para acceder a la justicia administrativa, el derecho (si se nos permite la simplificación) invocado se transforma, en muchos casos, en un “derecho de ricos”, ya que “... el ordenamiento jurídico puede ser todo lo amplio e imparcial que se quiera; aun así, las garantías reales que ofrece

En ese sentido, se analiza la falta de una adecuada respuesta institucional del ordenamiento jurídico bonaerense en término de reconocimiento de derechos y eliminación de obstáculos en el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva de los sectores más vulnerables, de acuerdo a la conformación institucional del Ministerio Público Bonaerense, junto con otras respuestas que brindan otros actores institucionales bonaerenses.

Se aborda la situación en la que se encuentran las provincias de la República Argentina, en la materia en análisis.

A su turno se efectúa una comparación de las herramientas institucionales que en el ámbito nacional, ha implementado el Ministerio Público Fiscal y el Ministerio Público de la Defensa que, desde ya, exhibe programas, acciones y un piso normativo de calidad y con un alto potencial de desarrollo para el futuro, conforme queda plasmado en las últimas reformas de las leyes orgánicas de los citados órganos.

En definitiva, se intenta repensar un tema en estrecha vinculación con los Derechos Sociales, Económicos y Sociales (en adelante, DESC); su exigibilidad y efectividad en medio de un derecho administrativo que se desenvuelve en un Estado globalizado que, limita considerablemente la intervención estatal en la economía y demás sectores sociales; pero que, a la par, y conforme los distintos instrumentos internacionales de derechos humanos exigen mayor reconocimiento de derechos, en general y en particular, respecto de los sectores más vulnerables de la sociedad.

De esta manera, es necesario que en el derecho administrativo actual, en su vinculación con las cuestiones sociales, deba repensarse el concepto de legalidad o juridicidad, resaltando el conjunto de deberes positivos en cabeza de la administración en aras de la efectividad de los derechos de las personas, por sobre su faz limitativa de la intervención administrativa.

En ese sentido, se pretende lograr una visión crítica del derecho administrativo, lo que usualmente se oculta en nuestra disciplina: la presencia activa de valores y de implicaciones sociales e ideológicas en sus formulaciones teóricas.

son muy reducidas en razón a su selectividad. Afirmación que, de ser cierta, nos explicaría la causa de la infiltración en las leyes de preceptos que aparentemente están en contra de las clases o grupos dominantes: tales preceptos prestan a la norma una apariencia de imparcialidad y de justicia, que no es peligrosa (para ellos) al no resultar operativa”.

2. La crisis del Estado de bienestar

“Entre la inconsistencia y la consistencia de las herramientas, entre las viejas representaciones y las nuevas prácticas, se inicia la tarea del pensamiento”

Ignacio Lewkowicz

A partir de la década del 70, el Estado de bienestar entró en crisis. Los factores que conllevaron a tal situación son múltiples y su causalidad se difumina en un tiempo y espacio.

Empezó a cuestionarse el mismo fundamento de la política de bienestar, es decir, si le correspondía al Estado el mantenimiento del pleno empleo y la prestación de una serie de servicios colectivos ofrecidos al margen del mercado (como salud, educación, vivienda, pensiones, transporte, etc.), y la responsabilidad de erradicar la pobreza y promover una mayor igualdad. No solo se puso en duda que el Estado pueda procurar el bienestar de los ciudadanos, sino que deba hacerlo.⁽⁴⁾

Este proceso no solo obedeció a circunstancias económicas, como fue la caída del ritmo de crecimiento en el caso de las economías desarrolladas o la crisis en las economías de los Estados en desarrollo, el inicio de los procesos de liberalización y desregularización y, finalmente, el incremento de las relaciones internacionales para el conjunto de la economía mundial. Paralelamente, se empezó a elaborar un corpus teórico que acompañó tal transformación e impregnó un enfoque cognoscitivo que no solo daría cuenta de tales cambios, justificándole, sino que proyectaría sus efectos colonizando diversas disciplinas (derecho, economía, sociología).

El “desmantelamiento del Estado” fue el asunto preeminente en política durante la crítica década del 80 y principios del 90. En el ámbito latinoamericano dicha situación se cristalizó con el Consenso de Washington, el cual recogía una serie de recomendaciones elaboradas por el gobierno de EEUU, FMI y el Banco Mundial.⁽⁵⁾ Las mismas consistían, como reformas estructurales, en lo siguiente: disciplina fiscal, reforma tributaria, apertura a la inversión extranjera, desregulación y protección de la propiedad privada.⁽⁶⁾

(4) BELTRÁN, MIGUEL, “La burocracia y la crisis del ‘WelfareState’”, en Revista de Estudios Políticos (Nueva Época), nº 48, Madrid, 1985, p. 7.

(5) FUKUYAMA, FRANCIS, *La construcción del Estado. Hacia un nuevo orden mundial en el siglo XXI*, Bs. As., Sine Qua Non, 2005, pp. 19/20.

(6) ACEVEDES LÓPEZ, LIZA, “El desmantelamiento del Estado”, en AAVV, *El Estado y sus otros*, Libros la Araucaria, Bs. As., 2006, p. 110.

En el ámbito del derecho administrativo se produce en los 90 un cambio de paradigma al pasar la gestión pública hacia una articulación sobre un modelo de Estado regulatorio. Tal cambio se lleva a cabo bajo la idea fundante del principio de subsidiariedad.⁽⁷⁾

El avance de la tendencia neoliberal ha generado una mitificación acrítica del “Estado mínimo” y el principio de subsidiariedad, que debe ser repensado en sus justos términos.

En efecto, no debemos visualizar la gran dimensión de los aparatos estatales y su correlativa intervención asociados como dato delineante y exclusivo al Estado de bienestar, y que la actuación del Estado contemporáneo implique, lisa y llanamente, la existencia de un redimensionamiento a la mínima expresión de dichos aparatos y la correspondiente ausencia de la intervención política-administrativa en el mercado.

Por el contrario, el análisis de tales transformaciones debe pasar por dar explicación ya no tanto de la inexistencia, sino de funciones diferentes que, en la actualidad, la gestión estatal y la intervención política-administrativa de la actividad económica desempeñan en la lógica del sistema capitalista de apropiación y acumulación privada.⁽⁸⁾

El abandono de políticas sociales no resulta suficientemente idóneo para aprehender de modo cabal el fenómeno descripto en su totalidad. Tampoco, configurar la nota de subsidiariedad —como un espacio vacío de no intervención pública—; ello sería falaz. El cumplimiento de tal perfil estatal (erróneamente visualizado como un espacio anómico) requiere del cumplimiento de funciones positivas caracterizadas por la erogación de muchos recursos y no de mera abstención.⁽⁹⁾

(7) CASSAGNE, JUAN CARLOS, sostenía para ese lustro que “casi ya no se discute —por su evidencia— que el principio rector que justifica la intromisión del Estado en el plano económico y social es el de subsidiariedad. Este principio, que tiene origen en el derecho natural se encuentra en las cabezas de las grandes reformas y transformaciones que se operan en el mundo”; *La intervención administrativa*, Bs. As., AbeledoPerrot, 1994, p. 111. En similar sentido, ver DROMI, ROBERTO, *Derecho Administrativo*, Bs. As., Ciudad Argentina, 2000, p. 56, para quien el Estado debe ser garante subsidiario, excepcional y solidario ya que el Estado “intervendrá por sustitución solo cuando ellos (los ciudadanos) no cumplan con suficiencia los cometidos encaminados al bien común”.

(8) CAPELLA, JUAN R., *Ciudadanos Siervos*, Madrid, Trotta, 2005, p. 96.

(9) ABRAMOVICH, VÍCTOR; COURTIS, CHRISTIAN, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002, pp. 21/22; GARGARELLA, ROBERTO, *Carta Abierta sobre la Intolerancia. Apuntes sobre Derecho y Protesta*, Bs. As., Siglo XXI, 2006, pp. 51/52. Creemos esclarecedoras al respecto las palabras de NINO, CARLOS, *Derechos sociales y derechos de las minorías*, Miguel

Tampoco la subsidiariedad admite, en todo caso, un recorte parcial. En efecto, dicho principio se construye en un doble sentido: negativo y positivo. El principio de subsidiariedad, desde un sentido negativo, importa reconocer, las personas y grupos sociales como las organizaciones públicas y privadas, su propia iniciativa garantizando que aquello que no pueda ser realizado por ellas no lo será por otra instancia superior.

Como cara de la otra moneda, este principio admite, positivamente, la intervención de los poderes públicos asumiendo sus responsabilidades cuando estas no son ejercidas o lo son de modo insatisfactorio por las instancias correspondientes, de modo que se garanticen las condiciones de bienestar para el ejercicio de los derechos individuales y sociales.⁽¹⁰⁾

El Estado ha reformulado sus dimensiones y actividades, se ha pasado de una actividad administrativa de gestión a una actividad administrativa de regulación del sector económico de lo que no puede colegirse, como hemos señalado, de la "ausencia" a la intervención estatal.⁽¹¹⁾

Como dice Sabino Cassese, "el Estado ha aumentado sus dimensiones en su nueva función de '*marketbuilder*' como constructor del mercado mediante la regulación de la economía, más que como gestor de empresas públicas".⁽¹²⁾

Sin embargo, más interesante es preguntarse —cualquiera sea el modelo estatal (de gestión o regulación), más allá de los procedimientos, formas

Carbonell, Juan A. Cruz Parcerio, Rodolfo Vázquez (comps.), México DF, Unam, 2000, "Al evaluar esta postura de un liberalismo conservador, pueden señalarse varias confusiones. Una de ellas es suponer que el mercado es un orden espontáneo. Nada está más alejado de la verdad: en primer lugar, el orden del mercado está basado en la estructura de la propiedad que, como es obvio está establecida por leyes estatales promulgadas y aplicadas deliberadamente, las cuales convalidad ciertos actos de posesión y transferencias de bienes... En segundo lugar, esas leyes son aplicadas por tribunales y cuerpos policíacos que son sostenidos por ingresos derivados de las obligaciones positivas de pagar contribuciones. En tercer lugar, el mercado opera a través de contratos, que para poder hacer valer, también requieren leyes, tribunales, cuerpos policíacos, y contribuciones para poder pagar todas esas instituciones anteriores" [en línea] <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1658/7.pdf>

(10) ALLI ARGUREN, JUAN C., *Derecho Administrativo y globalización*, Madrid, Civitas, 2004, p. 224.

(11) RETORTILLO BAQUER, SEBASTIÁN M., "La Administración Pública en la llamada 'Crisis del Estado Social de Derecho'", en *Revista de Derecho Administrativo*, Año 12, n° 33/35, Bs. As., Depalma, 2000, p. 1/10. Como sostiene este autor "... Insisto en ello: el Estado en la ordenación económica, en parte se retira pero no cabe entender que desaparece (...) Muy por el contrario: se cambian criterios y procedimientos de actuación. Y ello de modo muy sustancial. Actuaciones, además obligado es añadir, que no siempre disminuyen... la implementación del mercado hace que, en ocasiones, las intervenciones públicas aumenten y, en todo caso, sean más intensas y penetrantes", op. cit., pp. 4/5.

(12) CASSESE, SABINO, *La Crisis del Estado*, Bs. As., AbeledoPerrot, 2003, pp. 77/78.

y sujetos existentes— si las prestaciones necesarias a fin de efectivizar los DESC se materializan de manera universal, de acuerdo con un proyecto igualitario y con un estándar de necesaria calidad. En un mundo como el actual, abierto y competitivo, los “déficit de estatalidad”⁽¹³⁾ pueden resultar más graves que en otros momentos históricos.

A la luz de lo anterior consideramos relevante que, para dar cuenta de los cambios operados, resulta indispensable, aunque de manera sucinta, abordar el estudio del Estado y por consiguiente, el del derecho administrativo a la luz de la famosa globalización.

La llamada “globalización” ha generado una mutación del ámbito público. Como sostiene Juan Ramón Capella,⁽¹⁴⁾ el poder público no puede ser analizado en los términos de soberanía y legitimación clásicos, sino que debe constituirse a partir de las consecuencias generadas de la interrelación de un soberano privado supra estatal difuso y un estado “permeable” o unas asociaciones estatales, abiertas o porosas. Ese poder, cuya titularidad es privada, tiene efectos públicos; ya que determina las políticas de los Estados. Pero esa reformulación de soberanía representa, no solo un recorte de los márgenes de acción de los entes estatales frente a esos poderes privados supra estatales, sino que afectan, profundamente, a los alcances y al ejercicio de la ciudadanía.

La consolidación de esta crisis se manifiesta por diversos factores que delinean un nuevo modelo de gestión pública y configuran un derecho administrativo diferente.

El Estado está sometido a una dialéctica contradictoria entre las teorías y fuerzas que alienan su debilitamiento o extinción y, en sentido contrario, se propugna su fortalecimiento e intervención, aunque desde una perspectiva diferente hacia situaciones sectoriales, a este fenómeno no escapa el derecho administrativo.

La globalización ha reformulado la noción del Estado nación como lógica dominante. En definitiva, somos testigos de su agotamiento.⁽¹⁵⁾

(13) MARTÍN-RETORTILLO, LORENZO, “Ausencias y Presencias del Estado”, en Revista Española de Derecho Constitucional, Año 18, nº 53, Madrid, mayo-agosto 1998, pp. 340/341.

(14) CAPELLA, JUAN R., *Fruta Prohibida. Una aproximación histórico-teórica al estudio del derecho y del Estado*, Madrid, Trotta, 2006, pp. 257/258.

(15) Como señalan LEWCKOWICZ, IGNACIO; CANTARELLI, MARIANA, *Del Fragmento a la situación*, Bs. As., Altamira, 2003: “Una lógica está activa, cuando tiene capacidad de significar lo que allí sucede,

El derecho administrativo se ha vertebrado a partir de la relación dialéctica entre un régimen exorbitante, con fundamento en el interés público y las garantías y los derechos de los ciudadanos.

Compartimos con Julio Comadira que el derecho administrativo "es algo más que un sistema de garantías del particular pues es también cauce para el mejor cumplimiento de los intereses colectivos".⁽¹⁶⁾ No se nos escapan los bolsones de autoritarismo y abuso de poder de parte de quienes, so pretexto de representar el interés público, lesionan arbitrariamente los derechos de los ciudadanos.

Ahora, desde la superficialidad de esta dicotomía, consideramos apropiado visualizarla como una mediación de derechos. En efecto, las prerrogativas encuentran su justificación en el reconocimiento de derechos.⁽¹⁷⁾ Un derecho frente a otro.

Dicha afirmación parte de la premisa de que el principio de legalidad o juridicidad administrativa, más allá del límite al accionar estatal, asume en ciertos casos un cariz invariablemente positivo, es decir, presupone realizar prestaciones positivas, de manera tal que el ejercicio de aquellas no se tornen ilusiones. En este sentido, la jurisprudencia de la Corte Nacional de Justicia⁽¹⁸⁾ y de la de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires,⁽¹⁹⁾ de manera incipiente, vienen receptando esta idea.

ahora el agotamiento no conlleva a la desaparición de sus dispositivos productores de sentido, sino que se verifica cuando los términos de la misma pierden consistencia integral".

(16) COMADIRA, JULIO R., *Elementos del Derecho Administrativo*, Bs. As., La Ley, 2005, p. 4.

(17) BALBÍN, CARLOS, *Curso de Derecho Administrativo*, T. I., Bs. As., La Ley, 2007, p. 174: "Creamos que el concepto descripto, esto es el conflicto entre el poder, por un lado, y los derechos por otro, debe mantenerse, sin perjuicio de advertir que es necesario redefinir esos elementos, es decir, la justificación del poder en términos de derechos de las personas y el alcance de esos derechos individuales, sociales y colectivos. En otras palabras, el conflicto y equilibrio entre el poder y derechos debe rescatarse, pero siendo conscientes de que el conflicto subyacente es derechos vs. derechos"; op. cit., p. 98: "La aceptación del nuevo paradigma, es decir, derechos vs. derechos, supone repensar los principios, las reglas y los institutos propios del Derecho Administrativo, según ese modelo (...) Entonces el Derecho Administrativo no debe analizarse desde el poder y sus prerrogativas sino desde los derechos fundamentales y estos últimos no como límites de aquel sino como justificación del propio poder".

(18) CSJN, "Asociación Benghalensis", 01/06/2000, Fallos 323:1339; "Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta", 18/12/2003, Fallos 326:4931; "Barria", 11/04/2006, Fallos 329:1226; "Reynoso", 16/05/2006, Fallos 329:1638; S.730.XL., "Sánchez, Norma R.", 20/12/2005, Fallos 328:4640; "Floreancig, Andrea C.", 11/07/2006, Fallos 329:2552.

(19) SCBA B-65.238, "Toledo" "S 5-11-03, "B 64942, "Y.A.K., c/ Provincia de Buenos Aires (Ministerio de Salud) s/ Amparo", S 6-10-2004, B 65493, "G.A. s/ Amparo" S 9-12-2004, B 65893 "D., R. O. contra I.O.M.A. Amparo", S 17-10-2007, etc.

El derecho administrativo tiene un nuevo reto en la defensa de los derechos humanos como nuevo paradigma de su misión histórica de proteger al ciudadano de los excesos de poder. Derechos que solo no alcanzan a los definidos por las declaraciones y las constituciones, sino a su concreción en las relaciones jurídico-administrativas, de modo que la razón principal de aquél no sea establecer sistemas de privilegios de poder y su equilibrio con los derechos de los ciudadanos, sino el medio de regularlos y garantizarlos efectivamente, como el más importante interés general al que hay que servir.

La relación jurídica, instrumentalizada por el derecho administrativo entre los ciudadanos y el Estado, debe articularse sobre la base del "principio de autonomía, por el cual las personas puedan ser capaces de elegir libremente las condiciones de su propio proyecto de vida y, por otro, que el gobierno democrático —el Estado— deba ser un gobierno que mantiene un poder legalmente circunscripto.⁽²⁰⁾

Sin embargo, no puede desligarse del principio de autonomía con la satisfacción de las necesidades básicas.⁽²¹⁾ Es decir, no puede abordarse este principio sin reconocer la existencia de desigualdades estructurales que afectan (simbólicas, económicas, sociales) a los ciudadanos presentes en la sociedad.⁽²²⁾

La pobreza importa la materialización de una compleja gama de privaciones y, como menciona Amayra Sen, afectan "las capacidades con que cuenta una persona, es decir, las libertades sustantivas que le permitan disfrutar un tipo de vida valioso para él o para ella".⁽²³⁾

En una sociedad desigual, con altísimos grados de marginalidad y exclusión, resulta imperioso analizar dicha situación y sus efectos (activos u

(20) HELD, ROBERT, *La democracia en la era global*, Barcelona, Paidós, 1997, pp. 96/97. Este autor, en la p. 183 del mismo libro sostiene: "Allí donde las relaciones de poder generan asimetrías sistémicas de perspectivas de vida, se puede crear una situación 'nautonómica'. La 'nautonomía' se refiere a la producción y la distribución asimétricas de perspectivas de vida que limitan y erosionan las posibilidades de participación política".

(21) NINO, CARLOS S., "Autonomía y Necesidades Básicas", en *Doxa: Cuadernos de Filosofía*, nº 7, 1990, p. 21, [en línea] http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01371630233495944102257/cuaderno7/doxa7_01.pdf

(22) "El principio de autonomía personal sirve para determinar el contenido de los derechos individuales básicos, ya que de él se desprende cuáles son los bienes que esos derechos protegen. Tales bienes son las condiciones necesarias para la elección y materialización de ideales personales y los planes de vida basados en ellos: la vida psicobiológica, la integridad corporal y psíquica (...) la libertad de acceso a recursos materiales,...", CARLOS, NINO S., *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Bs. As., Astrea, 2005, p. 167.

(23) SEN, AMAYRTA, *Libertad y Desarrollo*, Bs. As., Planeta, 2000, cit. por Carreño Bustamante, María Bustamante y Aristazabal Botero, Mónica, *Pobreza y Derechos Fundamentales*, Colombia, Estudios De Derecho, vol. LXIII fasc.: 1, p. 34.

omisivos) desde una perspectiva jurídica,⁽²⁴⁾ específicamente desde el derecho —administrativo y constitucional— sin prescindir de las otras. Y, con esto, debemos enfatizar nuestra oposición a reducir los problemas de la pobreza dentro del ámbito político, exclusivamente.⁽²⁵⁾ Esta problemática tiene fundamentos jurídicos también y es necesario recrear las posibilidades emancipatorias del derecho, de modo que, como sostiene Gustavo Maurino, los operadores puedan “asumir cabalmente la responsabilidad de reconstruir, mediante la argumentación, la crítica y el diálogo, un mejor entendimiento para nuestra Constitución, leyes e instituciones; uno que contribuya a reducir las injusticias y fomentar lo que tiene de valioso nuestro sistema jurídico. La legitimidad política también se construye dentro de la práctica institucional”.⁽²⁶⁾

El tema del acceso de la justicia administrativa está estrechamente vinculado a los debates respecto a la re-racionalización del Estado prestacional,⁽²⁷⁾ producto del cambio de sus tareas y funciones ante nuevos intereses o derechos, y con esto, una mayor e intensa complejidad de los asuntos jurídicos, en donde se configuran nuevos conflictos pluridimensionales. Según Christian Pielow obedece a dos factores concomitantes: la pérdida de influencia o erosión del contencioso administrativo —que resulta especialmente de los procesos de privatización, liberalización, economización e informalización de las tareas y actuaciones administrativas a nivel nacional— y el aumento de la influencia de los ordenamientos supra nacionales, que amplían el acceso de la justicia del ciudadano para el control objetivo del cumplimiento de las normas internacionales.⁽²⁸⁾

(24) VILHENA VIEIRA, OSCAR, “La desigualdad y la subversión del Estado de Derecho”, en Revista Sur. *Revista Internacional de Derechos Humanos*, año 4, nº 6, 2007, p. 29, [en línea] www.sur-journal.org: “El principal argumento presentado aquí es el de la exclusión social y económica, derivado de niveles extremos y persistentes de desigualdad, que aniquila la imparcialidad legal, ocasionando la invisibilidad de los extremadamente pobres, la demonización de los que cuestionan el sistema, y la inmunidad de los privilegiados, ante los ojos de los individuos y de las instituciones. Sintetizando, la desigualdad social extrema y persistente erosiona la reciprocidad, tanto en el sentido de las ventajas mutuas como en la moral, deteriorando la integridad del Estado de derecho”.

(25) MAURINO, GUSTAVO, “Pobreza, Constitución y Democracia: Aportes desde la autonomía personal”, en AAVV, *Teoría y Crítica de Derecho Constitucional*, t. II, Bs. As., AbeledoPerrot, 2008, p. 877.

(26) *Ibid.*, p. 878.

(27) “El acceso a la justicia administrativa en Alemania”, en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, UBA, 2004-2005, p. 16.

(28) PIELOW, CHRISTIAN, *op. cit.*, p. 50.

Estos fenómenos coetáneos —menos Estado y mayor exigibilidad— se articulan en nuestro país y en América Latina en general, sobre una sociedad con una profunda exclusión social,⁽²⁹⁾ que algunos gobiernos han disminuido; ya sea que esto se considere causa o consecuencia de una u otra variable, ciertamente deben tenerse presente.

3. La teoría de los derechos humanos y sus garantías

“La teoría como tal es un hacer, el intento siempre incierto de realizar el proyecto de una elucidación del mundo”
Cornelius Castoriadis

La conceptualización de los derechos humanos no resulta unívoca.⁽³⁰⁾ En este sentido, consideramos que la noción de derechos humanos se vincula, estructuralmente, con la dignidad de la persona frente al Estado.

Un aspecto vital de los derechos humanos es el referido a las garantías (o su ausencia) entendiendo a estas, en un sentido amplio, como mecanismos o técnicas de tutela de los derechos a fin de asegurar su efectividad.⁽³¹⁾

Es necesario recabar de qué manera un derecho puede mostrarse, en el ordenamiento, resistente frente a otros poderes por intermedio o en ocasión de aquellos mecanismos de protección, que son las garantías.

Adscribimos a la clasificación de Luigi Ferrajoli,⁽³²⁾ en cuanto a su **alcance**, a reconocer entre garantías primarias, es decir, aquellas que consisten en expectativas negativas o positivas a las que corresponden obligaciones (de prestación) o prohibiciones (de lesión) y secundarias, referidas a las obligaciones de reparar o sancionar judicialmente las lesiones de derechos, es decir, de las garantías primarias.

(29) La región latinoamericana y la Argentina, en particular, presentan una deficiencia considerable en la construcción de ciudadanía económica y social, producto de la combinación de altos niveles de pobreza y una gran desigualdad en la distribución del ingreso. Ampliar, en el informe del CEPAL, “Instituciones de la política social: objetivos, principios y atributos”, Naciones Unidas, Santiago de Chile, 2006, pp. 5/37.

(30) SWINARSKI, CHRISTOPHE, “Las relaciones entre el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos”, en *Estudios Básicos II*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1995.

(31) ABRAMOVICH, VÍCTOR; COURTIS, CHRISTIAN, *El umbral de la ciudadanía. El significado de los derechos sociales en el Estado Social Constitucional*, Bs. As., Estudios del Puerto, 2006, p. 65.

(32) *Ibid.*, p. 43.

Conforme a los **sujetos responsables**, podemos distinguir aquellas garantías institucionales y extra institucionales. Las garantías institucionales son aquellos mecanismos de protección de los derechos encomendados a los poderes públicos. Estas, a su vez, pueden dividirse en **políticas** —Poder Ejecutivo y Legislativo— **semipolíticas** —confiados órganos extrapoder que pueden recibir denuncias y cuya función, básicamente, es de control político (por ejemplo: Defensor del Pueblo—; y **jurisdiccionales** —confiadas a tribunales independientes de los órganos políticos y de ejercicio de algún tipo de sanción—).⁽³³⁾

Tal esfuerzo se dirige a disipar la temática y a evitar la constante simplificación con que se aborda, a nuestro entender, los DESC. Al hacerlo, nuestra intención es desactivar la idea, recurrente por cierto, de reducir su problemática solo en relación a su justiciabilidad (lo cual facilita una visión menos escéptica sobre ella). En efecto, el campo propicio para la efectivización de los DESC es poliédrico, por cuanto deben y pueden intervenir múltiples órganos (administrativos, legislativos, defensores del pueblo) en diferentes instancias (municipal, provincial, nacional, supra estatal). Una vez aceptado que la jurisdiccional no puede ser ni la única ni la principal vía de satisfacción de los DESC, será factible demostrar, de manera coherente, que es una vía posible y conveniente de protección.⁽³⁴⁾

El garantismo en un plano normativo es clave para la construcción de un nuevo constitucionalismo, en tanto le corresponde la elaboración y la implementación de las garantías idóneas para asegurar el máximo grado de efectividad de los derechos humanos, en el marco de un esquema de democracia constitucional cuyo paradigma debe ser extendido en una triple dirección: garantizar todos los derechos, no solo los de la libertad, sino también los sociales; frente a todos los poderes, no solo los públicos, sino también frente a los poderes privados; por último, a todos los niveles, no solo en el derecho estatal, sino también internacional.⁽³⁵⁾

Entendemos que el Ministerio Público de la Defensa (en adelante, MPD) constituye una garantía de tipo secundaria (alcance) y jurisdiccional (sujeto,

(33) PISARELLO, GERARDO, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Madrid, Trotta, 2007, p. 112.

(34) *Ibid.* pp. 111/114.

(35) FERRAJOLI, LUIGI, "Sobre los Derechos Fundamentales", en *Cuestiones de Derecho Constitucional*, nº 15, julio-diciembre 2006, México DF, UNAM, pp. 115/116 [en línea] <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/15/ard/ard5.htm>

aunque no sea estrictamente el Poder Judicial, su funcionamiento se inscribe en ese campo de actuación). Una garantía más concurrente con otras que, a nuestro entender —se encuentra mal constituida y, como tal, priva a miles de bonaerense a una protección adecuada frente a la violación de sus DESC, como otras; por ejemplo: el Defensor del Pueblo—, ya sea por acción o u omisión.⁽³⁶⁾

De tal modo, no puede resultar irrelevante considerar a la misma en su idoneidad instrumental a fin de sancionar ante el Fuero Contencioso Administrativo, las violaciones o faltas en tornos a derechos económicos, sociales y culturales.

Cuando hablamos del MPD como una garantía debemos evitar una lectura constitucional que caiga en el fetiche de un estrecho positivismo,⁽³⁷⁾ ya que como sostiene Susana Cayuso dicha conceptualización: “es multidimensional por encontrarse siempre en relación con otros elementos del sistema. Tal relación se concreta, en términos genéricos, con los bienes, principios y valores constitucionalmente protegidos y, por ende, necesariamente garantizados de algún modo”.⁽³⁸⁾

(36) “Desde esta perspectiva, entendemos que las defensorías públicas y las asesorías tutelares se encuentran en un lugar central para garantizar la apertura de canales más efectivos de acceso a la justicia. Si bien es cierto que estas dependencias no son las únicas que integran la red de servicios jurídicos provistos a tal fin, sus características institucionales (autonomía, recursos, etc.) hacen que puedan convertirse en actores estratégicos con capacidad para promover nuevas formas de intervención judicial y administrativa, que mejoren las posibilidades de reclamo”. CELS, *Informe 2008*, Capítulo VIII: El acceso a la justicia y el papel de la Defensa Pública en la promoción de derechos sociales. Una mirada sobre el derecho a la vivienda en la ciudad de Buenos Aires, Bs. As., p. 328.

(37) “De la pasividad del Estado liberal (pretendidamente de Derecho) a la promoción integral del hombre en sociedad, postulada por el Estado democrático y social de Derecho, del tránsito de un Estado de sujetos a un Estado de ciudadanos, se deduce la falsedad metodológica del positivismo jurídico. En efecto, el positivismo empobrece aceleradamente al Derecho al grado de ya poder hablarse de una ciencia jurídica sin Derecho; dicho método, al convertir a la ciencia jurídica en una mera técnica descriptiva de relaciones formales preexistentes, se traduce en una pasiva aceptación de los desequilibrios socio-económicos expresados en las normas, en un renunciamiento de principio a todo enfoque crítico del Derecho público vigente. En definitiva, históricamente, el positivismo se presenta como la manifestación metodológico-jurídica típica del capitalismo del siglo XIX. En efecto, Estado y sociedad en el siglo XIX, son presentados como dos realidades antagonicas y particularmente el pueblo, exterior al poder, es solo un elemento del Estado). La fuerza, la dominación de la minoría, exigen la pasividad del Estado, la renuncia a una promoción integral del hombre, que implicaría, necesariamente, la quiebra del poder confiscado y la destrucción de la organización socio-económica de la que este deriva”; conforme CORTINAS PELÁEZ, LEÓN, “Estado Democrático y Administración Prestacional”, en *Revista de Administración Pública*, nº 67, Madrid, 1972.

(38) CAYUSO, SUSANA, en JA 2004, T III, p.936

Del plexo de la Constitución Bonaerense se desprende la consagración, a partir de un lectura integral, de un Estado social y democrático de derecho “donde el control de legalidad debe estar acompañado de la efectividad de los deberes de acción positiva del Estado provincial y de la protección de los derechos que de esta acción resultan, transformando así, los contornos y funciones de la Administración Pública provincial”.⁽³⁹⁾ Específicamente, la de asegurar, ya no solo al Poder Judicial, sino a todo el Estado, la tutela judicial y administrativa efectiva, mediante la asistencia letrada gratuita (este tema lo desarrollaremos más adelante), conforme lo prescribe el art. 15 de la Carta Magna local.

4. La nueva justicia contencioso administrativa de la provincia de Buenos Aires. Notas estructurales

*“No podemos conocer una realidad social sino participamos,
a la vez, en su formación”*
Herman Heller

Hasta 1994, conforme lo preceptuaba el art. 149, inc. 3 de la Constitución Provincial entonces vigente, las cuestiones procesales administrativas recaían en el Máximo Tribunal de la provincia, quien en forma originaria resolvía, en su sede ubicada en la ciudad de La Plata, todos los conflictos entre los particulares y la Administración provincial y los municipios de la provincia.

La ley procesal utilizada por la Suprema Corte de Justicia provincial, desde principios de siglo, fue el denominado Código “Varela”. Esta norma procesal establecía un modelo de justicia administrativa limitado al acto más que un fuero especializado en la decisión de controversias regidas por una rama específica del derecho público.⁽⁴⁰⁾

La llamada “justicia contencioso administrativa” en la provincia de Buenos Aires, a partir de la Reforma constitucional de 1994, sufrió una modificación estructural⁽⁴¹⁾ que afectó sus características más arraigadas. Como

(39) CABRAL, PABLO, “La justicia administrativa como herramienta constitucional de control del sistema político-administrativo”, en JA 2004-IV-1281.

(40) BOTASSI, CARLOS, “El nuevo proceso administrativo bonaerense”, en RAP, n° 205, p. 9.

(41) Art. 15, 166, 215 de la Constitución de la provincia de Buenos Aires.

sostiene el Dr. Osvaldo H. Bezzí: "se montó un moderno sistema de justicia administrativa, una configuración técnica del proceso administrativo sobre la base de la igualdad procesal de las partes, cuyo eje es el acceso a la tutela judicial efectiva".⁽⁴²⁾

Esto implicó a la sazón un cambio paradigmático de la justicia administrativa al estructurar órganos jurisdiccionales descentralizados y especializados. Pero esta lectura sería incompleta si no señalamos que la Reforma modificó además, la concepción del contencioso, desde un criterio objetivo, fincado en la revisión de actos administrativos; a uno centrado en el caso y abierto a la articulación de pretensiones múltiples a instancia de las partes.⁽⁴³⁾

La demora en la implementación y materialización del fuero, de casi nueve años, por el Poder Ejecutivo Provincial, generó la falta de funcionamiento del fuero y un deterioro estructural y sostenido en el tiempo de los derechos y garantías esenciales de los habitantes de la provincia.

Este comportamiento recurrente del poder político bonaerense, que necesariamente debe vincularse con otros —como el caso de la falta de un Ministerio Público de la Defensa en el fuero— redunda en su persistente evasión a todo control y juzgamiento.⁽⁴⁴⁾

Ahora, las razones de especialización del fuero no fueron suficientes para la constitución de un Ministerio Público acoplado a esta matriz disciplinaria.

En efecto, no solo debemos entender que no puede existir, derecho sin juez,⁽⁴⁵⁾ (de ahí, al margen de la simplificación, una de las razones o

(42) *Anales Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, La Plata, UNLP, 2005, p. 82.

(43) SORIA, DANIEL, "Situación actual del control judicial de la administración y del enjuiciamiento de los casos administrativos en la Provincia de Buenos Aires", en *Revista de Derecho Administrativo*, Bs. As., n° 16, p. 495.

(44) Sobre dicha cuestión se escribieron "ríos de tinta". Su implementación, fue finalmente posible a consecuencia de una decisión judicial de la Suprema Corte Provincial en "Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires", en JA 2003-II-152. Sin perjuicio de ello, no se llevó a cabo la misma sin antes admitir una serie de modificaciones en algunos casos bastante lamentables a partir de la ley 13.101 (por ejemplo: la supresión de la pretensión prestacional, Art. 12.; el agotamiento de la vía, art. 14, etc.). Tampoco debemos olvidar la falta de puesta en funcionamiento en nuestra Provincia del Defensor del Pueblo (art. 55 de la Constitución provincial) y sus lamentables consecuencias ampliar en ponencia presentada por AZCUNE JUAN; RIZZI, GUILLERMO, IV Congreso Asociación Bonaerense de Derecho Administrativo, diciembre de 2007).

(45) GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, *Democracia, Jueces y Control de la Administración*, Madrid, Civitas, 2005, p. 140.

presupuestos estructurales para el rediseño del fuero contencioso), sino que tampoco puede existir dicho derecho sin aquellos mecanismos institucionales debidamente especializados —aparte de los jurisdiccionales— que garanticen la tutela judicial efectiva para las personas de menores recursos.

5. Justicia administrativa y tutela judicial efectiva en las provincias argentinas

El panorama de distintas provincias argentinas, en cuanto a la tutela judicial efectiva de los sectores más vulnerables en el fuero contencioso administrativo, se revela incluso en una situación desventajosa en comparación al de la provincia de Buenos Aires.

En efecto, en las provincias de Catamarca, Formosa, La Pampa, La Rioja, Mendoza, Santa Cruz, Santa Fe y San Luis, Misiones, y Salta⁽⁴⁶⁾ se mantienen sistemas de justicia administrativa concentrados en los Superiores Tribunales de Justicia Provinciales, edificados sobre una concepción del contencioso basado en la revisión de actos administrativos, sin reconocer otro tipo de pretensiones que sirvan de vehículo para el reclamo o reconocimiento de los derechos humanos.

En síntesis, en contraste con la provincia de Buenos Aires, dichas provincias se encuentran un tanto retrasadas a la hora de introducir a los canales jurisdiccionales los reclamos de los justiciables, lo cual se agudiza en el caso de los sectores socioeconómicos más vulnerables.

6. El Ministerio Público Fiscal y Ministerio Público de la Defensa de la Nación en la defensa de los derechos humanos

A diferencia del marco descripto en los ordenamientos normativos provinciales, tanto el Ministerio Público Fiscal como el Ministerio Público de la Defensa, en el ámbito nacional, dan muestra de una institucionalidad, de programas y acciones concretas enderezadas a la exigibilidad del acceso a la justicia de los sectores más vulnerables.

En ese sentido, el proceso descripto se ha acentuado con la reciente reforma de las leyes orgánicas, tanto del Ministerio Público Fiscal (ley 27.148) como de la Defensa (ley 27.149).

(46) SALDI, EMANUEL, "Situación actual de la organización judicial en materia procesal administrativa en la Argentina" [en línea] <http://dpicuantico.com/2014/05/13/diario-administrativo-nro-17-13-05-2014/>

Sin embargo, con anterioridad a dichas reformas legislativas, durante 2014, la Procuración General de la Nación implementó al Programa de Acceso Comunitario a la Justicia mediante la resolución 316/2014 PGN, cuya finalidad es facilitar, mediante el acercamiento efectivo a las realidades complejas de los sectores vulnerables, el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad y su participación en el sistema de administración judicial, removiendo, de esta manera, los obstáculos que enfrenta ese universo de personas a la hora del reconocimiento de sus derechos en el ámbito judicial.

En ese sentido, el programa se complementa con las "Agencias Territoriales de Acceso a la Justicia (Atajo)" en las principales villas de emergencia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Villa 21, 24 Barracas, Villa 31 Retiro, Villa 1, 11, 14 Flores, Barrio Mitre, Saavedra, y Villa 20 de Lugano) que se encargarán de recibir y derivar denuncias, evacuar consultas, brindar acceso a la información judicial, facilitar la resolución alternativa de conflictos, generar mecanismos de prevención de delitos y desarrollar acciones de promoción de derechos para fortalecer los vínculos comunitarios y consolidar los canales de comunicación entre el Ministerio Público Fiscal y la comunidad.⁽⁴⁷⁾

Recientemente el Ministerio Público Fiscal y el Ministerio Público de la Defensa han dado un salto de calidad, en tanto han sido modificadas sus respectivas leyes orgánicas, incorporando una mirada que, más allá del rol clásico de impulso de la acción penal pública o la defensa en materia penal, contempla un rol activo en la protección de los derechos humanos en su integridad.

En ese sentido la nueva ley 27.148 (publicada el 18/06/2015) del Ministerio Público Fiscal prevé en su art. 1º:

El Ministerio Público Fiscal de la Nación es el órgano encargado de promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y los intereses generales de la sociedad. En especial tiene por misión velar por la efectiva vigencia de la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales de derechos humanos en los que la República sea parte y procurar el acceso de todos los habitantes.

Asimismo, entre los deberes del Ministerio Público Fiscal, tiene un rol activo la intervención en los conflictos en los que se encuentren afectados intereses difusos o colectivos.

(47) [En línea] <https://www.mpf.gob.ar/atajo/atajos>

En el mismo sentido, la reforma introducida por la ley 27.149 orgánica del Ministerio Público de la Defensa, la Defensa Pública ve fortalecido su rol en la defensa de los restantes derechos humanos, más allá del derecho penal; en ese sentido, establece en su art. 1º:

El Ministerio Público de la Defensa es una institución de defensa y protección de derechos humanos que garantiza el acceso a la justicia y la asistencia jurídica integral, en casos individuales y colectivos, de acuerdo a los principios, funciones y previsiones establecidas en la presente ley. Promueve toda medida tendiente a la protección y defensa de los derechos fundamentales de las personas, en especial de quienes se encuentren en situación de vulnerabilidad.

También hace referencia a la tutela de derechos humanos y del acceso a la justicia “en casos individuales y colectivos”. La ley determina específicamente como deber y atribución del Defensor General de la Nación: “Impulsar mecanismos de protección colectiva de derechos humanos, sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 86 de la Constitución Nacional” (art. 35, inc. b).

En la misma línea, el art. 42 de la norma establece como deberes y atribuciones de los defensores públicos oficiales las siguientes:

- i. “Desplegar acciones de abordaje territorial y relevamiento de demandas individuales y colectivas, si las características de la problemática o la situación de vulnerabilidad las exigieren, para la optimización de la prestación del servicio” (inc. m);
- ii. “Promover la defensa y protección de los derechos económicos, sociales y culturales mediante acciones judiciales y extrajudiciales, de carácter individual o colectivo” (inc. o); y
- iii. “Actuar en coordinación con la Defensoría General de la Nación en la representación de intereses colectivos o difusos” (inc. r).

En suma, los programas establecidos y las recientes reformas legales en el ámbito del Ministerio Público Fiscal y el Ministerio Público de la Defensa en el ámbito nacional, dan cuenta de una institucionalidad normativa, en el sentido que propugnamos, reconociendo herramientas y corriendo obstáculos en el acceso a la justicia de los sectores vulnerables, con mayor relevancia, en tanto dichos avances contemplan los procesos donde están involucrados derechos de incidencia colectiva.

7. La tutela judicial efectiva y la posibilidad económica de alcanzar los servicios jurídicos de asesoramiento y patrocinio⁽⁴⁸⁾

Como sostuvimos anteriormente la proyección del fuero contencioso administrativo de la provincia de Buenos Aires se sustentó con el objeto de garantizar la tutela judicial efectiva.

El derecho a la tutela jurisdiccional nace desde el momento en que los ciudadanos delegan en el Estado la potestad de componer los conflictos que surgen en el seno social renunciando de esa manera al “método” de la justicia por mano propia.⁽⁴⁹⁾ Cumple con una función de garantía de los demás derechos fundamentales y del ordenamiento jurídico, en su conjunto. Vincula al Estado a un deber positivo,⁽⁵⁰⁾ que es el de brindar en forma óptima la prestación del servicio de justicia.

Nos hallamos ante el derecho fundamental que reúne o condensa el sentido cautelar, garantista o tutelar de todo el sistema jurídico, “de modo que las proclamaciones o declaraciones de derechos no queden en los libros sino, por el contrario lleguen a ser realidad”.⁽⁵¹⁾

La tutela judicial efectiva se constituye en la piedra angular del Estado de derecho, toda vez que su negación importa desmantelar la efectividad de los derechos reconocidos por el ordenamiento. Se asienta en la pretensión y necesidad de optimizar la aplicación de una justicia que también debe y pretende ser razonada y razonable, sobre la base de una norma jurídica preexistente, conocida, pública e igual para todos.

(48) Sobre esta problemática, ampliar en FERNÁNDEZ, EDUARDO A., “El costo del proceso y el acceso a la justicia”, en ED 177-1033; RAGO, CARLOS A., “El acceso a la justicia en nuestra época”, en JA 1998-IV-901; MORELLO, AUGUSTO M., “Las nuevas exigencias de tutela (experiencias y alternativas para repensar la política procesal y asegurar la eficacia del servicio)”, en ED, *passim*; “Privación efectiva de justicia. Intento de ampliar su campo de acción”, en ED, 13/11/2000 y “Pobreza y Derecho”, en ED 193-819; CAPELLETTI, MAURO, “Acceso a la justicia. Conclusiones de un Proyecto Internacional de Investigación Jurídico Sociológico”, Juan C. Hitters (trad.), p. 810 y MONTICELLI, FERNANDO A., “Acceso a la justicia para los carentes de recursos económicos”, en Revista del Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires nº 61, p. 11.

(49) ROSALES CUELLO, RAMIRO, “Debido Proceso, arbitrariedad y tribunal intermedio”, en JA 2003-IV-1139.

(50) BUSTAMANTE ALARCÓN, REYNALDO, *Derechos Fundamentales y Proceso Justo*, Lima, Ara Editores, 2001, p. 269.

(51) CEA EGAÑA, JOSÉ L., “Derecho a la Jurisdicción y Debido Proceso”, en Revista de Estudios Constitucionales, año 2, nº 1, Santiago de Chile, Universidad de Talca, 2004, p. 101.

Este derecho tiene tanto un carácter instrumental como sustantivo. En efecto, dichas características no se contradicen en absoluto ya que importa el reconocimiento a favor del ciudadano de obtener no solo el acceso a un proceso o procedimiento cualquiera sino que este sea, además, justo. La tutela debe ser efectiva y diferenciada.

La efectividad, fundamentalmente, se operativiza a través de la exigencia de que el proceso se inicie, desarrolle y concluya no solo de conformidad con las formalidades procesales esenciales, sino, también, con aquellas otras exigencias del valor justicia que ayuden a delimitar, en cada caso concreto, si la substanciación del proceso como de las normas que lo regulen han sido compatibles con un proceso justo.⁽⁵²⁾

Esta nueva configuración de este principio amplía la noción tradicional de la garantía de defensa en juicio con proyección en el ámbito del procedimiento administrativo en tres aspectos capitales: eliminar de las trabas que impidan el acceso al proceso; impedir que queden ámbitos de la actividad administrativa inmunes al control judicial; y acceder al ejercicio pleno de la jurisdicción.⁽⁵³⁾

En ese sentido, cabe señalar que, en materia de tutela administrativa efectiva de los sectores más vulnerables, resta mucho por avanzar en el ámbito bonaerense, tal es así que el actual decreto-ley 7647/70 que regula el procedimiento administrativo no establece que en las notificaciones se deba informar las vías recursivas, sumado a ello el problema se agrava dado las carencias informativas que derivan en la firmeza de los actos administrativos. Asimismo, es deseable que se instaure un sistema de asistencia letrada en sede administrativa para los sectores más vulnerables, de modo de afrontar mejor el curso del procedimiento disminuyendo las posibilidades de pérdida de derechos básicos. De todos modos, es auspicioso resaltar que estas modificaciones han encontrado recepción en algunos proyectos legislativos que dan cuenta de estas propuestas.

El justiciable no tiene un derecho a que el juez le conceda la razón a sus pretensiones sino a que ambas partes vean satisfecho su derecho a la jurisdicción con la sentencia justa, aunque a una de ellas le sea rechazada su pretensión material.

(52) BUSTAMANTE ALARCÓN, REYNALDO, op. cit., p. 270.

(53) CASSAGNE, JUAN CARLOS, "La tutela judicial efectiva. Su incompatibilidad del dogma revisor y el agotamiento de la vía administrativa", en Revista de Derecho Administrativa, n° 32, p. 527.

En la actualidad, el cambio de paradigma que afecta al principio de juridicidad, en el moderno Estado de derecho, no solo afecta a la matriz disciplinar del derecho administrativo, sino que irradia sus efectos a todo el ordenamiento jurídico, replanteando las claves de su interpretación a través de nuevas jurisdicciones y derechos supranacionales.

Después de la Reforma de 1994 se introdujeron, con jerarquía constitucional, una serie de tratados de derechos humanos que consagran, no solo el derecho de acceder a los tribunales, sino que también cumplen una serie de garantías para el cumplimiento regular del servicio de justicia.⁽⁵⁴⁾

Con acierto la provincia de Buenos Aires consagró expresamente la tutela judicial efectiva en el art. 15 de la Constitución local.

La Constitución local queda a la altura de los más modernos textos legales,⁽⁵⁵⁾ al constitucionalizar no solo el derecho a la jurisdicción si todas las garantías instrumentales necesarias para obtener un buen servicio de justicia.

La temática abordada se atribuye exclusivamente a la esfera del poder judicial. Sin embargo el acceso debe ser garantizado "por todos los poderes del Estado, tanto para acceder a respuestas participativas en nuestras legislaturas, como al requerir con interés, aún el de simple habitante, ante las administraciones públicas".⁽⁵⁶⁾

El principal condicionante social que altera el acceso a la justicia es la imposibilidad del afectado de costear los gastos que acarrea iniciar una acción judicial. A esos efectos es fundamental garantizar la existencia de un servicio de asistencia jurídica gratuita y la eliminación de los costos del proceso.

Al margen de la constitución de las defensorías existen otros canales que tratan de dar respuesta a la situación de indefensión jurídica de los sectores sociales de escasos recursos económicos. En sus comienzos

(54) Arts. 10 DUDH; 14.1 PIDCP y 8º y 25 CADH.

(55) Art. 19 de la Constitución de Bonn, art. 24.1 de la Constitución Española, art. 107 Convenio Europeo de Derechos Humanos. En el derecho comunitario europeo ver MARTÍ MINGARRO, Luis, "Constitución Europea y Derecho de Defensa en el umbral del Proceso", *Anales*, n° 35, Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 2005 y en el derecho anglosajón, TOLLER, FERNANDO, "El Moderno Derecho a la Tutela Judicial Efectiva", en *Derecho Administrativo*, LexisNexis, n° 45, 2003, pp. 569/573.

(56) ANDIREU, MÓNICA; HERRERO, DUCLUOX, JUAN J., "Acceso a la Justicia. Derechos Humanos y realidad", en *Anales, Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, año 4, n° 37, La Plata, UNLP, 2006, p. 302.

se caracterizó como una actividad caritativa de los abogados que, sin obligación legal de representar a los más carenciados, los patrocinaban gratuitamente.

A partir de la organización de los colegios profesionales, esta actividad paso a formar parte de la obligación de los abogados matriculados, quienes deben patrocinar a las personas sin recursos económicos.⁽⁵⁷⁾

Los abogados en ejercicio privado de la profesión: las leyes⁽⁵⁸⁾ que organizan el ejercicio de la profesión establecen como deber del abogado en el ejercicio de su oficio, asesorar a los declarados pobres en los casos que determina la ley, como también atender en los propios consultorios gratuitos de los colegios de abogados, en la forma que establezca el reglamento interno.⁽⁵⁹⁾

En el ámbito provincial los organismos administrativos que cumplen función de asesoramiento son la Secretaría de Trabajo, la Secretaría de Política Ambiental, la Secretaría del Menor y la Familia. Su labor de asistencia jurídica se limita a la temática que engloba su competencia como órganos de la Administración Pública. También debemos mencionar que existen como política de extensión de algunas facultades de derecho, consultorios jurídicos distribuidos en barrios carenciados.

Asimismo existen organizaciones no gubernamentales (ONG) que prestan servicio de asesoramiento en ciertos campos específicos como los derechos humanos, los derechos de los consumidores, ambientales, etc.

(57) Los consultorios gratuitos de los Colegios de Abogados: la Ley de Ejercicio y Reglamentación de la Profesión de Abogado y Procurador establece en su capítulo III del segundo título que cada colegio departamental contará con un consultorio de asistencia jurídica para pobres, pudiendo incorporarse a los mismos como practicantes los estudiantes de derecho que lo soliciten, previa aceptación del Consejo Directivo (La ley 5177, sancionada el 28/10/1947 y publicada en BO, 13/11/1947, arts. 22 y 23).

(58) El art. 59 de la ley 5177 establece como obligación del abogado patrocinar o representar a los declarados pobres en los casos que la ley determina, y atender el consultorio gratuito del Colegio en la forma que establezca el reglamento interno.

(59) Asimismo, el art. 89 de la ley 5177 regula la asistencia que deben prestar en forma gratuita los procuradores, disponiendo: "es obligación de los procuradores: representar gratuitamente a los declarados pobres en los casos y modos previstos por la ley". El art. 114 dispone: "toda persona que haya obtenido a su favor declaratoria de pobreza en los casos en que medio resolución judicial fundada que así lo declare, tiene derecho a apoderar al procurador que resulte sorteado de la lista de inscriptos en la matrícula del tribunal donde se encuentre radicado o deba radicarse el juicio y al patrocinio de letrado en los casos en que la ley lo exija, todo ello gratuitamente; con cargo de satisfacer los honorarios que se regulen a los profesionales que interviniessen en su favor, cuando llegare a mejorar de fortuna".

En cuanto a los costos ocasionados en toda actuación judicial, estos pueden ser salvados mediante la solicitud del beneficio de litigar sin gastos previsto en el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires.⁽⁶⁰⁾ A efectos de gozar del beneficio, la persona carente de recursos deberá, mediante un procedimiento previo e incidental, justificar la imposibilidad de afrontar los gastos del proceso.⁽⁶¹⁾

Visto, sucintamente, el esquema que propone el ordenamiento provincial creemos que resulta necesario —al margen de algunas críticas atinentes a su efectividad particular— pero insuficiente. Lo cierto es que dicho modelo, a nuestro entender, no resulta problematizado con profundidad por parte los diversos sectores involucrados, ya que reproduce para el sistema un conjuro solamente nominal de lo que no hace: eliminar la indefensión de los sectores más vulnerables.

En palabras de Carlos María Cárcova, el sistema de defensa pública provincial, al igual que el derecho en general, adopta una función conservadora y renovadora, ya que "... Al ocultar, al disimular, establece al mismo tiempo el espacio de una confrontación. Cuando promete igualdad ocultando la efectiva desigualdad, instala además un lugar para el reclamo por la igualdad".⁽⁶²⁾

Dicha crítica que, posiblemente, resulte injusta frente a ciertos logros loables, resulta más acuciante cuando se aplica al fuero contencioso administrativo.

Y es que por intermedio de este fuero se instrumentaría, especialmente, la consolidación de las técnicas de garantías para la exigibilidad de los derechos sociales, económicos y culturales de los habitantes de la provincia de Buenos Aires, en particular, y de otros derechos en general. Y este silencio

(60) El Código Procesal Civil y Comercial regula el beneficio de litigar en el Capítulo VI del Título II del Libro I (arts. 78 a 86). El art. 78 dispone: "los que carecieren de recursos podrán solicitar antes de presentar la demanda o en cualquier estado del proceso, la concesión del beneficio de litigar sin gastos, con arreglo a las disposiciones contenidas en este capítulo".

(61) RODRÍGUEZ FOX, ALBERTO, "Litigantes pudientes y no pudientes", en *LL 1985-C-1130*. Dice el autor, en relación con los costos procesales: "En la actualidad se repite el mismo proceso. Al litigante pudiente se le abren fáciles los caminos del litigio. Al no pudiente se le complica desde su inicio. Los gastos procesales implican una evidente injusticia, a quienes se les cierra el acceso a un reclamo que tal vez no han podido eludir y del que no pueden prescindir. Estos gravámenes en jurisdicción provincial, disminuirán quizás, el número de pleitos, ahuyentando a los más necesitados de justicia y la actividad judicial quedará reservada así a los más pudientes".

(62) CÁRCOVA, CARLOS M., *Teorías jurídicas alternativas. Escritos sobre Derecho y Política*, Bs. As., Centro Editor de América Latina, 1993, p. 25.

institucional, que consiste en la inexistencia de una defensa pública especializada, está plagado de significados.

Pero de todos ellos, el que queremos destacar es que dicha inactividad pone en crisis el Estado social y democrático de derecho, en razón, siguiendo a Luigi Ferrajoli,⁽⁶³⁾ no solo de las agresiones neoliberales, sino del fomento de un modelo estatal prestacional (salud, trabajo, vivienda, etc.) que tiende a desarrollarse "... en espacios de acción extralegal o legalidad atenuada, privilegiando técnicas de poder normativamente atípicas, libres de vínculos y estorbos garantistas, flexiblemente adaptables a los cambios coyunturales". Como sostiene Daniel Soria:

La accesibilidad impone morder el impacto de las limitaciones económicas al acceso a la justicia (v. gr. en cuanto a la tasa retributiva por servicios judiciales, o a la aplicación del solve et repete). En tal sentido, es preciso asegurar la asistencia a las personas carentes de recurso, por medio de la asistencia de profesionales a título gratuito, en el marco de los consultorios jurídicos de los Colegios de Abogados o de los defensores públicos.⁽⁶⁴⁾

8. Conclusión

Desde hace un tiempo venimos planteando en ámbitos académicos e institucionales la cuestión de la defensa pública de los derechos humanos de los sectores económicos más vulnerables y la ausencia de defensores oficiales para actuar en su representación y asistencia jurídica ante el Fuenro Contencioso Administrativo bonaerense, a pesar del gran avance que implicó el nuevo sistema contencioso administrativo instaurado a partir de la ley 12.008 y sus modificatorias.

Sin embargo, y pese se a las mejoras esperables, la situación de la provincia de Buenos Aires no se muestra tan desventajosa como la que presentan varias provincias argentinas que mantienen sistemas de justicia contencioso administrativa añejos.

Es fácil de corroborar cómo los DESC han sido reconocidos en robustos cuerpos normativos, internacionales y nacionales. Se han realizado esfuer-

(63) FERRAJOLI, LUIGI, *Derechos sociales Instrucciones de uso*, México DF, Fontanamara, 2003, p. 13.

(64) SORIA, DANIEL, "Consideraciones sobre el acceso al enjuiciamiento de los casos administrativos", en RAP, nº 336, p. 325.

zos logrando la justiciabilidad de los DESC, pero resta mucho para lograr su exigibilidad inmediata;⁽⁶⁵⁾ y se hace necesario profundizar aún más sobre el contenido de estos derechos así como también sobre las herramientas que hagan posible su fácil acceso e implementación.

Al respecto, es necesario desactivar la idea de reducir su problemática solo en relación a su justiciabilidad (lo cual facilita una visión menos escéptica sobre ella). En efecto, el campo propicio para la efectivización de los DESC es poliédrico por cuanto deben y pueden intervenir múltiples órganos (administrativos, legislativos, defensores del pueblo) en diferentes instancias (municipal, provincial, nacional, supra estatal). Una vez aceptado que la jurisdiccional no puede ser ni la única ni la principal vía de satisfacción de los DESC será factible demostrar, de manera coherente, que es una vía posible y conveniente de protección.⁽⁶⁶⁾

Tal como sostiene Gregorio Peces-Barba Martínez,⁽⁶⁷⁾ es necesario repensar, fortalecer y superar la manera en que los DESC pueden mostrarse resistentes frente a otros poderes por intermedio o en ocasión de aquellos mecanismos de protección, que son las garantías.

En este punto en particular consideramos relevante la necesidad de mejorar la garantía de acceso a la justicia en el ordenamiento jurídico de la provincia de Buenos Aires, promoviendo políticas públicas destinadas a fortalecer la asistencia técnico-jurídica de la persona vulnerable para la defensa de sus derechos en todos los órdenes jurisdiccionales: ya sea a través de la ampliación de funciones de la Defensoría Pública, consultorías jurídicas con la participación de las universidades, casas de justicia, intervención de colegios o barras de abogados. Dicha asistencia técnico-jurídica debe ser de calidad y especializada.⁽⁶⁸⁾

(65) En materia de DESC con bastante frecuencia se "entremezclan" (eso es menos nítido cuanto más ligera sea la lectura, a nuestro entender) lo que son los derechos y las metas políticas, siguiendo la clasificación de Roland Dowkin, de acuerdo al carácter distributivo de las proposiciones sobre derechos. En efecto, los derechos sociales albergan la posibilidad de ser expresados de estas dos formas. El que se puedan reconocer como uno u otra depende de la argumentación que fundamente su adscripción a normas de derechos fundamentales. Ver al respecto: ARANGO, RODOLFO, *El concepto de los derechos sociales fundamentales*, Bogotá, Legis, 2005, pp. 62/66.

(66) PISARELLO, GERARDO, *op. cit.*, pp. 111/114.

(67) PESES-BARBA, GREGORIO, *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*, Madrid, Universidad Carlos III. Boletín del Estado, 1999, p. 509.

(68) Ver "Reglas Básicas relativas al acceso a la justicia de las personas que se encuentran en condición de vulnerabilidad (Reglas de Brasilia)", concordadas en la Cumbre Judicial

Lo mismo debería replicarse en otras provincias que se encuentran en desventaja respecto al ordenamiento jurídico bonaerense, partiendo de una reforma a los sistemas contencioso administrativos concentrados en los tribunales superiores de las provincias e incorporando las modificaciones propuestas en el presente.

En ese sentido, celebramos las reformas introducidas por la Procuración General de la Nación al implementar el Programa de Acceso Comunitario a la Justicia facilitando, el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, y las recientes reformas de las leyes orgánicas del Ministerio Público Fiscal y el Ministerio Público de la Defensa que contempla un rol activo en la protección y efectivización de los derechos humanos en su integridad, y que establecen bases institucionales con un gran potencial para el desarrollo de las ideas que propugnamos en el presente trabajo.

Para concluir, la propuesta que sostenemos va en línea con lo sostenido por el sistema interamericano de derechos humanos. La Comisión Interamericana ha sostenido,⁽⁶⁹⁾ con fundamento en la jurisprudencia de la Corte, dentro del derecho de acceder a la justicia en materia de derechos sociales, la obligación positiva del Estado de remover los obstáculos para garantizar un efectivo derecho a ser oído por un tribunal. Al respecto, ha identificado la disponibilidad de la defensa pública gratuita para las personas sin recursos, la morigeración de costos del proceso y la localización de los tribunales, como temas de valor instrumental para la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales.



Iberoamericana, correspondiente a su XIV ed. y llevada a cabo entre el 4 y 6 de marzo del 2008.

(69) CIDH, "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", 2007, [en línea] <http://www.cidh.oas.org/pdf%20files/ACCESO%20A%20LA%20JUS-TICIA%20DESC.pdf>

Derecho Civil y Comercial



Protección cautelar del activo concursal

CARLOS DANIEL CREMASCHI⁽¹⁾



1. Introducción

En los últimos años se apreció un firme incremento de procesos concursales y falenciales. El estado de cesación de pagos de los deudores que deriva en esos tipos de juicios universales responde a diferentes causas, destacándose las dificultades típicamente comerciales —interrupción de la cadena de pago, malas inversiones, etc.— y aquellas derivadas de variables macroeconómicas ajenas a la órbita del particular.

Cualquiera sea la trascendencia económica o tipo de concurso, las expectativas de cobro de los acreedores concurrentes disminuyen ostensiblemente ante la irrupción de un acreedor inmune al fisco de atracción por ser titular de una acreencia con causa posterior al concursamiento, pero que igualmente ejerce su pretensión sobre el activo del deudor.

El tratamiento del crédito posconcursal en el concurso preventivo ha sido históricamente deficiente en la legislación argentina, comparada no solo con leyes de otros países de la región, sino con el mismo cuerpo normativo que aborda la cuestión de manera diferente en la etapa falencial.

(1) Abogado y escribano. Magíster en Derecho Empresario. Diplomado en docencia universitaria y postgraduado en Derecho Procesal, Impositivo y Comercial. Postgrados internacionales: "Cuestiones actuales de derecho mercantil y administrativo español y europeo" (Universidad de Salamanca, España); "Derecho de la empresa en Estados Unidos" (Louisiana State University, EE.UU).

La idea y conformación de esta obra jurídica proporcionan el marco apropiado al presente artículo, en el cual me atrevo a proponer una solución alternativa a los fines de evitar inequidades, por lo menos hasta tanto se corrija, lo que considero, una insuficiencia legislativa.

2. El concurso preventivo: noción y notas distintivas

Si bien el concepto actual de concurso preventivo puede variar en ciertos matices terminológicos, existe una matriz relacionada a su naturaleza y finalidad prácticamente aceptada por la gran mayoría de especialistas en la materia; concretamente me refiero a la noción de “un proceso judicial universal de reorganización de deudas, con características especiales, en el cual el deudor busca obtener el consentimiento de sus acreedores a las propuestas efectuadas, dentro de los parámetros fijados por Ley, a los fines de evitar la Quiebra”.

Conforme sostiene Adolfo A N. Rouillón,⁽²⁾ el proceso concursal no es estrictamente inquisitivo y equivalente a un juicio criminal; tampoco es un proceso regido exclusiva y mayoritariamente por el principio dispositivo, propio de las causas bilaterales civiles y comerciales en los que se debaten intereses privados.

Para la mayoría de los doctrinarios que nutren nuestro derecho como Renzo Provinciali, Ángelo Bonsignori, Héctor Alegría, Darío Graziabile, Edgar Baracat y Lino Palacio, entre otros, el derecho concursal tiene un núcleo procesal propiamente dicho; y más allá de las subposturas que analizan si estos procesos son **voluntarios** o **contenciosos**, resulta innegable que el derecho falencial posee principios y características propias que se traducen al plano de la práctica forense diaria.

De la definición señalada precedentemente como de las opiniones especializadas podemos mencionar algunos caracteres distintivos del concurso preventivo:

- a. **Oficiosidad:** salvo la declaración de apertura del proceso concursal, que requiere petición del sujeto legitimado, una vez abierto el concurso el impulso del procedimiento recae en el juez (art. 274 LCQ).

El tribunal no solo actúa de oficio, sino que tiene las más amplias facultades de investigación, lo que le permite predicar también el carácter inquisitivo; obviamente ningún proceso civil goza de una estructura semejante.

(2) ROUILLÓN, ADOLFO A N., *Régimen de Concursos y Quiebras Ley 24.522*, 13^a ed., Bs. As., Astrea, 2004, p. 40.

El juez, en este proceso, posee actividad discrecional propia respecto de esas facultades de investigación, donde se entiende a la oficiosidad como una atribución del magistrado de impulsar de oficio el trámite dispositivo en un principio y recurrir a remedios más aptos aun sin petición de parte.

- b. **Universalidad:** el concurso es un proceso universal pues afecta la totalidad del patrimonio del deudor (art. 1º LCQ), salvo las exclusiones fijadas por la propia ley en casos determinados (art. 108 LCQ).

En el concurso preventivo el obligado sufre ciertas limitaciones en su accionar pues, pese a estar facultado para realizar actos de administración —bajo la vigilancia del síndico (art. 15 LCQ)—, tiene prohibido concretar otros actos que exceden el marco indicado sin la correspondiente autorización judicial previa, bajo sanción de ineficacia de los mismos (arts. 16 y 17 LCQ).

- c. **Colectividad:** la Ley de Concursos y Quiebras (LCQ) establece como principio que al proceso concursal son convocados todos los acreedores del deudor que poseen un crédito cuyo título o causa es anterior a la presentación en concurso (arts. 21, 32 y concs. LCQ); excepcionalmente se mantendrán al margen del concurso algunos créditos, ya sea en razón de su especial naturaleza (por ejemplo, cuestiones de familia), o bien por un motivo temporal (el origen de la acreencia es posterior a la demanda concursal).

Lo cierto es que la suerte de este juicio colectivo y universal no interesa solamente a un acreedor singular, sino que es una problemática que atañe a la generalidad de los acreedores.

Un claro ejemplo del principio de colectividad surge del art. 52 LCQ en el cual el juez ejerce una especial facultad homologatoria a los fines de aprobar un acuerdo preventivo judicial que no cuenta en principio con la aceptación de la doble mayoría exigida por ley, pero, que según su criterio, sustentado en ciertas condiciones legales, es beneficioso para la generalidad de los acreedores.

En definitiva, podemos resumir el principio de colectividad concursal en la máxima “*el interés colectivo prima sobre el interés particular*”.

- d. **Igualdad:** este principio se refiere a la mentada *par conditio creditorum*, que no es otra cosa que brindar un tratamiento igualitario y sin discriminación a los acreedores concursales; obviamente esta idea no va en detrimento de los privilegios fijados por la propia ley, sino simplemente me refiero a un tratamiento equivalente para créditos de igual naturaleza.

La enumeración de principios concursales puede variar según el autor que aborde la materia; no obstante ello, subrayo como dos últimos principios la conservación de la empresa y la incolumidad del patrimonio. El primero se refiere al objetivo principal del proceso concursal de “salvar la empresa” evitando la quiebra y la liquidación de bienes; mientras que la incolumidad patrimonial apunta a la idea de protección del patrimonio del deudor en garantía

de los créditos concursales, de allí, por ejemplo, la medida de inscripción de inhibición general de bienes del concursado que dispone el art. 14 LCQ.

3. La ineficacia en el concurso preventivo

Del juego armónico de los arts. 15, 16 y 17 de la Ley 24.522 de Concursos y Quiebras (y modificatoria 26.684) surge la idea del llamado "**desapoderamiento atenuado** del concursado"; ello en función de que si bien el mismo conserva la administración de su patrimonio bajo el control del síndico, existen actos que directamente tiene prohibidos de realizar (por ejemplo, actos a título gratuito), y otros que por su naturaleza requieren de la autorización judicial previa para su validez (por ejemplo, constitución de prendas, actos que excedan la administración, etc.).

Ahora bien, el propio plexo normativo estipula que serán sancionados con ineficacia los actos de disposición, o que exorbiten el marco de la simple administración, realizados por el deudor sin la autorización judicial previa.

Remarco que dicha autorización judicial debe ser **previa**, requiriéndose además la opinión —importante aunque no vinculante— del síndico y el comité de control. Cabe resaltar como objetivos de las normas señaladas la protección de los derechos de acreedores concursales y el respeto del principio de conservación de la empresa.

Ante el incumplimiento de las pautas señaladas por ley, la inevitable sanción que dispone el plexo normativo falencial será la ineficacia de pleno derecho del acto cuestionado, sin exigir *a priori* la mala fe de las personas involucradas o perjuicios concretos. Asimismo, un tema a tener muy en cuenta es que, a diferencia de lo estipulado en la quiebra (art. 118 LCQ), en las normas concursales no se prevé expresamente la recurribilidad de esta sanción específica.

Básicamente la ineficacia es una sanción legal que pesa sobre ciertos actos jurídicos cuestionados, privando a los mismos de sus efectos normales respecto de ciertas personas y los torna inoponibles. La realización de actos prohibidos o de actos sujetos a autorización sin requerirla, o después de denegada, acarrea como sanción la ineficacia *ipso iure*; el acto continúa siendo válido entre partes pero es inoponible a los acreedores concurrentes. Una línea de concepción similar marca el Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante, CCyC) en sus arts. 382, 396 y concordantes.

Para ciertos tratadistas, como Garaguso,⁽³⁾ la ineficacia se divide en cuatro categorías, entre las que se encuentran: la nulidad, la irregularidad, la inoponibilidad y la inaplicabilidad; básicamente la ineficacia se distingue de la nulidad en que el acto nulo no surte efecto para ninguna persona, carece de validez total, mientras que el acto declarado ineficaz será válido entre partes, reputándose inoponible respecto de algunos interesados (acreedores concurrentes en nuestro caso).

Por otro lado, el acto, para ser nulo, necesita de una declaración judicial al respecto; mientras que la ineficacia, según muchos autores y acorde con la letra concreta de la ley concursal, opera de pleno derecho.

La jurisprudencia ha sostenido sobre la temática abordada:

- Se declaran ineficaces "de pleno derecho y, consecuentemente, inoponibles a los restantes acreedores de [la —hoy quebrada—] 'Compañía de Ómnibus Maipú SRL', los pagos que esta efectuara a la Obra Social de Conductores de Transporte Colectivo de Pasajeros con posterioridad a la apertura de su concurso preventivo, con sustento en lo dispuesto por los arts. 16 y 17 de la ley 24.522. (...) Con pie en lo establecido por el art. 16 de la Ley de Concursos y Quiebras en orden a que el concursado no puede realizar actos a título gratuito que importen alterar la situación de los acreedores por causa o título anterior a la presentación del concurso".
- La fecha de la acreencia es elemento esencial para el recurso contra el pronunciamiento por el que se decretó la ineficacia de pleno derecho de los pagos efectuados por la concursada (hoy fallida) a uno de los acreedores, y declaró la inoponibilidad de los mismos a los restantes acreedores concursales, ya que de ser la deuda post concursal la solución indudablemente habría sido distinta.⁽⁴⁾
- La inoponibilidad de las enajenaciones celebradas por la sociedad fallida mientras se encontraba en concurso preventivo no puede ser salvada concediendo *ex post* la autorización judicial omitida en tal momento —art. 16 de la ley 24.522—, pues, si bien esa posibilidad es admisible durante el trámite del concurso preventivo, deja de serlo en la quiebra indirecta.⁽⁵⁾

La conjunción de la ley positiva, doctrina y jurisprudencia marca como objetivo primordial del mecanismo punitivo de la ineficacia la protección de los intereses de los acreedores concursales, tornando inoponibles a los mismos aquellos actos que violen las disposiciones del art. 16 LCQ. La sanción de ineficacia no se ajusta a una enumeración taxativa de supuestos, no depende

(3) GARAGUSO, HORACIO, *Ineficacia concursal*, Bs. As., Ed. Depalma, 1981.

(4) SCJ BUENOS AIRES, "Compañía de Ómnibus Maipú SRL", 05/11/2008.

(5) CNAC. APEL. COM., Sala D, "Papelera Alcorta SRL s/ Quiebra c/ Di Meglio, Mónica Patricia y otro s/ Ordinario", 23/12/2013.

de la existencia de buena o mala fe del tercero contratante, ni de la existencia de perjuicio a los acreedores y, como lo vimos recientemente, para muchas voces autorizadas, ni siquiera es precisa su declaración expresa.

4. Ineficacia y acreedor postconcursal: deficiente regulación legal

No podemos obviar que muchos de los actos realizados por los concursados, respecto los cuales se analiza la procedencia o no de la ineficacia, involucran la participación de un acreedor postconcursal.

El **acreedor postconcursal** es aquel que posee un crédito cuya causa u origen es posterior a la demanda de concurso preventivo; por lo tanto, la suerte del proceso le resulta indiferente. Obviamente dicho acreedor es ajeno a los efectos del fuero de atracción, la carga de verificación, al estricto control del juez y síndico, etc.

Sobre este punto la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sido más que elocuente al señalar:

El procedimiento concursal está regulado, entre otros, por los arts. 32 y 21 de la Ley 24.522 y se refiere, como es evidente, a obligaciones de causa o título anterior a la presentación en concurso; consecuentemente, quedan fuera de dicho procedimiento las obligaciones asumidas con posterioridad a ello, las cuales, en su caso, serán motivo de reclamo por vía individual.⁽⁶⁾

La diferenciación e identificación de los créditos concursales y post-concursales permite determinar cuáles acreencias concurren a formar parte de la denominada masa del concurso y quienes son ajenos a la misma. Los primeros mantienen su expectativa de cobro atada a la suerte del proceso concursal, mientras que los acreedores postconcursales si bien tienen un interés directo en el patrimonio del deudor, pueden ejercer sus derechos desde un plano individual e independiente al juicio universal.

Coincide la doctrina y jurisprudencia al respecto:

No resulta aplicable el fuero de atracción al reclamo de un crédito que tuvo su origen en un despido efectivizado con posterioridad a la presentación en concurso preventivo. Ello así pues, según lo

(6) CSJN, "Cioffi, Miguel c/ Maspro SA", 23/02/1999.

preceptuado por el art. 32 LCQ, quedan fuera del proceso las obligaciones asumidas por el deudor con posterioridad a esa fecha.⁽⁷⁾

La idea de la postconcursalidad no es nueva, hace varias décadas —con la vigencia de la ley 11.719/1933— los autores marcaban claramente qué tipo de acreedores estaban habilitados a solicitar la verificación de créditos, con la única diferencia de que el corte lo fijaban en el auto de apertura concursal y no en la presentación de demanda, como sucede actualmente. Sostenían los doctrinarios en aquel tiempo:

Nos referimos a los acreedores anteriores al auto que admite la solicitud de convocatoria o al que declara el estado de quiebra, no a los acreedores sucesivos, es decir, a los posteriores a la apertura de uno u otro juicio, ni a los acreedores de la masa, porque estos últimos no entran en el pasivo y, por lo tanto, no participan del concurso porque no son acreedores concurrentes.⁽⁸⁾

Lo cierto es que han pasado 80 años y numerosas reformas legislativas, pero el tratamiento del crédito postconcursal sigue siendo deficiente. La actual ley 24.522 (modificada, entre otras, por leyes 25.561, 25.563, 25.589, 26.086 y 26.684) no regula de manera concreta y adecuada los supuestos en los cuales un acreedor postconcursal pretende cobrar su acreencia mediante una acción individual, agrediendo el mismo patrimonio del deudor que se encuentra afectado al pago de las obligaciones concursales.

En la etapa preventiva no se aborda apropiadamente la temática del acreedor postconcursal, contrariamente a lo sucedido con el art. 104 del mismo cuerpo legal para la etapa falencial, que prevé que las deudas posteriores a la declaración de quiebra serán satisfechas una vez liquidados los bienes desapoderados del fallido y cubiertas las pretensiones de los acreedores concurrentes (en la medida de lo posible).

La anemia normativa mencionada genera graves inconvenientes dando lugar a una disputa de intereses económicos, avasallamiento de principios legales y a que se propicie la comisión de maniobras fraudulentas. Así, a fines ilustrativos, téngase presente lo señalado a continuación:

(7) CSJN, "Verón, Osvaldo c/ Carindú SA", 04/04/2000, en RDPC, 2001-1, p. 458 y en RIVERA, JULIO C.; ROITMAN, HORACIO y VITOLO, DANIEL R., *Ley de Concursos y Quiebras*, t. 1, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2009, p. 589.

(8) GARCÍA MARTÍNEZ, FRANCISCO, *El concordato y la quiebra*, t. 1, Ed. Depalma, 1962, p. 397.

4.1. Confrontación de intereses

La primera puga surge entre el acreedor concurrente y el acreedor postconcursal, ya que ambos poseen idéntico derecho a cobrar sus créditos; el problema se suscita porque los dos atacan el mismo patrimonio del deudor. En este punto, debemos tener presente que el concursado tiene un solo patrimonio con el cual garantizar acreencias, sin distinguir el origen de las mismas (art. 242 CCyC).

Por otro lado, también está en juego el interés del propio concursado que debe mantener su patrimonio firme y saludable, y la empresa en marcha, a los fines de responder a las expectativas de ambos acreedores; solo de esa manera evitará la declaración de quiebra, ya sea por incumplimiento de acuerdo preventivo judicial —a instancia del acreedor concurrente o síndico— o por liquidación individual instada por el acreedor postconcursal.

Para culminar el tópico de los intereses involucrados en la cuestión, no podemos obviar el importante rol socioeconómico que cumple actualmente la empresa, no solo como generadora de fuente de empleo, sino también aportando distintos valores a la comunidad.

4.2. Quebrantamiento de principios concursales

Cuando el acreedor postconcursal cobra su crédito mediante una acción individual, ejecutando bienes que originalmente estaban destinados para satisfacer obligaciones concursales, aunque actúe al amparo de la ley, ocasiona un avasallamiento a varios principios rectores en la materia. Quedan en desuso las máximas referidas a la **conservación de la empresa, incolumidad del patrimonio, colectividad**, etc.

Ninguna empresa concursada tiene la mínima posibilidad de subsistir si sus activos son ejecutados en un juicio extraño al concurso preventivo; cuando se da esta situación resultan infructuosos los años de esfuerzo del deudor para intentar recuperarse, concordar con sus acreedores y así evitar la quiebra, ya que la liquidación tan temida se produjo igualmente en una acción individual independiente.

La incolumidad patrimonial que la propia ley 24.522 impone con distintas medidas, entre ellas la inhibición general de bienes (art. 14), resulta inútil ante la embestida que realice el acreedor no atraído sobre los bienes del deudor; de nada sirve tanta protección y blindaje en el proceso concursal

si el patrimonio queda absolutamente indefenso y expuesto a los ataques de acreedores no concurrentes.

Digo más, las probabilidades de oponerse con éxito a estas acciones independientes se reducen notablemente si enfrente tenemos un acreedor postconcursal con carácter de tercer adquirente a título oneroso.

Por último, se torna casi utópico hablar de colectividad, y consecuente primacía del interés colectivo por sobre el individual, cuando la masa de acreedores concurrentes, luego de esperar durante mucho tiempo cobrar un exiguo porcentaje de su acreencia, ven esfumarse sus ilusiones ante la acción individual de un tercer acreedor ajeno al proceso.

Así las cosas, lamentablemente, parecería que debería reformularse el principio de colectividad de la siguiente manera: "el interés colectivo prima sobre el interés individual, sin embargo el interés del acreedor postconcursal prima sobre todos".

4.3. Possible comisión de maniobras engañosas

La deficiente regulación de la temática abordada es un campo fértil para la realización de maniobras ilegales o bien, cuanto menos, reñidas con la buena fe y equidad.

Si bien es cierto que no se puede legislar a partir de situaciones patológicas, ni abarcar la totalidad de los casos particulares, no resulta menos cierto que un tratamiento legal adecuado al tema de los límites y orden de prelación entre acreedores concurrentes y postconcursales evitaría un sinnúmero de inconvenientes generados en la confrontación de intereses.

5. Casuística: inconvenientes comunes e ineeficacia

Repare el lector en este simple supuesto que, con diferentes matices, se presenta en la práctica: después de varios años de tramitarse el concurso preventivo de una pequeña empresa, esta logra la aceptación de sus acreedores, con las mayorías de ley, quienes acceden cobrar el 60% de sus créditos en 48 cuotas fijas. De repente, un acreedor postconcursal —a los fines ejemplificativos puede ser de cualquier rubro o tipo— ejecuta mediante una acción individual independiente los bienes que aquella empresa tenía destinados para cumplir con el acuerdo homologado. Conclusión: desaparece o disminuye notoriamente el patrimonio del deudor, el concursado quiebra porque incumple el concordato y los acreedores concurrentes no cubren sus expectativas luego de años de espera.

Esta situación se manifiesta con distintos tipos de acreedores postconcursales, independientemente de la buena o mala fe de los mismos, la diligencia o negligencia del concursado, o cualquier otra variable; y, como nuestra Ley de Concursos y Quiebras no legisla sobre esta temática, a continuación señalo algunas pautas a considerar y ejecutar según la particularidad de cada caso:

- a. **Acreencias que cumplen las pautas de arts. 15 y 16 LCQ y benefician al concurso:** puede darse el supuesto de que el concursado genere una deuda postconcursal mediante la realización de simples actos de administración (art. 15 LCQ); así, por ejemplo, aquel comerciante que tiene cuentas impagadas por compra de mercaderías a proveedores en fecha posterior a la presentación en concurso preventivo.

Por otro lado, tenemos el caso del deudor que solicita —y obtiene— la autorización judicial previa con el objetivo de realizar un acto que excede el marco de la simple administración pero en beneficio del concurso en general; es el caso del concursado que contrae con un tercero obligación por mutuo hipotecario, gravando un inmueble e invirtiendo el dinero en incremento de capital.

En ambos supuestos precedentes, **si el deudor incumple su obligación con el acreedor postconcursal, este podrá iniciar la acción de ejecución individual sin ser alcanzada por los efectos del concurso preventivo.** Se le brinda esta franquicia o inmunidad al tercer contratante (acreedor postconcursal) por haber efectuado un negocio dentro de los límites de la ley, que tenía como propósito el fortalecimiento del patrimonio concursal y/o se vinculaban al objeto o actividad del deudor.

- b. **Ejecuciones fiscales y otros créditos de distinta naturaleza:** estimo que no merece objeción legal la idea de que las ejecuciones fiscales —AFIP, ARBA, Direcciones de Rentas Provinciales, etc.— puedan llevarse adelante mediante juicios individuales de apremio, ajenos a la suerte del concurso preventivo del deudor.

Cuando el crédito postconcursal recae en cabeza del fisco existe un principio de certidumbre respecto a su capacidad para ejecutar el patrimonio del deudor, pues la obligación en cuestión se generó en incumplimiento de normas legales tributarias. En este punto, debemos tener presente que las ejecuciones fiscales colaboran indirectamente con el orden público estatal, respondiendo a un bien común superior.

Asimismo, existen **otros créditos postconcursales** que dan lugar a juicios que por su naturaleza también pueden ser llevados adelante en forma independiente del concurso preventivo; señalo como ejemplo los **procesos de conocimiento laborales y de daños y perjuicios**. En estas acciones el marco de discusión causal y la amplitud probatoria tornan muy difícil la posibilidad de connivencia o acuerdo fraudulento entre tercero y deudor demandado a los efectos de inventar una causa.

Cabe remarcar que en los juicios mencionados precedentemente (puntos a y b) se debe dar conocimiento al síndico concursal (art. 275, incs. 4 y 6, y último párrafo LCQ); esto no implica que dichas acciones cedan en su independencia procesal, simplemente se cumple con la estipulación legal pertinente, brindando toda la información necesaria a los acreedores concurrentes respecto a la verdadera situación patrimonial de su deudor a los efectos que crean necesario (por ejemplo, evaluar si confían en alguna propuesta que este efectúe, saber si tiene capacidad de pago, etc.).

- c. **Créditos postconcursales que incumplen las pautas del art. 16 LCQ:** en este apartado abordo el punto más álgido del conflicto de intereses y que resulta muy común en nuestros tribunales. A modo de ejemplo, menciono dos casos de deudores postconcursales que se verán impedidos de ejercer su acción individual independiente a los fines de cobrar su crédito:

- Ejemplo 1: con el solo objetivo de sustraer bienes del patrimonio, el concursado libra un pagaré a una persona de su confianza, con fecha posterior a su concursamiento. Obviamente dicha operatoria no se encuentra debidamente justificada o respaldada legal y contablemente.
- Ejemplo 2: sin malas intenciones, el deudor se obliga mediante un acto de disposición —por ejemplo, mutuo con garantía prendaria— omitiendo la autorización judicial previa.

En ambos supuestos los acreedores postconcursales intentarán iniciar acciones individuales independientes a los efectos de satisfacer sus acreencias, aunque, reitero mi opinión, se verán impedidos de agredir el patrimonio concursal: **en el primer caso**, porque la deuda generada por el deudor —más allá de su mala fe— no está debidamente justificada, ni beneficio al concurso preventivo y/o acreedores concurrentes. **En el segundo negocio**, el deudor de buena fe obvió obtener la indispensable autorización judicial previa para realizar actos que excedan la administración, con lo cual el impedimento de inicio de acción individual de cobro viene acompañado de una sanción de ineeficacia.

Quizás parezca una sanción excesiva la ineeficacia, pero debemos tener presente que estamos en presencia de actos de comercio, realizados por comerciantes, con lo cual se presume que el correcto ejercicio de su profesión les obliga a saber con quién contratan, en qué condiciones lo hacen y tomar los recaudos legales necesarios.

Deben los terceros cocontratantes actuar con la previsión del buen hombre de negocio y, sobre todo, respaldar en registros contables y libros de comercio todas las operaciones, ya que estos registros adquieren un valor probatorio fundamental en supuestos de controversia.⁽⁹⁾

(9) Ver al respecto arts. 320 a 323, 325, 330 y concs. CCyC; arts. 61 a 63 de la ley 19.550, etc.

Por último, reitero que en todos los casos debe actuar el síndico concursal, no a modo de sustitución de legitimación procesal, sino a los fines de cumplir con los postulados de la ley y brindar a los acreedores concursales información cabal de la real situación económica del deudor.⁽¹⁰⁾

6. La problemática en la quiebra y en otras legislaciones

Conforme lo señalado en apartados precedentes, la ley 24.522 (y modif.) no aborda adecuadamente la temática del acreedor postconcursal en el concurso preventivo, contrariamente a lo sucedido con el art. 104 del mismo cuerpo legal para la etapa falencial.

Existen contundentes razones de forma y fondo que impiden identificar plenamente el tratamiento de un crédito postconcursal en ambas instancias procesales, a saber:

- i. En la quiebra se regula positivamente sobre acreencias postconcursales (art. 104), cosa que no sucede en el concurso preventivo.
- ii. En la quiebra existen los efectos propios de desapoderamiento e inhabilitación que no se presentan en el concurso preventivo.
- iii. El período de sospecha, como lapso temporal en el cual se pueden cuestionar y atacar por ineficaces ciertos actos, no se presenta en el concurso preventivo.

Con esto quiero significar que la propuesta de solución a la problemática que genera la irrupción de un acreedor postconcursal —que se presentará en el apartado siguiente— es únicamente aplicable a la instancia concursal, no a la etapa falencial.

El mentado art. 104, párr. 2, LCQ prevé que los créditos posteriores a la declaración de quiebra sean pagados una vez liquidados los bienes desapoderados del fallido y satisfechas las pretensiones de los acreedores concurrentes, en la medida de lo posible. La acreencia del acreedor postquiebra (para decirlo de una forma que evite confusiones) será cubierta con los bienes remanentes de aquella liquidación, o bien los que se incorporen al activo luego de la rehabilitación del deudor.

Es sabido que la sentencia de quiebra trae aparejada una serie de efectos personales y patrimoniales con la finalidad de habilitar y posibilitar el proceso liquidatario; así, el principal efecto de índole patrimonial lo constituye el desapoderamiento, mientras que la inhabilitación se enarbola como el más contundente efecto personal sobre el quebrado.

(10) Art. 275, incs. 4 y 6, y último párrafo LCQ.

La convergencia de los mencionados efectos personales y patrimoniales surge nítida en el art. 104 LCQ; dicha norma habilita a la fallida a desempeñar tareas artesanales, profesionales o en relación de dependencia, y al mismo tiempo ordena puntualmente que las deudas contraídas mientras no esté rehabilitada pueden dar lugar a un nuevo concurso que solo comprenderá los bienes remanentes una vez liquidada la quiebra y cumplida la distribución.

La rehabilitación pone un coto al desapoderamiento respecto a bienes futuros, en consecuencia provoca la formación de dos patrimonios de una misma persona. De un lado, una masa patrimonial desapoderada, que garantiza el pago de los acreedores concursales admitidos en el proceso falencial y que se conjuga con el art. 107 LCQ, y por otro, aquella masa de bienes integrada por los activos que ingresen al patrimonio del cesante con posterioridad al cese de la inhabilitación que hace frente a las deudas posteriores.⁽¹¹⁾

El importante efecto patrimonial que genera el esquema rehabilitatorio en la quiebra marca el punto de partida para la garantía de los acreedores postconcursales y sus expectativas de cobro respecto los bienes adquiridos con posterioridad por el fallido. En el mismo norte lo señala la doctrina:

Los bienes que adquiera el sujeto fallido después de su rehabilitación, quedan al margen del desapoderamiento falencial y, por ende, de la liquidación del proceso en el que se lo rehabilita (art. 107, LCQ). En cambio, todos los bienes que hasta ese momento estaban sujetos al desapoderamiento (y consecuente liquidación), conformando la masa activa de la quiebra, continuarán en ese estado, y respecto de ellos el fallido no readquiere su libre administración y disposición.⁽¹²⁾

En lo que respecta al **derecho comparado de la región**, cabe mencionar que la **problemática del acreedor postconcursal no se presenta en otras legislaciones** con la contundencia y consecuencias con la que sucede en el derecho argentino.

La ausencia de dicho inconveniente obedece a distintas razones, entre las cuales puedo mencionar diferentes estructuras de estos tipos de procesos universales (por ejemplo, no se legisla sobre concursos preventivos, se dividen los concursamientos entre civiles y comerciales, el acreedor puede pedir

(11) CNAC. Civ. y Com. FED. DE 3^a Nom., “Rodríguez, Graciela s/ Quiebra. Ejecución de Honorarios de la Cra. Gringruz, Beatriz”, 25/08/2011, Expte. N° 2150567/36.

(12) GARCIA, SILVANA, *Extinción de las obligaciones por quiebra*, Bs. As., Astrea, 2010, p.183.

el concurso del deudor, se implementan organismos de control estatal, etc.). Existen previsiones cautelares que blindan al patrimonio concursal de embates externos:

- La **ley 20.720/2014 de Chile** (desde enero modifica la ley 18.175) prevé la injerencia o veeduría concreta de órganos estatales. Tanto en la etapa de reorganización del pasivo como en la liquidatoria se permite la verificación de créditos a todos los acreedores residentes en la República, sin condicionar la presentación a la fecha de la causa u origen de dicha acreencia (arts. 70, 170, y concs.). Además, esta ley dispone en su parte final un menú de sanciones y calificación de quiebra que desalienta la comisión de actos fraudulentos o maliciosos.
- La **ley 154 de Paraguay** permite al juez, en su art. 16, embargar los bienes del deudor; mientras que sanciona con la declaración de quiebra a aquel obligado que realiza actos prohibidos que alteren la situación de los acreedores (art. 21). Por último, el art. 32 también permite verificar créditos a los acreedores, sin distinguir el tiempo de la causa fuente de tal acreencia.
- La **ley 18.387 de Uruguay**, en sus arts. 18 y 23, también prevé la posibilidad de que el juez declare medidas precautorias de embargos sobre bienes del deudor, incluso puede intervenir su administración. Cabe señalar que esta medida puede ser de oficio o a petición de un acreedor, quien en esta legislación se encuentra habilitado para requerir el concursamiento del deudor (art. 6º).
- En Colombia, la **ley 1116 de Colombia** se aplica solo a la actividad comercial, mientras que la ley 1564 regula la insolvencia de no comerciantes; la primera estipula en la etapa de reorganización que el juez tendrá atribuciones de ordenar las medidas que estime pertinentes para proteger el activo patrimonial del deudor, aplicar sanciones de ineficacias e inhibiciones, trabar y mantener medidas cautelares, etc. (arts. 5º, 20 y concs.).
- En **Brasil** también existe pluralidad de plexos normativos: la **ley 11.101 para comerciantes** y la **ley 5860/1973 para no comerciantes**. En este país se permite verificar créditos a los acreedores sin atender el tiempo de la causa fuente de la acreencia (arts. 7º, 8º, 9º). Por su parte, el comité de acreedores puede solicitar al juez gravámenes y otras garantías sobre el patrimonio del deudor (arts. 22 III L, 27 II C),
- Por último, resulta preciso señalar que en **Ecuador y Bolivia** el tratamiento de la insolvencia no encuentra apoyo legislativo apropiado, rigiéndose en materia concursal y falencial fundamentalmente por leyes de fondo y forma (por ejemplo, Códigos Procesal, Civil y Comercial). Lo cierto es que estos cuerpos normativos permiten, en líneas generales, la traba de medidas precautorias; sin ir más lejos, en Bolivia expresamente se prevé que al tiempo de la apertura concursal el juez adopte medidas cautelares genéricas (entre ellas, embargos) contra los bienes del deudor.

7. Proposición de una solución preventiva

Luego de analizar en los párrafos anteriores la problemática que genera la irrupción de un acreedor postconcursal en el concurso preventivo, las implicancias de la ineficacia de su acreencia y el tratamiento comparativo de la etapa falencial y el derecho comparado, en este punto enunciaré una propuesta de solución, hasta tanto se regule expresamente la situación descripta en la Ley Concursal.

Pese a la opinión de autores que consideran que la sanción de ineficacia no necesita ser dictada (operando de pleno derecho), en la práctica la resolución pertinente se dicta luego de una sustanciación que involucra la participación directa del síndico, el concursado, el acreedor postconcursal, y en muchos casos, el comité de control. Es decir, se recorre un largo camino antes de la procedencia o no de la punición en cuestión.

Últimamente se han expuesto algunas alternativas de solución a los inconvenientes que ocasiona, en la marcha del proceso concursal, la irrupción de una ejecución independiente instada por un acreedor no concurrente; así, por ejemplo:

- Algunos aconsejan aplicar analógicamente —o adecuar— la idea del art. 104 LCQ (art. 278 LCQ) y conferir al acreedor postconcursal un carácter secundario y residual, disponiendo que el mismo cobre su crédito una vez satisfechas las expectativas de los acreedores concurrentes; o bien si ingresan nuevos bienes al Patrimonio.
- Otra línea de opinión propone emplear las pautas y exigencias del instituto de la ineficacia para la quiebra (arts. 118, 119 y concs. LCQ).

Debo decir que no comparto estas opciones de solución, en virtud que las mismas implican dispendio temporal y generan desigualdad para el acreedor postconcursal (en el primer supuesto). Considero que no se puede transpolar la ineficacia falencial a la etapa preventiva, ya que en la primera existen institutos inaplicables para el proceso concursal como, por ejemplo, el período de sospecha, desapoderamiento, etc., tal como lo mencioné en el apartado precedente.

Por las razones expuestas, sostengo la **necesidad de encontrar una solución preventiva, práctica y pretoriana**, hasta tanto se modifique la legislación concursal y se regule adecuadamente el rol del acreedor no concurrente.

La idea es hallar una salida que se antice al procedimiento sancionatorio de ineficacia, que sirva para evitar ese farragoso trámite y brinde una

respuesta ecuánime, compatible a los intereses del deudor, acreedores concursales y acreedor postconcursal.

En ese norte, el juez puede disponer al tiempo de la apertura del concurso una medida cautelar como el embargo preventivo de bienes del deudor a nombre de los autos, por el quantum que estime prudente. Obviamente, el magistrado también podrá ordenar o modificar dicha cautelar durante la sustanciación del proceso.

De esta forma se afecta o inmoviliza uno o varios bienes del deudor con miras a asegurar la eficacia práctica o el resultado del proceso; mientras, se analizan posibles planteos de inoponibilidad que pudieran surgir respecto a ciertos actos realizados por el deudor.

Es dable destacar que las especiales facultades del juez habilitan al mismo a adoptar medidas como la propuesta por el suscripto; sin ir más lejos, la propia Ley Concursal permite al magistrado exigir al deudor en la instancia de conclusión del concurso cauciones que crea pertinentes (la caución es un tipo de cautela). Algo similar sucede en la quiebra cuando concluye por avenimiento.

En un sentido acorde, la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) dictó las resoluciones generales 2435/2008 y 2577/2009 en las cuales se prevé la exigencia de cautelares o garantías al deudor que solicita la conclusión de su concurso preventivo.

La solución propuesta en este trabajo ofrece varias ventajas, a saber:

- a. **No entorpece la administración del patrimonio por parte del concursado** (art. 15 LCQ) quien, por otra parte, recordemos, se encuentra inhibido. Asimismo, le permite al deudor cumplir con propuestas concordatarias a los fines de evitar la quiebra.
- b. **No obstaculiza la marcha del proceso**, ni siquiera en el supuesto de posterior quiebra indirecta, etapa en la cual se deja sin efecto la cautelar.
- c. **El monto de la cautelar puede modificarse a lo largo del proceso**, y de acuerdo a actuaciones e informes que se produzcan en el mismo (por ejemplo, luego del informe general, art. 39 LCQ). Como toda medida precautoria posee el rasgo de **provisoriedad**, lo que implica que puede sustituirse o dejarse sin efecto en caso de ser necesario.
- d. **Concede una prelación temporal de cobro a favor de los acreedores concurrentes respecto de los acreedores postconcursales**; aquellos verán asegurado una parte del patrimonio del deudor a los fines de satisfacer sus créditos.

- e. El tercer cocontratante tendrá conocimiento efectivo de la verdadera situación patrimonial del deudor concursado, de esa manera podrá realizar negocios con el concursado sabiendo que parte de su patrimonio se encuentra afectado al proceso concordatario.
- f. Servirá como un dique de contención —o bien desalentará— la comisión de acuerdos *non sanctus* entre deudor y tercero tendientes a “inventar deudas por afuera del concurso”, no concurrentes. Incluso se convierte en una efectiva protección de los activos del deudor frente los embates que puedan provenir de terceros subadquirentes, de buena fe y a título oneroso.
- g. Es una medida que no está prohibida por la Ley Concursal, ergo, el juez puede decretarla sin violar derecho vigente; también se condice con los principios de oficiosidad, conservación de la empresa, *pars conditio creditorum* e **incolumidad del patrimonio**. Asimismo, tal como se expuso anteriormente, el derecho comparado es conteste con la concesión de esta medida.
- h. Su requerimiento es de fácil concreción. Sin perjuicio de la posible providencia de oficio, o a instancia del síndico, el acreedor puede solicitar al juez la concesión de la medida precautoria sin tener que acudir a poderes o autorizaciones especiales por parte de sus mandatarios legales, ni cumplir exigencias especiales; simplemente debe adecuar su requerimiento a los recaudos procesales respectivos.

8. Conclusión

Ante la deficiente regulación legal que evidencia nuestra Ley Concursal respecto al rol del acreedor postconcursal en el concurso preventivo se torna fundamental la actividad del juez, quien debe suplir dichas lagunas apelando al sentido común y las herramientas que en forma genérica brindan la propia ley 24.522 y demás plexos normativos concordantes.

Subrayo la necesidad y conveniencia de encontrar soluciones preventivas que se anticipen al problema, evitando, en lo posible, la incertidumbre en los sujetos involucrados y dispendio jurisdiccional traducido en una farragosa tarea judicial.

En ese sentido se enrola la propuesta de la afectación de parte del patrimonio del concursado mediante la traba de medida cautelar de embargo preventivo.



El Código Civil y Comercial vinculado al Federalismo Fiscal

Prescripción liberatoria e impacto en el derecho administrativo local

JERÓNIMO DE LA ARENA⁽¹⁾



1. Introducción

Mucho se ha escrito sobre el Código Civil y Comercial (CCyC) cuyo proceso para su confección se inició en febrero de 2011, cuando la Presidenta de los argentinos firmó el decreto 191/2011, a través del cual se creó la Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación.

Dentro de las diferentes opiniones, tanto políticas, técnicas-políticas o técnicas pseudo-objetivas, hay quienes festejan su implementación y quienes la critican.

Entre esos desarrollos la mayoría se ha inclinado por analizar las modificaciones que consideraron más relevantes, en especial lo relacionado a materia de familia y sucesiones, propiedad horizontal, sociedades unipersonales, nuevas formas de contratación, entre otras.

(1) Abogado y Escribano (UNLP). Especialización en Derecho Tributario y Finanzas Públicas (UCALP). Miembro de la Cátedra II de Finanzas y Derecho Tributario de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas (UCALP).

Ahora bien, a veces, lo que parece una pequeña modificación, que hasta puede pasar desapercibida por el no especialista, implica en los hechos un cambio importantísimo.

Esto es lo que acontece justamente con el tópico que desarrollaremos en estas breves líneas. El tratamiento de la prescripción liberatoria en el Código Civil y Comercial, con especial referencia a la materia tributaria local.

2. La prescripción en el Código Civil y Comercial

La normativa en análisis trata la prescripción en el Libro VI, “Disposiciones comunes a los derechos personales o reales”, Título I, “Prescripción y caducidad”, Capítulo I, “Disposiciones comunes a la prescripción liberatoria y a la extintiva”.

A nivel metodológico, la sistematización del instituto de mención resulta más clara que la que surge del Código Civil, entre otras cosas, porque utiliza la misma normativa tanto para la prescripción liberatoria como para la adquisitiva, siempre y cuando no existan disposiciones específicas para alguno de los dos institutos, en cuyo caso rigen estas últimas.

Se otorga la opción a las provincias de regular los plazos de prescripción liberatoria de sus tributos, aplicándose supletoriamente el Código ante ausencia de normativa local específica.

Este es el tema que abordaremos de manera detallada, a renglón seguido, marcando la importancia que implica y, fundamentalmente, reconociendo el acierto que significa dar una solución legislativa a una situación que trajo posturas contrapuestas y que recién vino a zanjarse con la intervención del Poder Judicial de la Nación, en detrimento de las facultades constitucionales de las legislaturas locales.

3. Modificaciones generales

Antes de adentrarnos en el tema mencionado en el párrafo anterior es importante referirse de manera resumida a algunas de las restantes modificaciones en materia de prescripción, que trae aparejada la implementación de la nueva legislación civil y comercial.

Art. 2533: Establece el carácter imperativo del instituto, aclarando que las normas relativas al mismo no pueden ser modificadas por convención. De esta manera, se pone fin a una discusión doctrinaria de larga data.⁽²⁾

(2) En las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 2009, en la Comisión de Obligaciones, se abordó la cuestión dando lugar a las dos posturas contrapuestas. Una definió que la

Art. 2537: Regula la modificación de los plazos de prescripción por ley posterior, estableciendo que los que se aplican al momento de entrada en vigencia de una nueva ley se rigen por la ley anterior. Ahora bien, si por la ley anterior se requiere mayor tiempo que el que regula la nueva, la prescripción se cumple una vez que transcurra el tiempo designado por las nuevas leyes contado desde el día de su vigencia, a menos que el plazo fijado por la ley antigua finalice antes que el nuevo plazo contado a partir de la vigencia de la nueva ley, en cuyo caso se mantiene el de la ley anterior.

Art. 2540: Ratifica el principio de **personalidad de la suspensión de la prescripción**, que regía en el Código Civil, agregando a la excepción existente de las obligaciones indivisibles a las obligaciones solidarias, cuestión que también fuera materia de discusión entre los civilistas.

Art. 2542: Incorpora como causal de suspensión a la expedición, por medio fehaciente de la comunicación de la fecha de la audiencia de mediación o la celebración de la misma, la que ocurra primero. La misma se haya actualmente en la Ley 24.573 Nacional de Mediación Obligatoria.

Art. 2543: Establece la suspensión entre cónyuges durante el matrimonio, a diferencia de la normativa actual que mantiene la suspensión aún después del divorcio. También incorpora a la unión convivencial como razón de suspensión de la prescripción entre los convivientes.

Art. 2546: La norma se refiere a la interrupción por petición judicial, utilizando el vocablo “petición” en lugar de “demanda”, que surge de la legislación anterior e incorpora, al mismo tiempo, una directiva procesal, al establecer que la presentación del reclamo durante el plazo de gracia es idónea para producir la interrupción.

4. Las novedades de alcance temporal

Art. 2560: Regula el plazo genérico de la prescripción liberatoria en 5 años, modificando así, los plazos de 10 años que surgían del art. 4023 CC y el art. 846 de la normativa comercial anterior.

prescripción liberatoria no sucedida es irrenunciable y que están prohibidos los pactos que amplíen o abrevien los plazos de prescripción en razón del orden público que impera en la materia. La otra se inclinó por establecer que son válidos los pactos que amplíen o abrevien el plazo de prescripción salvo que exista prohibición legal.

Art. 2561: Incorpora dos cuestiones novedosas. En primer lugar, establece un plazo de prescripción de 10 años para el reclamo de resarcimiento de daños derivados de agresiones sexuales causadas a personas incapaces. En segundo término, instaura la imprescriptibilidad de las acciones civiles derivadas de delitos de lesa humanidad.

Por último, eleva de 2 a 3 años el plazo de prescripción de los reclamos de indemnización de daños derivados de la responsabilidad civil.

Art. 2564: Incluye un plazo de prescripción para obtener la revisión autónoma de la cosa juzgada, que fija en 1 año.

5. Prescripción de tributos provinciales

El Código reconoce expresamente la potestad de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para legislar en asuntos propios del derecho público local, como es el caso de la responsabilidad del Estado⁽³⁾ y lo relativo a los plazos de prescripción en cuestiones específicas de derecho local.

Es este último caso el tema central del presente trabajo. Seguiremos, para esto, la discusión acerca de los plazos de prescripción de los tributos locales, por ser esta materia la que tiene un desarrollo más acabado por la jurisprudencia de la Corte Nacional y porque los argumentos vertidos en los casos emblemáticos son los mismos que se usaron para declarar la inconstitucionalidad de otros institutos del derecho público local no tributarios como, por ejemplo, el caso de la prescripción de la acción para demandar judicialmente la nulidad de un acto administrativo y los efectos de los plazos de prescripción de la demanda judicial interpuesta ante juez incompetente en razón de la materia, entre otros.⁽⁴⁾

Cabe aclarar que lo que rige desde el 1º de agosto de este año es exactamente, lo contrario a lo que sucedía durante la vigencia del Código Civil. Conforme la jurisprudencia de la CSJN, las provincias, si bien poseían la facultad de crear sus tributos, no contaban con la potestad de regular las formas de extinción de las obligaciones materiales que surgieran de ellos, debiéndose aplicar, en materia de prescripción, la anterior normativa de fondo.⁽⁵⁾

(3) A través de la ley 26.944, promulgada el 7 de agosto de 2014, el Congreso de la Nación reguló el régimen de la responsabilidad del Estado, quitando del ámbito del Código Civil esta materia que se encontraba, históricamente, en ese cuerpo normativo.

(4) PADULO, ADRIANA, "El Código Civil y Comercial y la facultad de las provincias y de la Ciudad Autónoma para regular la prescripción en el derecho tributario", en *LL 2015-A*, 463.

(5) La Corte sentó este criterio en fallos: 326:3899; 332:616, entre otros, ratificando así su postura en relación a que "las legislaciones provinciales que reglamentaban la prescripción en

6. Recorrido jurisprudencial

6.1. Corte Suprema de Justicia de la Nación

Hace ya mucho tiempo que las provincias establecen términos y plazos de la prescripción de sus créditos tributarios en sus códigos fiscales. Ahora bien, cuando los plazos, el modo de contarlos y las causales de suspensión e interrupción, difieren de los que surgen del Código Civil, estas normas son consideradas inconstitucionales por el más alto órgano jurisdiccional de nuestro país. El mismo sentó su posición sobre la temática de manera explícita hace más de una década en el fallo Filcrosa,⁽⁶⁾ cuya postura fue reiterada posteriormente en la causa "Casma SRL"⁽⁷⁾ y, más recientemente a través del fallo "Bottoni".⁽⁸⁾

En la sentencia mencionada en primer término, la CSJN entendió que la regulación de la prescripción es una facultad privativa del Congreso de la Nación, encontrando fundamento en lo establecido en el art. 75, inc. 12 CN. No podrían las provincias, entonces, según el tribunal cimero, utilizar una facultad que fue delegada al Congreso Nacional.

Sostuvo la Corte en el considerando 4º de "Filcrosa":

Que no es hecho controvertido en autos que, dentro del régimen de competencias asignado por la Constitución Nacional, es facultad no delegada por las provincias al Gobierno Nacional la de establecer los tributos cuya verificación fue reclamada en autos. La cuestión litigiosa, en cambio, consiste en dilucidar si esa facultad incluye la de fijar la prescripción de los aludidos tributos o, en cambio, esta última corresponde a la Nación en razón de lo dispuesto en el art. 75, inc. 12, de la misma Constitución.

Concluye entonces, que las provincias poseen la facultad de crear y recaudar sus impuestos, ya que la misma no fue delegada al Congreso de la

forma contraria a los dispuesto por el Código Civil eran inválidas, pues las provincias carecen de facultades para establecer normas de fondo que impliquen apartarse de la aludida legislación de fondo, incluso cuando se trata de regulaciones concernientes a materia de derecho público local", conforme Fallos: 175:300; 176:115; 203:274; 284:319; 320:1344.

(6) CSJN, "Municipalidad de Avellaneda s/ inc. de verif. en: Filcrosa SA s/ quiebra", 30/09/2003, Fallos: 326:3899.

(7) CSJN, "Casa Casmma SRL s/ conc. prev. s/ incidente de verif. tardía por Municipalidad de la Matanza", 26/03/2009, Fallos: 332:616.

(8) CSJN, "Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ Bottoni, Julio H. s/ Ejecución Fiscal - Radicación de Vehículos", 06/12/2011, G. 37. XLVII. REX.

Nación al momento de la sanción de la CN, conforme lo establecido por el art. 121 de la misma. Lo que descarta la CSJN es que la autonomía local incluya la posibilidad de fijar plazos de prescripción propios e independientes de los regulados en el Código Civil.

Se colige entonces que ni las provincias ni los municipios pueden establecer plazos de prescripción de sus créditos tributarios, diferentes a los que surgen del Código anterior. Esto último se desprende con claridad del considerando 12 del fallo de mención, cuando establece:

Que en ese marco, debe tenerse presente que del texto expreso del citado art. 75, inc. 12, de la Constitución deriva la implícita pero inequívoca limitación provincial de regular la prescripción y los demás aspectos que se vinculan con la extinción de las acciones destinadas a hacer efectivos los derechos generados por las obligaciones de cualquier naturaleza. Y ello pues, aun cuando los poderes de las provincias son originarios e indefinidos y los delegados a la Nación definidos y expresos (*Fallos*: 320:619, entre otros), es claro que la facultad del Congreso Nacional de dictar los códigos de fondo, comprende la de establecer las formalidades que sean necesarias para concretar los derechos que reglamenta, y, entre ellas, la de legislar de manera uniforme sobre los aludidos modos de extinción (*Fallos*: 320:1344).

Queda claro entonces, que la jurisprudencia de la CSJN indica que, siendo la prescripción uno de los modos de extinción de las obligaciones y, como tal, un instituto general del derecho, su regulación pertenece al Congreso de la Nación y está vedado a las provincias.

Ahora bien, la discusión no ha sido pacífica y ha encontrado distintas posturas entre los máximos tribunales provinciales, algunos de los cuales han oscilado entre la tesis publicista, que reconoce facultades amplias a las provincias para legislar la prescripción y la privatista o civilista, que les niega la potestad para regular la extinción de la obligación tributaria por el paso del tiempo.⁽⁹⁾

(9) Los autores que abogan por la postura publicista reconocen la facultad de las provincias de legislar, no solo respecto del plazo de prescripción de sus tributos sin incidencia de la legislación civil de fondo, sino también respecto de la posibilidad de regular —de manera autónoma— la suspensión, interrupción y los modos de contar los plazos del instituto en tratamiento. La tesis llamada privatista o civilista, en cambio, establece que la prescripción es un instituto general del derecho y, como tal, ingresa en el núcleo de las materias delegadas por las provincias a la Nación según el inc. 12 del art. 75 de la CN. Por lo tanto, si bien

También hallamos órganos jurisdiccionales provinciales que han efectuado desarrollos intermedios o mixtos.⁽¹⁰⁾

6.2. Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires

Al fallar en las causas “Fisco de la Provincia contra Cooperativa de Almaceneros de Punta Alta”,⁽¹¹⁾ “Municipalidad de Monte Hermoso contra Expreso Sud Atlántico”,⁽¹²⁾ “Maggi Asociados”,⁽¹³⁾ “Montecchiari”⁽¹⁴⁾ y “Moscoso”,⁽¹⁵⁾ todas de 2007, la SCBA siguió los lineamientos establecidos por la CSJN.

En la primera de las causas mencionadas, la Corte Provincial rechazó el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, interpuesto por el fisco contra la sentencia de Cámara que había confirmado el fallo de primera instancia. La Cámara había sostenido que, en los casos de obligaciones fiscales, el término para que operase la prescripción era el quinquenal establecido por el art. 4027, inc. 3º CC: “... y no ya el irrazonable plazo decenal del art. 119 del Código Fiscal, dispositivo este último que resulta inconstitucional por contrariar la ya referida norma de fondo”;⁽¹⁶⁾ agregando que el poder de reservarse, las provincias, la facultad de determinar hechos imponibles y establecer tributos sobre esa base, no incluía la atribución de normar otros aspectos que hacían a la regulación general de las obligaciones.

pueden crear tributos no pueden regular las formas de extinción de las obligaciones que surgen de ellos, ya que esta materia solo puede ser legislada por el Congreso Nacional.

(10) El caso de una tesitura mixta puede verse en la Suprema Corte de Mendoza que, a través de fallo dictado el 23 de agosto de 2012 en el exp. 316.212/43.245, “Dirección General de Rentas c/ Pickelados Mendoza SA p/ apremio s/ cas.”, reconoció que, en el caso, debían prevalecer las normas del Código Fiscal en referencia a las causales de suspensión e interrupción de la prescripción de tributos provinciales por sobre el Código Civil aunque aplicando un test de razonabilidad.

(11) SCJ BUENOS AIRES, “Fisco de la Provincia de Buenos Aires. Incidente de revisión en autos: Cooperativa Provisión Almaceneros Minoristas de Punta Alta Limitada. Concurso preventivo” 30/05/2007, C. 81.253.

(12) SCJ BUENOS AIRES, “Municipalidad de Monte Hermoso contra Expreso Sud Atlántico SRL. Apremio”, 09/05/2007, C. 81.410.

(13) SCJ BUENOS AIRES, “Fisco de la Provincia de Buenos Aires. Incidente de Revisión en autos: Maggi Asociados SRL. Concurso preventivo”, 30/05/2007, C. 87.124.

(14) SCJ BUENOS AIRES, “Fisco de la Provincia de Buenos Aires. Incidente de revisión en autos Montecchiari, Dardo s/ quiebra”, 30/05/2007, C. 84.445.

(15) SCJ BUENOS AIRES, “Fisco de la Provincia de Buenos Aires. Incidente de Revisión en autos: Moscoso, José Antonio. Concurso preventivo”, 30/05/2007, C. 84.976.

(16) SCJ BUENOS AIRES, “Fisco de la Provincia de Buenos Aires. Incidente de revisión en autos: Cooperativa Provisión Almaceneros Minoristas de Punta Alta Limitada. Concurso preventivo”, 30/05/2007, C. 81.253.

La Corte Provincial, en este caso, a través del voto del Dr. Soria, al que adhirieran los Dres. Hitters, Kogan y Genoud estableció que:

Teniendo en cuenta que en el *sub lite* los fundamentos que sustentaron la descalificación constitucional de la norma debatida (art. 119, Código fiscal) resultan contestes con el reseñado pronunciamiento de la Corte Nacional, habida cuenta de la analogía de las situaciones ventiladas en ambas causas, no advirtiendo tampoco un caso de excepción como el puntualizado en el consid. 14 *in fine* del voto de la minoría en el citado precedente ‘Filcrosa’, elementales razones de economía procesal y seguridad jurídica (doct. CSJN, Fallos 307:1094; 312:2007; 318:2103; 320:1660), me llevan a sostener que los agravios del fisco recurrente no deben tener acogida, debiendo confirmarse, en consecuencia, el pronunciamiento impugnado.⁽¹⁷⁾

Aquí están, a mi entender, las dos razones por las que el citado órgano jurisdiccional se inclinó por negarle a la provincia de Buenos Aires y a los municipios que la componen, la potestad de regular plazos de prescripción de sus créditos tributarios. Me refiero a que se optó por sostener los fundamentos de la Corte Nacional por cuestiones de economía procesal y seguridad jurídica.

El Dr. Hitters, citando a Bidart Campos, expresaba en su voto en el fallo Moscoso: “... porque la Corte es el último y más genuino intérprete de la Carta fundamental y, por ende, la exégesis que hace de ella, es como si fuera la Constitución misma, expandiéndose en forma vinculante para los demás judicantes, en los tópicos federales.”⁽¹⁸⁾⁽¹⁹⁾

Podemos concluir, según la jurisprudencia mencionada, que siendo la prescripción materia federal y existiendo una postura tomada por la CSJN, quien es el último intérprete de la CN, el resto de los tribunales del país, sean federales o locales no pueden sino acoplarse a lo decidido por el más alto tribunal de la Nación.

(17) SCJ BUENOS AIRES, “Fisco de la Provincia de Buenos Aires. Incidente de revisión en autos: Cooperativa Provisión Almaceneros Minoristas de Punta Alta Limitada. Concurso preventivo”, 30/05/2007, C. 81.253.

(18) BIDART CAMPOS, GERMÁN, “El control de constitucionalidad de oficio en sede provincial”, en ED 100-633.

(19) SCJ BUENOS AIRES, “Fisco de la Provincia de Buenos Aires. Incidente de revisión en autos: Cooperativa Provisión Almaceneros Minoristas de Punta Alta Limitada. Concurso preventivo”, 30/05/2007, C. 81.253.

6.3. Tribunal Superior de Justicia de CABA

Hasta el 22 de octubre de 2013, y a diferencia de su par bonaerense, el referido tribunal defendió la potestad local de establecer plazos de prescripción de créditos tributarios diferentes a los del Código Civil. Así lo resolvió al fallar, en la causa “Sociedad Italiana de Beneficencia de Buenos Aires v. DGC s/ resolución DGR 1881/2000”. Dijo el alto tribunal porteño: “... la ciudad de Buenos Aires goza y ejerce facultades tributarias propias, como las provincias junto con las que integra el sistema federal argentino y con las que concurre en el régimen de coparticipación previsto en el art. 75, inc. 2, CN”, y que “... dentro del ejercicio de las potestades tributarias autónomas es lógico que la normativa local pueda regular tanto lo relativo al nacimiento de la obligación tributaria, como a su régimen de cumplimiento y a su exigibilidad, entre otros factores”.⁽²⁰⁾

Es interesante aquí advertir que el argumento que esgrime uno de los jueces de la Suprema Corte de Justicia, para defender la autonomía tributaria local, se basa en el mismo inc. 12 del art. 75 de la CN. Sin embargo, y a diferencia de la CSJN, extrae una conclusión opuesta, haciendo hincapié en otra parte del texto. Entiende la Dra. Conde que la norma citada, cuando establece que es atribución del Congreso Nacional la de dictar los códigos civil, comercial, etc.; refiere asimismo, que tales códigos no podrán alterar las jurisdicciones locales. Es decir, según el voto mencionado, la frase no dejaría lugar para la discusión en cuanto a que: “... desde el punto de vista del diseño constitucional argentino, la jurisdicción tributaria local no se encuentra regulada por las disposiciones de los cuerpos normativos enunciados en el precepto citado”.

Dentro del fallo señalado, el reconocido tributarista y miembro del TSJ, Dr. Osvaldo Casas, expresaba, en defensa de la tesis contraria a la sostenida por la CSJN en “Filcrosa”: “... la autonomía dogmática del Derecho tributario —dentro de la unidad general del Derecho— es predictable respecto de tal rama jurídica tanto en el orden federal como local”, entendiendo que la regulación de los plazos de prescripción están incluidos dentro de las potestades locales.

(20) SCJ BUENOS AIRES, “Sociedad Italiana de Beneficencia en Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Sociedad Italiana de Beneficencia en Buenos Aires c/DGC (resolución N° 1881/DGR/ 2000) s/recurso de apelación judicial c/decisiones de DGR (art. 114 Cod. Fisc.)”, 17/11/2003, Expte. N° 2192/03.

Mencionamos arriba que esta postura se mantuvo hasta octubre de 2013, y esto es así porque, recién en el fallo “Marini Osvaldo Oscar”,⁽²¹⁾ se acopló a la doctrina de la Corte Nacional en materia de prescripción tributaria, por los mismos argumentos que, años antes, lo hizo su par bonaerense, razones de economía procesal.⁽²²⁾

7. El cambio de paradigma

El art. 2532 CCyC determina, en cuanto al ámbito de aplicación de las disposiciones de la prescripción, que: “En ausencia de disposiciones específicas, las normas de este Capítulo son aplicables a la prescripción adquisitiva y liberatoria. **Las legislaciones locales podrán regular esta última en cuanto al plazo de tributos**”.⁽²³⁾ A su vez, el art. 2560 del mismo cuerpo normativo establece lo siguiente: “Plazo genérico. El plazo de la prescripción es de cinco años, **excepto que esté previsto uno diferente en la legislación local**”.⁽²⁴⁾

Esto es absolutamente novedoso. La nueva legislación se inclina por la tesis publicista de la prescripción de créditos tributarios, por sobre la visión privatista, que es justamente la que viene sosteniendo desde hace tiempo la CSJN.

En lo que aquí respecta debemos prestar atención a la última parte del art. 2532, donde se determina que las legislaciones locales quedan habilitadas para regular los plazos de la prescripción liberatoria.

Estas trece palabras dan por tierra la postura de la CSJN. Es el legislador nacional quien viene a aclarar que el CCyC, en cuanto a plazos de prescripción liberatoria se refiere, reviste carácter supletorio para la materia tributaria local. Si hay un plazo provincial, es ese el que rige. Ante la falta

(21) SCJ BUENOS AIRES, “Marini, Osvaldo Oscar s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: GCBA c/ Osvaldo Marini s/ej. fisc. - avalúo”, 22/10/2013, Expte. N° 9070/12.

(22) Dijo el Dr. Casas en su voto: “Habida cuenta de que la organización judicial argentina coloca en el vértice superior de los tribunales nacionales y locales a la CSJN, y que el Tribunal címero ha venido a entender que la prescripción es un instituto del Derecho Común —aún en el ámbito de regulaciones propias del Derecho Público Local como son las referentes a las obligaciones tributarias, comprendiendo los plazos de prescripción, el momento a partir del cual se inicia su cómputo y las causales de interrupción y suspensión—, entiendo que por respeto a la autoridad institucional del Alto Estrado y razones de economía procesal, esta causa debe fallarse con sometimiento a la doctrina que dimana de los precedentes Filcrosa SA s/quiebra s/incidente de verificación de Municipalidad de Avellaneda...”.

(23) Código Civil y Comercial, Bs. As., Infojus, 2015, p. 440. El resaltado me pertenece.

(24) Ibid., p. 444. El resaltado me pertenece.

de uno, ahí sí habrá que acudir al plazo genérico del art. 2560, o en su defecto, al plazo especial del art. 2562.⁽²⁵⁾

Ahora bien, entiendo que la técnica empleada por el legislador nacional para poner un coto o cierre a la discusión acerca de los plazos de prescripción, no deja del todo contentos ni a los que sostienen la tesis privatista ni a los que defienden la postura publicista. Y esto, por lo siguiente: Aunque parezca una obviedad decirlo, no deja contentos a los que propugnan la tesis privatista, porque la nueva normativa reconoce expresamente la potestad local de regulación de plazos de prescripción liberatoria.

Y, a pesar de la claridad de la legislación en tratamiento, por lo menos en cuanto a los plazos, las dudas persisten. En especial, por el pronunciamiento de la CSJN cuando el Código se encontraba con media sanción de la Cámara de Senadores. El mismo se corresponde con la causa “Municipalidad de la Ciudad de Corrientes c/ Herrmann Alejandro Enrique s/ apremio”.⁽²⁶⁾ En la misma, y a través del considerando 6º, reitera la doctrina “Filcrosa” estableciendo:

Que la prescripción de las obligaciones tributarias locales, tanto en lo relativo a sus respectivos plazos, como al momento de su inicio, y a sus causales de suspensión e interrupción, en virtud de lo dispuesto por el art. 75, inc. 12 de la CN, se rigen por lo estatuido por el Congreso de la Nación de manera uniforme para toda la República y, ante la ausencia de otra norma nacional que la discipline, su solución debe buscarse en el Código Civil, pues, la prescripción, no es un instituto del derecho público local sino un instituto general del derecho (ver “Filcrosa” —Fallos: 326:3899—, doctrina reiterada en precedentes posteriores —Fallos: 332:616, entre otros—, a cuyos fundamentos cabe remitir, en lo pertinente, por motivos de brevedad).

El mantenimiento de la postura jurisprudencial por la Corte, cuando el nuevo texto se encontraba con media sanción, refuerza, a mi parecer, la postura privatista, cuyos defensores podrían ensayar nuevos argumentos en contra del Código Civil y Comercial.

(25) Discusión que tampoco será pacífica, aunque excede el objetivo del presente trabajo. Por eso solo dejamos planteada la inquietud. En caso de no estar regulado plazo provincial de prescripción alguno, ¿cuál es el plazo nacional aplicable? ¿El de 5 años, establecido con carácter general o el de 2 años previsto para todo lo que se devenga por años o plazos periódicos más cortos?

(26) CSJN, “Municipalidad de la Ciudad de Corrientes c/ Herrmann Alejandro Enrique s/ apremio”, 11/02/2014, M. 804. XLVIII. REX.

El más fuerte estriba en entender que el art. 2532 efectúa una delegación a las legislaturas locales. Si la Constitución, a través del inc. 12 del art. 75 le otorgó la potestad al Congreso Nacional de regular las obligaciones —uno de cuyos aspectos sería, según esta postura, la finalización de la relación jurídica obligacional— mal podría el mismo Congreso delegarla en los órganos deliberativos provinciales. Para que esta delegación no fuera inconstitucional habría que modificar, justamente, la Constitución.

Ahora bien, un argumento bastante parecido se puede ensayar desde la otra orilla. Y es que los defensores de las tesis publicista sostienen que, si la prescripción es materia local desde su inicio como una facultad no delegada a la Nación y que, por ende, conservan los estados locales (ver art. 121 CN), mal podría el Congreso Nacional delegar una materia de la cual nunca fue titular.

Habrá que esperar, en definitiva, la postura que adopte la CSJN cuando tenga que volver a fallar con la letra del Código Civil y Comercial pero, de ninguna manera, podemos decir que la nueva normativa dé por agotada la discusión, sino más bien que la reaviva.

8. ¿Quién establece el modo de contar el plazo, suspenderlo o interrumpirlo?

En cuanto a este tema, surge la incógnita acerca de si teniendo facultades de regular el plazo de la prescripción liberatoria, de acuerdo al Código, pueden las provincias, a su vez, establecer normas en cuanto al modo de contarla y en relación a la suspensión e interrupción del mismo.

Los códigos fiscales provinciales no solo regulan modos de suspensión e interrupción de manera diversa de los que surgen del Código Civil, sino que también comienzan a contar el plazo a partir de un momento distinto.

Tomemos el momento de inicio del plazo. A modo de ejemplo, la provincia de Buenos Aires establece en el primer y segundo párrafo del art. 159 del Código Fiscal, que los términos de prescripción de las acciones y poderes de la Autoridad de Aplicación para determinar y exigir el pago de las obligaciones fiscales, así como también para aplicar y hacer efectivas las sanciones por incumplimiento, comenzarán a correr desde el 1º de enero siguiente al año al cual se refieren las obligaciones fiscales en el primer caso, y desde el 1º de enero siguiente al año en que haya tenido lugar la violación de los deberes formales o materiales en el segundo caso.

Con solo leerlo se advierte que, en el Código Civil este no es el modo en que comienza a correr el plazo. La citada normativa, específicamente en el art. 3956, establece que la prescripción de las acciones personales, lleven o no intereses, comienza a correr desde la fecha del título de la obligación. Es decir que, en el caso de que el vencimiento de la obligación de pagar el tributo venza el 1º de febrero de 2015, si tomamos la norma civil de fondo, el plazo para contar la prescripción comenzaría a correr a partir del 2 de febrero de este año. En cambio, si tenemos en cuenta la previsión de la legislación fiscal bonaerense el plazo recién iniciaría el 1º de enero de 2016.

No es tema menor, entonces, el análisis acerca de si además de fijar el plazo, con el Código Civil y Comercial pueden o no las provincias regular el modo de contarlos.

El art. 2554 CCyC refiere: "Regla general. El transcurso del plazo de prescripción comienza el día en que la prestación es exigible". Vemos cómo, si bien se modifica la redacción, el efecto es el mismo, tanto en la normativa civil y comercial actual como en el Código Civil.

Ahora bien, cuando el CCyC establece en su art. 2532 que las legislaciones locales podrán regular la prescripción liberatoria en cuanto al plazo de tributos, ¿incluye o no al modo en que se cuenta tal plazo? Por un lado, hay quien entiende que, tanto el inicio del plazo, como la suspensión, interrupción y la dispensa, pueden ser regulados por las provincias, y solo en ausencia de normativa expresa local se aplicaría, supletoriamente el Código Civil y Comercial.⁽²⁷⁾

En contraposición a esta reflexión, se cree también que lo único que delegó el nuevo texto en las legislaciones locales fue el establecimiento del plazo, más no así lo que respecta al cómputo, suspensión e interrupción del mismo,

(27) Explica la Dra. Adriana Padulo: "Si el legislador solo hubiera querido limitar la potestad de las provincias y la CABA, a la definición del lapso de la prescripción, hubiera bastado con lo dispuesto en el art. 2560, en el cual después de establecerse que el plazo genérico es de cinco años, se agrega 'excepto que esté previsto uno diferente en la legislación local'. Sin embargo, también contempla la facultad de las legislaturas locales para legislar sobre esta materia, en el Capítulo 1º: referido a las 'Disposiciones comunes a la prescripción liberatoria y adquisitiva'. Allí en el art. 2532, al definirse el ámbito de aplicación de las normas que regulan la prescripción liberatoria se establece: 'En ausencia de disposiciones específicas, las normas de este Capítulo son aplicables a la prescripción adquisitiva y liberatoria. Las legislaciones locales podrán regular esta última en cuanto al plazo de tributos'. Si tenemos en cuenta que en las diferentes secciones de ese capítulo, se regula la suspensión, interrupción y dispensa de la prescripción, es evidente que lo dispuesto en el art. 2532 comprende todos los aspectos regulados en el mismo capítulo y no solo a la cuestión temporal, la cual tiene su norma específica en el art. 2560". PADULO, ADRIANA, "El Código Civil y Comercial y la facultad de las provincias y de la Ciudad Autónoma para regular la prescripción en el derecho tributario", en *LL*, 2015-A, 463, 09/01/2015).

que se regirá por el nuevo cuerpo normativo de fondo,⁽²⁸⁾ siguiendo, excepto en lo que respecta a la creación del plazo, la doctrina de "Filcrosa".

La primera postura parece enrolarse en la tesis publicista, mientras que, en el segundo caso, nos encontraríamos ante una argumentación típica de la tesis privatista que, si bien no le queda más remedio que aceptar la competencia de las provincias para regular los plazos de prescripción, de ninguna manera considera que esto las habilite para modificar lo que establece el CCyC en materia de suspensión, interrupción y modo de contar el plazo.

A nuestro parecer resulta claro que, en el nuevo texto el legislador nacional solo ha querido otorgar, o mejor dicho devolver, a las provincias la potestad para implementar plazos de prescripción autónomos, más no así la facultad de regular los modos de contabilizar dichos plazos ni las formas de suspensión e interrupción del instituto mencionado.

Creemos que el salto desde la teoría privatista a la publicista ha quedado a mitad de camino. Si bien debemos reconocer que parece extraño otorgar la facultad de establecer el plazo, que es la hipótesis de máxima y no conceder la de establecer los modos de contabilizarlo, suspenderlo e interrumpirlo, que sería la hipótesis de mínima, no creemos que la modificación haya llegado a tal extremo de devolver a las legislaturas locales lo que nunca han delegado en el Congreso Nacional.

Lo cierto es que el tema está lejos de cerrarse y será nuevamente la CSJN quien termine por definirse en uno u otro sentido, aunque teniendo en cuenta como viene hasta ahora esta historia, veo difícil que el tribunal címero se incline por reconocer la facultad autónoma y plena de las provincias de regular en su totalidad la prescripción de los tributos locales.

9. Aplicación anticipada del Código Civil y Comercial

Mientras trabajábamos con estas cuestiones, nos encontramos con una curiosa sentencia de la Sala Tercera de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires del 09/03/2015, *in re "GCBA c/ AGM Argentina SA s/ Ejecución Fiscal"*, que vale la pena traer a colación.

(28) YOLÍS, LEANDRO, "La prescripción liberatoria respecto de los tributos provinciales en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación", Suplemento Constitucional, 27/11/2014, 55, LL, 2014-F, 1065.

En el fallo citado se efectuó, de alguna manera, una aplicación anticipada del art. 2532 CCyC, entendiendo en este caso, que —además de los plazos— la Ciudad Autónoma también tiene competencia para regular la suspensión e interrupción de la prescripción.

El caso llegó a conocimiento de la Cámara en relación a la apelación impetrada por la empresa actora contra la sentencia de primera instancia que —al rechazar el planteo de prescripción esgrimido por la demandada— ordenó llevar adelante una ejecución fiscal por el cobro de una deuda relacionada con un ajuste fiscal del impuesto sobre los ingresos brutos.

La Sala mencionada confirma el rechazo de la excepción de prescripción planteada por el contribuyente, basándose en la potestad de los gobiernos provinciales para regular en materia de prescripción de forma autónoma, potestad que entró en vigencia con posterioridad a la sentencia en análisis. Sin embargo, citando el art. 2532 CCyC, el órgano jurisdiccional consideró que la normativa refiere la voluntad del Congreso Nacional de "... no legislar en materia de prescripción de tributos locales y de que esa facultad sea ejercida por las legislaturas locales".

Lo particular de esta tesis es la forma en la que falló, aun reconociendo que la norma utilizada no se encontraba vigente. Y lo realmente importante es que adelanta la discusión arriba descripta acerca de la facultad de las legislaturas locales sobre el cómputo, suspensión e interrupción del plazo de prescripción.

10. Conclusiones

Señalaba la Dra. Argibay a través de su voto en la causa "Casmma":

... la línea de decisiones que viene siguiendo el Tribunal a partir del caso Filcrosa no ha merecido respuesta alguna del Congreso Nacional, en el que están representados los estados provinciales y cuenta con la posibilidad de introducir precisiones en los textos legislativos para derribar así las interpretaciones judiciales de las leyes, si de alguna manera se hubiera otorgado a estas un significado erróneo.⁽²⁹⁾

Pues bien, después de más de una década del caso "Filcrosa", los representantes del Congreso Nacional han venido, de algún modo, a dar

(29) CSJN, "Casa Casmma SRL s/ conc. prev. s/ incidente de verif. tardía por Municipalidad de la Matanza", 26/03/2009, Fallos: 332:616.

respuesta a esta línea de pensamiento, que limitó el ejercicio de los poderes provinciales en el ámbito de sus materias reservadas, específicamente, la materia tributaria.

Se podrá discutir si la posibilidad de normar los plazos incluye los modos de contarlos, suspenderlos e interrumpirlos. Se podrá discutir si el modo de resolver esta cuestión es acorde a la Constitución y también, se podrá argumentar sobre si la respuesta es completa, razonable o irrazonable. Lo que no puede desconocerse es que el órgano deliberativo nacional, tanto a través de la Cámara que representa a los habitantes de la Nación, como la que representa directamente a las provincias ha tomado partido por una doctrina opuesta, en mayor o menor medida, a la que sostiene el máximo órgano de justicia de nuestro país. Y esta postura, que se acerca a la tesis publicista, es hoy ley para todos los habitantes de la Nación y para todos los estamentos del Gobierno nacional, provincial y municipal.

Ahora bien, tampoco puede desconocerse que el Código Civil y Comercial hace renacer una discusión que parecía feneida.

Habrá que esperar a ver cuál es la interpretación final de la norma, a partir de los casos que resuelva en un futuro inmediato la Corte Nacional que, no olvidemos, no cuenta —hoy en día— con varios de los ministros que votaran en las causas citadas, lo cual de ninguna manera, es un dato menor a tener en cuenta.

A modo de cierre, no quiero dejar de expresar que este nuevo paradigma implica un paso hacia adelante. Y no por el fondo de la discusión, sino por la forma.

Si bien es cierto que resta saber la opinión de la Corte Nacional acerca de la constitucionalidad de la modificación en tratamiento, no se puede soslayar que, mientras que en el Congreso Nacional las provincias y los municipios que las componen encuentran representación, esto no ocurre en el Poder Judicial nacional.

Entonces, aunque sea en la forma, este nuevo paradigma implica una mejor solución a la cuestión y una alternativa más democrática.

En definitiva, un paso adelante en el largo camino hacia el federalismo fiscal.



Este libro se terminó de imprimir en Sitiolpress Artes Gráficas en octubre de 2015.



Sitio de Montevideo 2850, Lanús Este. Tel. 2050-4723 info@sitiolpress.com.ar www.sitiolpress.com.ar