RDA

DERECHO ADMINISTRATIVO

REVISTA DE DOCTRINA, JURISPRUDENCIA, LEGISLACIÓN Y PRÁCTICA

Julio - Agosto 2021 | 136

DIRECTOR:
JUAN CARLOS CASSAGNE

SUBDIRECTORES:
Pablo Esteban Perrino
David Andrés Halperin
Estela B. Sacristán

ISSN 1851-0590

INCLUYE VERSIÓN DIGITAL

ABELEDOPERROT

ISSN: 1851-0590
RNPI: 5074816

Todos los derechos reservados
© **ABELEDOPERROT S.A.**

Dirección, administración y redacción
Tucumán 1471 (C1050AAC)
laley.redaccionjuridica@tr.com

Ventas
CASA CENTRAL
Tucumán 1471 (C1050AAC)
Tel.: 4378-4700 / 0810-266-4444

LOCAL I FACULTAD DE DERECHO - UBA
Figueroa Alcorta 2263 (C1425CKB)
Tel. / Fax: 4806-5106

Atención al cliente: 0810-266-4444
Buenos Aires - Argentina

Hecho el depósito que establece la ley 11.723.
Impreso en la Argentina. Printed in Argentina.

Nota de la Dirección: Las opiniones vertidas en los comentarios firmados son privativas de quienes las emiten.

Se terminó de imprimir en la 2da. quincena de julio de 2021, en los talleres gráficos de La Ley S.A.E. e I., Bernardino Rivadavia 130, Avellaneda - Provincia de Buenos Aires, República Argentina

RDA

DERECHO ADMINISTRATIVO

REVISTA DE DOCTRINA, JURISPRUDENCIA, LEGISLACIÓN Y PRÁCTICA

DIRECTOR:
JUAN CARLOS CASSAGNE

SUBDIRECTORES:
Pablo Esteban Perrino
David Andrés Halperin
Estela B. Sacristán

Julio - Agosto 2021 | 136

INCLUYE VERSIÓN DIGITAL

ABELEDOPERROT

Consejo de Redacción

Pedro Aberastury (h.) - Carlos A. Andreucci - Alberto B. Bianchi - Alberto Biglieri - Carlos Botassi - Pedro J. J. Coviello - Beltrán Gambier - Agustín Gordillo - Roberto E. Luqui - Jorge Muratorio - Daniel M. Nallar - María Jeanneret de Pérez Cortés - Jorge H. Sarmiento García - Domingo J. Sesin - Daniel F. Soria - Guido S. Tawil

Secretarios de Redacción

Juan Cruz Azzarri - Ernesto Nicolás Bustelo - Alfonso Buteler - Ariel Cardaci Méndez - Ezequiel Cassagne - Santiago Castro Videla - Karina Cicero - Juan Gustavo Corvalán - Julio Durand - Martín Renato Espinoza Molla - Ana Patricia Guglielminetti - Mariano Palacios - Marisa Panetta - Gustavo E. Silva Tamayo

Coordinador

Nicolás R. Acerbi Valderrama

Consejo Consultivo Internacional

Hermann-Josef Blanke (Alemania)
Christian Pielow (Alemania)
Karl-Peter Sommermann (Alemania)
Odete Medauar (Brasil)
Fabio Medina Osorio (Brasil)
Romeu Felipe Bacellar Filho (Brasil)
Diogo de Figueiredo Moreira Neto (Brasil)
Vitor Rhein Schirato (Brasil)
Felipe de Vivero (Colombia)
Jorge Enrique Ibáñez Najar (Colombia)
Libardo Rodríguez Rodríguez (Colombia)
Consuelo Sarria (Colombia)
Alejandro Vergara Blanco (Chile)
Tomás Ramón Fernández (España)
José Luis Martínez López-Muñiz (España)
Santiago Muñoz Machado (España)
Luis Martín Rebollo (España)
Franck Moderne (Francia)
Pierre Subra de Bieusses (Francia)
Carlo Marzuoli (Italia)
Domenico Sorace (Italia)
Aldo Travi (Italia)
Luciano Vandelli (Italia)
Luis José Bejar Rivera (México)
Jorge Danós Ordóñez (Perú)
Richard Martin Tirado (Perú)
Lino Torgal (Portugal)
Allan R. Brewer-Carías (Venezuela)
Víctor Hernández Mendible (Venezuela)

DIRECCIÓN ACADÉMICA
Mónica Pinto

COMITÉ HONORARIO

Agustín Gordillo
Aída Kemelmajer
Alberto J. Bueres
Carlos Etala
Cecilia Grosman
Eugenio Bulygin
Eugenio R. Zaffaroni
Héctor Alegria
José Tobías
Julio C. Rivera
Nelly Minyersky
Noemí Lidia Nicolau

COMITÉ ACADÉMICO

Administrativo
Carlos F. Balbín
Fernando R. García Pullés
Ernesto A. Marcer
Guido Santiago Tawil

Constitucional
Alberto B. Bianchi
Roberto Gargarella
María Angélica Gelli
Juan V. Sola

Internacional Privado
María Susana Najurieta
Alfredo Mario Soto
María Elsa Uzal

Internacional Público
Susana Ruiz Cerutti
Silvina González Napolitano
Raúl Vinuesa

Familia
Carlos Arianna
Luis Ugarte
Adriana Wagmaister

Civil
Carlos Hernández
Sebastián Picasso
Sandra Wierzba
Diego Zentner

Penal
Mary Beloff
Alberto Edgardo Donna
Daniel Pastor

Laboral
Mario Ackerman
Adrián Goldin
Julio César Simón

Comercial
Rafael Mariano Manóvil
Horacio Roitman

Filosofía
Ricardo Guibourg
Rodolfo Vigo

Derechos Humanos
Laura Giosa
Roberto Saba

Ambiental
Néstor Cafferatta
Leila Devia
Silvia Nonna

COMITÉ EDITORIAL

Penal
Fernando Córdoba
Fernando Díaz Cantón
Ivana Bloch
Marcelo Ferrante
Marcos Salt
Marcelo Sgro

Criminología
Gabriel Ignacio Anitua
Matías Bailone
Máximo Sozzo

Familia
Silvia Eugenia Fernández
Eleonora Lamm
Ida Scherman

Civil
Carlos Calvo Costa
Luis Daniel Crovi
María Victoria Famá
Adriana Krasnow
Luis F. P. Leiva Fernández
Carlos Parellada
Máximo Gonzalo Sozzo

Laboral
Lucas Caparrós
Juan Pablo Mugnolo
Claudia Priore

Constitucional
María Gabriela Ábalos
Marcela Basterra
María Laura Clérico
César Sebastián Vega

COMITÉ EDITORIAL *(Continuación)*

Internacional Público
Emiliano Buis
Alejandro Chehtman
Natalia Luterstein
Nahuel Maisley

Internacional Privado
Paula María All
Nieve Rubaja
Luciana Scotti

Administrativo
Alfonso Buteler
María Paula Renella
Susana Vega

Comercial
Hugo Acciarri
Pablo Heredia
Lorena Schneider
Pamela Tolosa

Filosofía
Marcelo Alegre
Claudio Eduardo Martyniuk
Renato Rabbi-Baldi Cabanillas

Derechos Humanos
Leonardo Filippini
Calógero Pizzolo
Silvina Zimerman

Ambiental
Mariana Catalano
José Esaín

Director Editorial
Fulvio G. Santarelli

Jefa de Redacción
Yamila Cagliero

Editores
Nicolás R. Acerbi Valderrama
Florencia Candia
Elia Reátegui Hehn
Marlene Slattery

ÍNDICE

ESTUDIOS

Reflexiones sobre el principialismo y el neoconstitucionalismo. La llamada "constitucionalización de los derechos"
Juan Carlos Cassagne 3

Regulación para la recuperación económica: comparada, prospectiva y de consenso
Zulima Sánchez Sánchez 11

La Procuración General de la Nación y la doctrina de los Gobiernos *de facto*. Una perspectiva histórica
Mariano Palacios 24

El control del Congreso sobre los decretos de necesidad y urgencia. El plazo para que las Cámaras se pronuncien
Daniel Horacio Aquino 62

Los recursos directos y la doble instancia judicial en materia de sanciones administrativas
Germán Bernardi 75

El Consejo Privado inglés y su comparación con el Consejo de Estado francés
Pablo J. Majul 84

Estado nacional, orden público y arbitraje. Primera parte
Jimena Vega Olmos 97

Un futuro cercano. Una justicia inteligente en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (con especial referencia al proceso de ejecución fiscal)
María Milagros Flores 108

Breves consideraciones sobre la prohibición de *reformatio in pejus* en el procedimiento disciplinario desde una perspectiva jurídica trialista
Francisco M. Sabalua - Lisandro Omar Emmanuel Erreguerena 144

JURISPRUDENCIA ANOTADA

FACULTADES DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES EN MATERIA DE EDUCACIÓN
Facultades concurrentes. Límites de la autoridad nacional. Federalismo como sistema cultural de convivencia. Principios aplicables: "lealtad federal" o "buena fe federal". Estatus constitucional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Atribuciones para decidir sobre los modos de promover y asegurar la educación de sus habitantes. Poder de policía sobre cuestiones de salud y salubridad públicas y sobre la organización y funcionamiento de sus instituciones educativas. El derecho fundamental a la educación. Protección de la salud en la emergencia sanitaria. Cuestiones ajenas a la decisión del Poder Judicial. 155

El conflicto entre la Ciudad de Buenos Aires y el Poder Ejecutivo. ¿Cuál es el límite de los jueces para elegir los fundamentos de un fallo?
Alberto B. Bianchi 202

Trascendente fallo sobre la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y otras cuestiones federales
Antonio M. Hernández 207

Autonomía de la Ciudad de Buenos Aires: puntos clave para el ejercicio de facultades concurrentes en el federalismo argentino
María Gabriela Ábalos 223

La doctrina de la emergencia en el precedente de la Corte Suprema sobre clases presenciales
Juan Santiago Ylarri 232

DERECHO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA
Información sobre estados contables. Colegio Público de Abogados de la Capital Federal. Carácter de la información requerida. Procedencia de la demanda..... 242

El control democrático de la función administrativa en las personas jurídicas no estatales
Leandro Salgan Ruiz 245

TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES
Impugnación del DNU 690/2020. Intervención de la Asociación Argentina de Televisión por Cable (ATVC) como tercero. Proceso colectivo. Delimitación de la clase afectada. Suspensión de la aplicación de la norma impugnada 255

La legitimación de las asociaciones para la defensa de los derechos de incidencia colectiva referidos a intereses individuales homogéneos. A propósito de la reciente sentencia en la causa "Catrie Televisora Color SRL"
Juan Cruz Azzarri - Milagros Lezica 266

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO PROVINCIAL
Obrar disfuncional de órganos jurisdiccionales. Tribunal competente para resolver..... 282

Proceso administrativo bonaerense. Responsabilidad del Estado por su actividad jurisdiccional
Miguel H. E. Oroz 285

ESTUDIOS

Reflexiones sobre el principialismo y el neoconstitucionalismo

La llamada "constitucionalización de los derechos"

Juan Carlos Cassagne

Sumario: I. El panorama de la filosofía jurídica como punto de partida y el surgimiento de los principios generales en el derecho público.— II. El principialismo, el Estado de derecho constitucional y los distintos neoconstitucionalismos.— III. La constitucionalización del ordenamiento.— IV. Conclusiones.

I. El panorama de la filosofía jurídica como punto de partida y el surgimiento de los principios generales en el derecho público

La historia del derecho no cumple solamente la función de explicar y desentrañar el pasado de las instituciones.

Sus funciones son múltiples y casi todas producen el efecto de elevar la cultura de los juristas y profesionales que ejercen la abogacía o cultivan el derecho, dándole mayor rigor al lenguaje jurídico que utilizan en sus respectivos oficios.

Si se considera que el derecho, concebido como el conjunto de prescripciones que integran un determinado ordenamiento jurídico, constituye un producto social y, por tanto, dinámico y adaptable a una determinada realidad, su epistemología precisa dar cabida a su dimensión filosófica, pues, para captar y comprender la esencia y el sentido del presente, resulta siempre necesario conocer el pasado.

El iluminismo y los métodos que impuso el movimiento enciclopédico pasaron por alto, durante algún tiempo, el conocimiento de los orígenes o fuentes del derecho y la historia de la filosofía que lo nutre, pretendiendo encerrarlo, de una vez y para siempre, en Códigos que suponían representaban el triunfo del racionalismo basado en una filosofía inmanente que cerraba el acceso a los principios del derecho natural, no obstante lo cual corresponde reconocer que la consagración positiva de muchos de esos principios contribuyó a la realización de la justicia en las relaciones humanas.

A su turno, el romanticismo alemán, que surgió como una reacción al racionalismo iluminista, generó una ideología política autoritaria, basada en la exacerbación de los sentimientos nacionales, sembrando la semilla que germinó con el desencadenamiento de la barbarie y de la violencia generalizada, a través del nazismo y del fascismo, cuyo accionar se basó en la doctrina decisionista de Carl Schmitt, la cual puede resumirse en el imperio de la fuerza y de la voluntad del gobernante (el líder) sobre la razón y el desprecio por el enemigo. En forma paralela, y con un parentesco filosófico común (Hegel y Nietzsche), esos totalitarismos terminaron enfrentados con otro de signo internacional y más complejo como fue el comunismo, cuya construcción moderna es una mezcla de las ideas heredadas de Marx, Engels, Lenin y Gramsci **(1)**.

(1) Vid: CAMUS, Albert, "El hombre rebelde", trad. del francés, L'homme révolté, Losada, Buenos Aires, 1953, p. 174, hace una profunda crítica a las raíces filosóficas del comunismo (el terrorismo de Estado y el terror racional), aunque sin analizar el pensamiento de Gramsci que, en esa época, no había adquirido la influencia que tuvo en el desarrollo del postmarxismo y de las teorías del llamado socialismo del siglo XXI. Es curioso que los filósofos y pensadores filosóficos de izquierda no se hayan ocupado mayormente de refutar a Camus quien en el "L'homme

A posteriori de ese contexto histórico-filosófico se desarrolló la concepción del positivismo jurídico, cuyas vertientes europeas continentales y anglosajonas reconocen doctrinas filosóficas distintas que, sin embargo, no llegan a ser opuestas (principalmente, Kant para el primero y Hobbes, Bentham y Austin para el segundo). La pérdida de vigencia del positivismo kelseniano (al que nuestro compatriota Mario Bunge, notable filósofo, le atribuyó una severa responsabilidad en el fundamento teórico del régimen hitlerista) ha contribuido a que buena parte de los cultores del positivismo moderno se hayan reconvertido, refugiándose en la concepción de Hart de la jurisprudencia analítica, una especie de positivismo incluyente, el cual no obstante diferir del iusnaturalismo exhibe aspectos comunes, en cuanto no desdeña el fin práctico que debe orientar la ciencia del derecho reconociendo que, en definitiva, "es práctica en el sentido más pleno si ella es acerca de y dirigida hacia aquello que es bueno hacer, tener, obtener y ser..." **(2)**.

La tesis básica del positivismo considera que la norma positiva constituye el centro del derecho y del sistema jurídico, considerando que toda norma emanada conforme al procedimiento estatal predeterminado es válida con independencia de que sea justa e injusta, moral o inmoral. Dicha concepción sostiene que los valores de la justicia son subjetivos e irracionales y hasta metafísicos, que una teoría del derecho debe ser pura y limitarse al material positivizado y, consecuentemente, que la moral debe separarse del derecho. Como lo ha expresado muy bien Bobbio el positivismo jurídico es una doctrina "que reduce la justicia a la validez" **(3)**, lo que cabe adicionar, además, una separación estricta entre moral y derecho.

En cambio, las concepciones del iusnaturalismo giran en torno de lo que es justo y moralmente bueno para las personas y el bien común, concibiendo al derecho (entendiendo por ese concepto lo justo) como el objeto de la justicia. En rigor, el positivismo jurídico puro (muy posterior al pensamiento iusnaturalista de Aristóteles y Santo Tomas) sostuvo exactamente lo inverso: que la justicia consiste en la validez formal del derecho o, en otros términos, que el objeto de la justicia no es el derecho real (lo justo) sino su validez formal, acusando al iusnaturalismo clásico de introducir elementos metafísicos o religiosos en la teoría del derecho, cuya pureza pretendía fuera un dogma irrefutable. Más aun, apoyados en la falacia naturalista de Hume, los positivistas llegaron a decir que, si la naturaleza era el orden del ser, resultaba falso sostener que de la naturaleza humana pudieran derivarse prescripciones normativas (el orden moral o el deber ser).

Lo cierto es que, como se ha demostrado en los últimos años, la falacia naturalista no existió en el pensamiento iusnaturalista tal como lo ha sostenido Finnis que, en este punto, coincide con sus críticos puesto que nunca llegó a sostener que las prescripciones normativas derivaran directamente del ser (la naturaleza humana) sino que el conocimiento normativo de la ley natural, lejos de derivar del conocimiento previo de la naturaleza humana, "parte de unos principios primeros conocidos por evidencia y que se desenvuelven racionalmente —con razón práctica— ya sea a través de inferencias conclusivas, ya sea a través de la determinación circunstanciada de lo que en los principios se encuentra indeterminado" **(4)**.

révolté" (sostiene que la auténtica rebeldía no es inmanente sino en línea con la trascendencia humana) hace una profunda crítica de la filosofía idealista de Hegel y a la concepción nihilista, mostrando su adversidad a la violencia y la adhesión a la libertad del hombre en cuanto favorece a la dignidad humana; ver y ampliar en Sambataro, Patricia Nelvia, Camus y Hegel. El idealismo como la metafísica nihilista de L'homme non révolté, en Albert Camus. Una visión y un pensamiento en evolución, Coloquio Internacional compilado por Inés de Cassagne, ed. del Umbral, Buenos Aires, 2012, p. 139 y ss.

(2) FINNIS, John, Aquinas, "Moral, Political and Legue Theory", Oxford University Press, Oxford, 1993, p. 41, cit. por MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio, "Jurisprudencia analítica y derecho natural. Análisis del pensamiento filosófico jurídico de John Finnis", Marcial Pons, Buenos Aires, 2018, p. 31; vid, asimismo, LEGARRE, Santiago, "Ensayos de Derecho Natural", ed. Abaco, Buenos Aires, 2014, p. 509 y ss.

(3) BOBBIO, Norberto, "Teoría General del Derecho", trad. del título original italiano Teoria della norma giuridica y Teoria dell'ordenamento giuridico, ed. Temis, Torino, 1958 y 1960, 2ª ed., respectivamente, p. 30 y ss.

(4) Cfr. MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio, ob. cit., p. 74 y ss., especialmente p. 79.

En ese escenario, en el que compiten las más variadas corrientes del positivismo (tanto el incluyente como el excluyente) y del iusnaturalismo clásico, sin analizar otras concepciones inaplicables en los sistemas continentales europeos o de Iberoamérica, como el realismo norteamericano o algunas que han perdido actualidad doctrinaria (v.gr. el estructuralismo) **(5)** se ha desarrollado una tendencia que, sin llegar a configurar una concepción de la filosofía jurídica, le asigna prevalencia a los principios generales del derecho sobre las normas.

Esta tendencia ha tenido una gran recepción en el derecho constitucional moderno, habida cuenta de que una buena porción de esos principios se encontraba incorporada en los textos constitucionales positivos sancionados a partir del siglo XIX y al hecho de que, *a posteriori*, se regularon en las Cartas Constitucionales en la segunda guerra mundial junto a una pléyade de tratados internacionales.

Sin embargo, aunque el hecho no se encuentra reconocido por otras disciplinas, lo cierto es que el derecho administrativo se construyó sobre la base de la prevalencia de los principios generales del derecho sobre las normas desde sus mismos orígenes (Laferriére) hasta que, finalmente, el Consejo de Estado francés reconoció su primacía **(6)**, originando uno de los cambios más grandes en la comprensión y operatividad de los principios generales del derecho público, que inicialmente puso de relieve en Francia Jean Rivero, en uno de los trabajos pioneros sobre la materia **(7)**, al describir y fundamentar una jurisprudencia que más tarde se proyectó al derecho administrativo europeo y, finalmente, aunque sin reconocer esta procedencia, al derecho constitucional, cuya doctrina cae en el equívoco de considerar que la partida de nacimiento del proceso de constitucionalización se encontraba en los textos positivos de las Constituciones europeas sancionadas al finalizar la última conflagración global. De ese modo, se ignoraron las teorías fundamentales formuladas en el derecho francés **(8)** y la jurisprudencia de su Consejo de Estado que, en forma implícita o expresa, terminaron enrolándose en el iusnaturalismo, al igual que muchos de los autores alemanes del siglo anterior (Otto Mayer), en los que se advierte la adhesión a las verdades del derecho natural **(9)**.

Una clara y resuelta postura acerca de la trascendencia que revisten los principios generales del derecho en la configuración del derecho administrativo moderno, se advierte en toda la obra del maestro García de Enterría, quien, al culminar sus primeras investigaciones sobre el tema, no pudo reprimir su asombro de que en Francia, patria del legalismo, se hubiera construido un derecho administrativo en el que los principios prevalecen sobre las leyes escritas, en un sistema donde "la idea de los principios generales no ha hecho más que ganar terreno" **(10)**.

Pero, a la inversa de lo que sostienen los positivistas, el principialismo no ha venido a suplantar la legalidad positiva sino a reforzar su validez en una dimensión racional-moral de justicia que convive con la dimensión fáctica o formal proveniente de la autoridad de las fuentes sociales del derecho **(11)**.

En esa dimensión de validez racional-normativa es donde, precisamente, se alojan los prin-

(5) Vid: SUÑÉ LINAS, Emilio, "Teoría Estructuralista del Derecho", Universidad Complutense de Madrid, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Madrid, 2006, p. 23 y ss., con prólogo de José Luis Villar Palasí.

(6) Véase: COVIELLO, Pedro J. J., "Raíces históricas del derecho administrativo y su actualidad. Apuntes para su estudio", El Derecho, Revista de Derecho Administrativo, N° 8, Buenos Aires, 2020, Cita Digital ED-CMXXV-521, p. 7 y ss.

(7) RIVERO, Jean, "Los principios generales del derecho administrativo en el derecho francés contemporáneo", RAP N° 6, p. 289 y ss., Madrid, 1951 y, Jeanneau Benoit, Les príncipes généraux du droit dans la jurisprudence administrative, Sirey, Paris, 1954.

(8) Hauriou, Maurice, Derecho Público Constitucional, trad. del francés de Carlos Ruiz del Castillo, supervisada por el propio autor que lo prologa, ed. Reuss, Madrid, 1927, p. 290 y ss.

(9) Vid en tal sentido: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, "Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho", Civitas, Madrid, 1984, ps. 43-44.

(10) Ibidem, ps. 44/45.

(11) Aspecto muy bien explicado en MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio, ob. cit., p. 40.

cipios generales del derecho "descubiertos y funcionalizados por los juristas" y "recogidos y desenvueltos por la jurisprudencia o en la legislación" **(12)**.

En ese escenario, antes de describir el proceso de constitucionalización del derecho y de ver cómo el neoconstitucionalismo termina apropiándose de la técnica de los principios generales (deformando en ocasiones su sentido), cualquiera sea el signo filosófico de sus cultores (positivistas incluyentes o excluyentes), veamos, a grandes rasgos lo que ha ocurrido y continúa ocurriendo en el seno del positivismo incluyente y en el de la jurisprudencia analítica.

Mientras la cantidad de concepciones filosóficas aumentó de un modo exponencial, dificultando la comprensión de la ciencia jurídica y los métodos que guían la interpretación y aplicación del derecho se produjo el abandono de las premisas del positivismo legalista por parte de destacados filósofos del derecho que han sido calificados de positivistas incluyentes o iusmoralistas (Dworkin, Alexy y Nino). El hecho de ser bendecidos con la calificación de iusnaturalistas (una brillante paradójica retórica), desarrollada por una no menos brillante pluma filosófica **(13)**, supone que todos aquellos que alumbren la dimensión moral del derecho y no admitan una tajante separación conceptual entre moral y derecho son iusnaturalistas. Más aun, para desdicha de los positivistas puros (extraña pureza que los lleva a ser ciegos para evitar ver lo que en la realidad acontece), ha irrumpido en la escena filosófica un profesor de la Universidad de Oxford (John Finnis), formado en la escuela analítica de Hart, de origen protestante, tras convertirse al catolicismo, se adhirió al iusnaturalismo de raíz aristotélica-tomista, dentro del modelo analítico **(14)**, logrando que esa concepción fuera más comprensible por los pensadores anglosajones **(15)**.

El enfoque iusnaturalista de Finnis rompe la separación conceptual entre moral y derecho pero no deja de atribuirle al derecho positivo, emanado de las fuentes fácticas y sociales, una jerarquía de peso en la medida en que no se produzcan situaciones susceptibles de afectar gravemente y en forma extrema la justicia conformada por los principios generales del derecho, concebidos conforme a una visión aristotélica tomista que atribuye un papel central al derecho producido por la autoridad de las fuentes formales. Estas no se limitan a la ley, donde los jueces cumplen una función creativa en caso de lagunas jurídicas o de tener que interpretar los conceptos ambiguos que caracterizan el lenguaje natural (que carece de la precisión que poseen las ciencias exactas).

Otros puntos significativos que exhiben disidencias con ciertos sectores del positivismo jurídico y aun del iusnaturalismo radican en: 1) el dogma de la plenitud del ordenamiento jurídico positivo y que el derecho positivo regula su propia creación; 2) el significado conceptual de derecho, justicia y la función de la analogía; 3) la distinción entre normas y principios y su condición en ambos casos de reglas vinculantes; 4) si la fuente de un principio puede ser extralegal o constitucional y no hallarse, en consecuencia, positivizado el principio; 5) la cuestión del *ser deber* ser en el sistema jurídico; 6) el carácter vinculante o meramente óptimo de un principio; y, 7) los métodos de interpretación y la teoría de la argumentación y justificación racional de las decisiones judiciales y administrativas **(16)**.

(12) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, ob. cit., p. 43.

(13) GARCÍA AMADO, Juan Antonio, El iusmoralismo de Carlos Santiago Nino. Una crítica, en el libro Iusmoralismo (s) Oworkin/Alexy/Nino, Cevallos Editora jurídica, Quito, 2015.

(14) También se ha calificado la concepción de Finnis como un iusnaturalismo positivista (Cfr. Legarre, Santiago, ob. cit., p. 529), con lo que estamos en desacuerdo dado que, si bien, existe una revalorización del derecho positivo, hay aspectos de la teoría que se oponen a la concepción positivista, incluso la del llamado positivismo incluyente (v.gr. El sentido y la fuerza de la razonabilidad práctica y especialmente la armonía con Dios como bien humano básico; véase: FINNIS, John, "Ley Natural y Derechos Naturales", trad. del inglés de Cristóbal Orrego S., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 427 y ss.)

(15) Véase: MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio, ob. cit., p. 21 y ss.

(16) Véase VIGO, Rodolfo Luis, "Interpretación (argumentación) jurídica en el Estado de Derecho Constitucional", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, p. 245 y ss.

De algunos de ellos nos hemos ocupado en nuestros trabajos anteriores **(17)**, pero su análisis requiere una obra de mayor alcance que nos resulta imposible abordar en este ensayo en el que, no obstante, nos ha parecido importante exponer las líneas generales del escenario especulativo.

II. El principialismo, el Estado de derecho constitucional y los distintos neoconstitucionalismos

Cabe entender por principialismo a la tendencia especulativa que asigna predominio a los principios sobre las normas, considerando que ambas categorías constituyen reglas jurídicas vinculantes y fuentes del derecho. Se discute si el carácter autoritativo constituye, en principio, uno de los rasgos característicos del Estado de derecho constitucional **(18)**, pero, en cualquier caso, debe ser siempre un Estado de poderes tasados y limitados, en el que sus órganos (llamados también poderes) actúan con independencia recíproca y armonía, sometidos al principio de legalidad (cuya máxima expresión es el bloque de constitucionalidad) a los principios de la justicia (es decir, a la ley y al derecho) y al control jurisdiccional de constitucionalidad. El modo de ser del Estado se conjuga mejor con el elemento racional, valorativo y crítico **(19)**, sin relegar el papel que cumple el derecho positivo en tanto no degenere en injusticia o inmoralidad.

Al querer desentrañar el fenómeno del neoconstitucionalismo las cosas se complican por una serie de razones. Pasaremos a explicar seguidamente los fundamentales:

En primer lugar, se habla de la inercia que supone la admisión a los cambios, máxime cuando ellos se gestan tras el extraordinario desarrollo dogmático efectuado por los grandes constitucionalistas que construyeron el edificio del Estado de derecho, sobre todo cuando los cambios están en proceso de realización **(20)**. Una segunda razón concierne al distinto origen de conocimientos en que se apoyan las posturas doctrinarias cuyos criterios focales varían en función de la orientación que marca la filosofía del derecho, por un lado, y la dogmática constitucional, por el otro. A su vez, dentro de cada postura se desarrollan concepciones y criterios clasificatorios diferentes.

Por otra parte, resulta evidente que el paso de la concepción histórica del Estado de derecho legal hacia el Estado de derecho constitucional ha sido un proceso evolutivo en el que se fueron superponiendo, como lo ha advertido la doctrina alemana, una serie de capas geológicas que no llegan a suplantar los principios originarios del Estado de derecho clásicos. En realidad, les otorgan un contenido adaptado a las nuevas realidades políticas, económicas y sociales, manteniendo siempre los objetivos de protección de las libertades **(21)** y de la seguridad **(22)** individual y colectiva, como fines fundamentales del marco jurídico estatal.

En ese escenario, han surgido, entre otros, dos clases de neoconstitucionalismos considerados ambos como tendencias o movimientos, caracterizados por la diversidad de los puntos de vista que postulan. Pero, también es verdad que solo uno de ellos representa al verdadero Esta-

(17) Los grandes principios del Derecho Público (Constitucional y Administrativo), La Ley, Buenos Aires, 2015, especialmente p. 18 y ss.

(18) FERREYRA, Raúl Gustavo, "Fundamentos Constitucionales", Ediar, Buenos Aires, 2019, p. 344, sostiene que el Estado Constitucional, a más de los elementos naturales que congrega (territorio y población) alberga dos elementos constituyentes no naturales (poder y constitución), poniendo énfasis en que la Constitución configura el artificio fundamental, la suma regla del orden estatal y añadiendo que "en el Estado Constitucional todo derecho del Estado debe ser genuinamente autorizado por la norma positiva fundamental de su orden coactivo".

(19) Cfr. MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio, "Factibilidad y razón en el Derecho. Análisis crítico de la iusfilosofía contemporánea", Marcial Pons, Buenos Aires, 2014, ps. 17-18.

(20) Aspecto destacado por Muñoz MACHADO, Santiago, "Tratado de Derecho Administrativo y Público General", Iustel, Madrid, 2006, 2ª ed., t. I, p. 322 y ss., señalando como fuente de esa opinión a Zagrebelsky.

(21) ARAGÓN REYES, Manuel, "Dos problemas falsos y uno verdadero: "Neoconstitucionalismo", "Garantismo" y Aplicación Judicial de la Constitución", en Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional, N° 29, julio-diciembre, 2013, p. 5 y ss.

(22) Vid: ISENSEE, Josef, "Justicia, Libertad y Seguridad", trad. de Juan Carlos Gemignani de la edición alemana, Marcial Pons, Buenos Aires, 2020, p. 21 y ss.

do de derecho constitucional. A su vez, también se han expuesto otros criterios para clasificar el neoconstitucionalismo, según el criterio central utilizado se formula en base a la adscripción o no al positivismo legalista **(23)** o bien, se realice la clasificación desde la óptica de la dogmática constitucional.

A nuestro juicio y optando por el camino abierto por la dogmática constitucional, cabe reconocer una sistematización que exhibe dos especies principales de neoconstitucionalismos, aunque solo uno sea compatible con el derecho constitucional enraizado en la democracia.

El primero, configura el llamado Estado de derecho constitucional y no es otra cosa que la regulación de la democracia por la Constitución, cuyas "…líneas maestras se mantienen inconmovibles: la Constitución como forma de limitación del poder en beneficio de la libertad de los ciudadanos, de la igualdad de todos en esa libertad". Aun cuando este nuevo constitucionalismo potencia y aumenta el poder de los jueces en el control de constitucionalidad, esa circunstancia no los autoriza a salirse de la Constitución ni a convertirse en legisladores o administradores de la cosa pública, pues el principio de separación de poderes, rectamente interpretado, no admite tales excesos o desviaciones de poder. La potenciación de la función judicial es producto de la concepción principialista del derecho, ya que al ser los principios mandatos vinculantes carentes de supuestos de hecho y de la precisión que caracteriza a las normas, los jueces adquieren un mayor protagonismo interpretativo, a condición de que no excedan los límites constitucionales representados por el principio de separación de los poderes.

El segundo de esos neoconstitucionalismos conduce necesariamente a deformar la Constitución, en un sentido tanto formal como material, en cuanto "…hace prevalecer el poder sobre el control, la unidad de acción estatal sobre la división de poderes, el entendimiento 'político' de la democracia sobre su entendimiento 'jurídico', la democracia directa 'plebiscitaria', sobre la indirecta representativa, la voluntad política sobre las leyes, y en fin, el Estado decisionista sobre el Estado de Derecho" **(24)**. Es, por tanto, un falso constitucionalismo **(25)** o "anticonstitucionalismo", que poco tiene que ver con el verdadero y auténtico constitucionalismo **(26)**, cuyos riesgos han sido destacados por autorizada doctrina **(27)**.

Por cierto que, con abstracción del origen europeo o americano, en el campo de los constitucionalistas y de los filósofos del derecho partidarios de la distinción, que adhieren a la verdadera concepción del Estado de derecho constitucional, se ubican tanto los llamados positivistas incluyentes (que admiten la moral como ingrediente del derecho) como los iusnaturalistas (ya sean los clásicos o los modernos de la Nueva Escuela del Derecho Natural) **(28)**.

El aspecto relevante que corresponde remarcar, como condición central del Estado de derecho constitucional, es el principio de supremacía proveniente del modelo de Estado de derecho adoptado por la Constitución de los Estados Unidos de América. Este principio, adoptado en todo el continente americano **(29)**, se trasladó más tarde al derecho continental europeo, contribuyendo de un modo decisivo al abandono del legiscentrismo, es decir, de la concepción histórica de la ley fundada, entre

(23) Ampliar en VIGO, Rodolfo Luis, "Iusnaturalismo y Neoconstitucionalismo. Coincidencias y diferencias", Editorial de la Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, 2015, p. 13 y ss.

(24) ARAGÓN REYES, Manuel, ob. cit., p. 6.

(25) Ibidem, p. 6.

(26) Con distinta fundamentación, pude verse la crítica al falso neoconstitucionalismo desde la óptica de un administrativista: RODRÍGUEZ R., Libardo, "Reflexiones sobre el neoconstitucionalismo, en particular frente al derecho administrativo", RDA-2017-111.

(27) Ver VIGO, Rodolfo Luis, "Constitucionalizaciones y neoconstitucionalismo: algunos riesgos y algunas prevenciones", Infojus, 2015, punto 5, p. 503 y ss.

(28) Denominación que ha recibido el movimiento iusfilosófico del iusnaturalismo moderno, encabezado por John Finnis.

(29) Art. 31 Constitución Argentina; Art. 4° Constitución de Colombia; art. 133 Constitución de los Estados Unidos Mexicanos; art. 51 Constitución Peruana; todas las cuales abrevan en la Constitución de los EE. UU. (art. VI).

otras cosas, en la omnipotencia del legislador. Por ese motivo, cuando se habla del paso del Estado de derecho legal al Estado de derecho constitucional hay que tener presente que, en los comienzos del derecho constitucional comparado, coexistían dos concepciones diferentes y que, en América nunca dejó de regir la supremacía constitucional, no obstante la tendencia que consideraba que ciertos preceptos constitucionales y los principios configurados en los Preámbulos constitucionales poseían naturaleza programática y no operativa.

Ahora bien, a partir de la finalización de la segunda guerra mundial, las Constituciones sancionadas en Europa, así como la doctrina y la jurisprudencia, reconocieron en forma expresa o implícita el carácter de norma suprema que revestía la Constitución y, consecuentemente, el carácter operativo (en ocasiones con operatividad derivada y limitada a las posibilidades financieras de los Estados) de sus principios y derechos, lo que terminó unificando los sistemas comparados de los países de América y del continente europeo, pasando la Constitución a ser la "suma regla" **(30)**.

III. La constitucionalización del ordenamiento

Con la expresión constitucionalización del ordenamiento no parece aludirse a nada realmente nuevo. En tal sentido, siempre se sostuvo, en el plano de la dogmática constitucional, la supremacía de la Constitución sobre el resto del ordenamiento público o privado. Pero, nada se opone tampoco a su moderna utilización. En realidad, al menos en el derecho administrativo argentino clásico **(31)**, la mayoría de la doctrina siempre enseñó que el encabezamiento de los capítulos del derecho administrativo se encontraba en la Constitución, de conformidad con el pensamiento expuesto por Alberdi, al difundir la conocida frase de Pellegrino Rossi.

De ese modo, la consagración del Estado constitucional de derecho ha generado una serie de efectos que se proyectan al control judicial de constitucionalidad, entre los que se destacan:

1. La efectividad que asume la supremacía de la Constitución, cuyas normas, principios y derechos dejan de considerarse programáticas para ser operativas o al menos, con operatividad derivada.

2. El surgimiento de los principios generales que, según buena parte de la doctrina, tienen prevalencia sobre las leyes, informando, cuando menos, al ordenamiento jurídico.

3. La potenciación del papel del juez en la aplicación de esos principios generales, a raíz de que deben aplicar mandatos vinculantes carentes de supuestos de hecho y de consecuencias jurídicas, dado que, si bien, los jueces no se hallan habilitados a sustituir la ley ni deben transformarse en legisladores, se encuentran obligados a fallar en los supuestos de carencias o lagunas normativas, mediante la técnica de la analogía y no de la subsunción (al no haber una norma determinada para resolver la cuestión).

Esto no implica una objeción hacia el legislador civil cuando, por ejemplo, acrecienta la inserción en el Código Civil y Comercial del principio general de la buena fe **(32)**, en la medida que la tarea interpretativa de los jueces se lleve a cabo con arreglo al principio constitucional de razonabilidad que, por principio, excluye toda arbitrariedad o abuso interpretativo. En algunos casos, los jueces precisan aplicar los principios generales para resolver las carencias normativas, a través de la técnica de la ponderación, en reemplazo de la subsunción a la que obligaba acudir la técnica positivista, una suerte de callejón sin salida.

IV. Conclusiones

El derecho no constituye una realidad estática sino dinámica y adaptable a las circunstancias históricas, sociales y económicas, pero ello no

(30) Expresión empleada en la doctrina argentina, cfr. FERREYRA, Raúl Gustavo, ob. cit., p. 396; vid especialmente GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, "La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional", Civitas, Madrid, 1982, 2ª ed., p. 55 y ss.

(31) MARIENHOFF, Miguel S., "Tratado de Derecho Administrativo", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990, 4ª ed. actualizada, t. I, p. 162.

(32) Véase la crítica de RIVERA, Julio César, "Balance de la aplicación del Código Civil y Comercial a cinco años de su entrada en vigencia", La Ley 11/11/2020, 4, que, por las razones que damos en el texto, no compartimos.

justifica alterar la esencia ni los fines, normas y principios de la Constitución. En ese escenario, el Estado de derecho constitucional constituye un freno legítimo y positivo al denominado falso neoconstitucionalismo, que sustituye las voluntades del constituyente y del legislador por las convicciones ideológicas de los jueces.

El fenómeno jurídico no es como lo quisiéramos ver sino como realmente es y no se puede ignorar que la evolución ha terminado por reconocer que los principios generales del derecho y, sobre todo, los principios incorporados positivamente en la Constitución prevalecen en los ordenamientos público y privado **(33)**.

La supremacía constitucional **(34)**, la separación e independencia de los poderes y los principios que integran el bloque de legitimidad del Estado de derecho constitucional, constituyen las piezas centrales del edificio de la democracia representativa, que resulta imprescindible preservar para mantener la dignidad de todos los integrantes de la comunidad, cualquiera sea su color político.

Ese Estado de derecho constitucional tiene por finalidad perseguir el bien común, a través de la asignación de competencias constitucionales y debe orientarse a procurar la realización de los fines, principios, derechos y deberes que prescribe la Constitución, preservando incólume la libertad y la igualdad de las personas, verdadero objetivo central del derecho público y, por extensión, del derecho privado. De eso trata, fundamentalmente, la constitucionalización del ordenamiento y la labor judicial.

(33) Véase: DALLA VÍA, Alberto R., "La Constitución y el Código Civil: reflexiones sobre el derecho público y el derecho privado", SJA 17/06/2015, AR/DOC/4878/2015, punto III, expresa sus reservas en punto al término y la necesidad de evitar mal entendidos, teniendo en cuenta que la expresión nace en el llamado neoconstitucionalismo y aunque sin hacer la disección entre el verdadero y el falso su posición resulta similar a la de Aragón Reyes.

(34) El retraso del derecho europeo en reconocer la supremacía constitucional obedeció, entre otras causas, a la influencia doctrinaria de la obra de Lasalle, a través de la difusión de la conocida conferencia que pronunció en Berlín en 1862 "Sobre la esencia de la Constitución", en la que definía a la Constitución como una "mera hoja de papel", sosteniendo que en realidad impone reconocer el sustrato efectivo de poder que subyace en las declaraciones formales. Como se ha señalado, se trata de un reduccionismo "... que la izquierda va a mantener a través de las formulaciones marxistas..." (Cfr. García de Entrerría, Eduardo, ob. cit., p. 130).

Regulación para la recuperación económica: comparada, prospectiva y de consenso (*)

Zulima Sánchez Sánchez (**)

Sumario: I. La regulación desde una perspectiva internacional para la reconstrucción.— II. Enfoque desde el *foresight* de la regulación en tiempos de reconstrucción económica: necesidad de prospectiva.— III. Regulación de consenso para frenar la retracción democrática.— IV. Cómo regular desde la prospectiva: gobernanza anticipatoria.— V. Europa y la nueva regulación para la reconstrucción: un modelo basado en la prospectiva.

I. La regulación desde una perspectiva internacional para la reconstrucción

Pueden destacarse dos periodos tradicionales en la formación del derecho administrativo en Latinoamérica separados por un proceso de codificación que permitió un fortalecimiento del Estado de derecho, y especialmente el afianzamiento del principio de legalidad. La codificación permitió la compilación normativa, aclarar el mandato competencial para la actuación conforme a derecho del ejecutivo y de la administración y con ello garantizar su control del Poder Ejecutivo por las personas. También supuso un comienzo para garantizar los derechos de las personas frente a la Administración y dotarlos de garantías.

En el siglo XXI también se ha hecho patente un tercer periodo que tiene sus bases en un nuevo modelo de constitucionalismo latinoamericano transformador que supone la determinación de un *ius constitucionale commune* con nuevos contornos transformadores. Este nuevo constitucionalismo rechaza tres ideologías tradicionales del constitucionalismo latinoamericano: el conservadurismo, el liberalismo y el radicalismo **(1)**. Desde un enfoque jurídico holístico se analiza la realidad constitucional con una visión internacional y revisora de nuevas tendencias innovadoras. Se trabaja en un enfoque evolutivo del estado actual de la disciplina y avances comunes desde la perspectiva europea **(2)**. También se sigue el método que Zimmermann identificó como *ius commune*, para el que se hace una revisión positiva de las normas unido al discurso de la doctrina actual **(3)**.

Una de las peculiaridades de este nuevo análisis, que conforma la tercera fase o periodo del nuevo derecho administrativo latinoamericano, pasa por su revisión desde la óptica del derecho de cada Estado, pero influenciado por el derecho comparado, el derecho regional de la integración y esa perspectiva del derecho internacional que pone en el centro de la regulación a la persona. El interés general se centra en los

(*) Estos resultados son parte del proyecto PROFUTURE.

(**) Profesora titular de Derecho Administrativo. Universidad de Salamanca.

(1) VON BOGDANDY, A.: "Ius Constitutionale Commune en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador", Revista Derecho del Estado n. 34, 2015

(2) Von BOGDANDY, A., MIR, O. (coords.), "Ius Publicum Europaeum. El Derecho administrativo en el espacio jurídico europeo", Tirant Lo Blanch, 2013.

(3) ZIMMERMANN, R., "Derecho Romano y cultura europea", Juris-tenzeitung 1, 2007.

derechos humanos y que para Latinoamérica se refleja en las bases comunes marcadas por la Convención Americana. La apertura a la internacionalización ha permeado las bases del constitucionalismo, y también del derecho administrativo.

Este aspecto de internacionalización complementa y modifica la idea del derecho administrativo y la regulación como una creación estrictamente nacional o localista, por su origen. La globalización de la economía ha hecho que los Estados se adapten, en muchos casos por razones económicas, a la normativa internacional. Es el caso de materias como la contratación o la regulación en materia de inversión, la creación de organismos de control y la administración independiente, como bien ha estudiado González García **(4)**.

También las administraciones de cada país se enfrentan frecuentemente, en un mundo globalizado, a problemas similares y las respuestas jurídicas para su resolución no suelen diferir mucho. Así se ha demostrado en las soluciones que se adoptaron, por ejemplo, para superar las crisis económicas como la del 1929 a 1933, la financiera de 2007, o la de 2020 pos-COVID.

Como destaca Casesse, la organización administrativa también se sometió a transformaciones paulatinas que fueron incorporando cambios en el sistema organizativo y de funcionamiento fundamentales y comunes en Europa y que también llegaron a América **(5)**. Tras la Revolución industrial se fue avanzando en criterios de organización administrativa hasta llegar a sistemas como el New Public Management. En Europa también se extendió el modelo de organización territorial basada en la descentralización de inspiración alemana **(6)**. También se experimentó una ampliación de competencias del Poder Ejecutivo y por tanto de las funciones y actividad administrativas como consecuencia de la implementación de un Estado social, y la necesidad de dar servicios sanitarios o educativos.

Otro de los avances globales y comunes al derecho administrativo estriba en la superación del positivismo que ha evolucionado y ya no implica para empleados públicos y jueces la mera aplicación de la ley mediante un procedimiento administrativo también establecido en la ley. Los principios permiten moldear la aplicación de la ley, controlar la desviación de poder o la arbitrariedad **(7)**.

Existen unas raíces comunes en el derecho administrativo sobre las que se cimentaron las bases teóricas del derecho europeo o continental. Cabe apuntar que tampoco el origen entre el derecho administrativo continental y el anglosajón es tan distinto. Por el contrario, autores como Cassese en Europa o recientemente Emerson en Estados Unidos **(8)**, destacan que ese origen se retroalimenta y se basa en unos conceptos o criterios comunes o globales que reflejan principios y objetivos comunes en el derecho que pretende controlar y regular la Administración y el ejercicio del poder.

En este tercer periodo de la regulación en materia administrativa se vuelve, por tanto, a ese origen común que llevó a Europa, después de las grandes crisis, a buscar soluciones jurídicas comunes a problemas comunes. La globalización lleva a la búsqueda de soluciones globales también para regular mejor. Para conseguir normas mejores que garanticen los derechos de las personas en el presente, pero que tampoco deben comprometer a generaciones futuras.

Por tanto, el enfoque de la regulación nacional debe hacerse desde la revisión del derecho

(4) GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V., "Globalización económica, administraciones públicas y derecho administrativo: presupuestos de una relación", en Revista de Administración Pública, No. 164, mayo-agosto 2004, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, p. 7 a 39.

(5) CASSESE, S., "Toward a European Model of Public Administration", Clark.: Comparative and private international Law, Essays in Honor of John Herry Menyman, 1990

(6) CRUZ VILLALÓN, P., IPE, vol. I, CF Müller, Heidelberg, 2007, p. 356 y ss.

(7) CASSAGNE, J.C., "El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa", Marcial Pons, 2009.

(8) Emerson, B., "The public's Law", Oxford University Press, 2019.

comparado con una visión internacional de tendencias innovadoras. Así ha evolucionado el derecho administrativo durante finales del siglo XIX y en todo el siglo XX.

II. Enfoque desde el *foresight* de la regulación en tiempos de reconstrucción económica: necesidad de prospectiva

Europa, como otras regiones del mundo, afronta uno de los retos económicos y sociales más importantes desde la Segunda Guerra Mundial. Jean Monet fue visionario y creó la idea de la Unión Europea como un espacio de reconstrucción de Europa tras la guerra basado en la realidad que unía a los distintos Estados, llegando a acuerdos comunes con un método común de evaluación del impacto de las reformas desde la prospectiva **(9)**. Adelantarse a los diferentes escenarios futuros ha sido uno de los objetivos de la Unión Europea para adoptar sus políticas, con un enfoque internacional y revisando para su implementación los aspectos comunes sobre los que debe impactar en la regulación.

Ante este reto se ha aprobado un conjunto de medidas legales para dotar con ayudas a los países más afectados por la crisis sanitaria **(10)**. Esas ayudas tienen, para su implementación, que cumplir con una serie de requisitos, entre los que está la exigencia de un análisis de prospectiva o de futuro del impacto de su implementación. El fin es asegurar que el desembolso económico no solo se note en el presente, sino que genere oportunidades laborales y de crecimiento para las generaciones futuras que serán las que más sufrirán la deuda generada en el presente por los países. Ese es el enfoque y los objetivos del fondo para reconstruir el continente.

Uno de los Objetivos del Reglamento de Disposiciones Comunes de los Fondos Europeos para 2021-2027, establece como condición habilitante para la gestión la "[b]uena gobernanza de la estrategia nacional o regional de especialización inteligente", que implica "[u]na Europa más competitiva e inteligente, que promueva una transformación económica, innovadora e inteligente".

En los próximos años afrontaremos múltiples cambios. Beck identificó el impacto y midió los riesgos de las decisiones en materia de desarrollo económico y de la innovación tecnológica en el futuro antes de entrar en el nuevo milenio **(11)**. Uno de los efectos de la crisis ha sido, precisamente, el salto cualitativo en el uso de las nuevas tecnologías en la Administración y en las relaciones entre las personas o en el ámbito de trabajo. Ello puede conllevar riesgos en los derechos de las personas que deben medirse. No se deben afrontar cambios tecnológicos o económicos ignorando los riesgos que pueden producir. Jouvenel advertía hace más de medio siglo que el progreso exigía la toma de decisiones y el análisis anticipatorio o prospectivo. Las reformas que se van a aprobar en los próximos años acelerarán el cambio de nuestras sociedades, de hecho, la pandemia ha precipitado la transformación tecnológica. Cuanto más rápido es el proceso de cambio futuro más incierto y, por ello, más indispensable anticiparse a sus consecuencias. Jouvenel recalcaba la necesidad de anticipar las consecuencias para que la actuación administrativa y la producción normativa sea capaz de garantizar que los cambios no producirán una retracción de los derechos de las personas ni en el presente ni en el futuro **(12)**.

Una obra interesante sobre análisis estratégico y acción es la de Fry y Killin, quienes recalcan la importancia de anticiparse que no implica más que iniciarse ya en el proceso de cambio **(13)**. Si solo se reacciona en momentos de crisis, las normas no brindarán soluciones y la respuesta será tardía y poco eficiente. También los ciudadanos percibirán las normas como in-

(9) Monet, J., "Los Estados Unidos de Europa han comenzado", Encuentro, 2011.

(10) SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Z., "Emergencia sanitaria: ¿Una oportunidad para el fortalecimiento del Estado de Derecho aplicando el Derecho Administrativo?", RENDÓN HUERTA BARRERA, T., FERNANDEZ RUIZ, J. (coords.), "Facultades extraordinarias del Estado ante la emergencia sanitaria", Porrúa, México, 2020, p. 349.

(11) BECK, U., "World Risk Society", Oxford: poltiy press, 1999

(12) DE JOUVENEL, B., "El arte de prever el futuro político", Rialp, Madrid, 1966.

(13) FRY, N., P., "killing: Strategic Análisis and Action", 2000.

justas, ineficaces e inadecuadas. Este fenómeno provoca una tendencia al incumplimiento normativo que pone en entredicho al propio Estado de derecho. Esta forma de actuación de la Administración reactiva tiene riesgos advertidos ya por Popper: una Administración que actúa únicamente instigada por la necesidad de contener crisis no previstas se verá desbordada por las circunstancias, constreñida en su actuación por falta de instrumentos normativos y de la capacidad de sus autoridades y empleados públicos para actuar bajo presión. Se comprometerán las oportunidades de mejora y actuación ante dicha eventualidad por el temor al incumplimiento normativo derivado de esa misma falta de previsión **(14)**. Así también lo refleja Ramió en *La Administración pública de futuro* **(15)**.

Considerar el futuro posible significa adecuar las normas y la actividad de la Administración a la realidad actual sin comprometer el actuar de gobiernos en el futuro para respetar consensos internacionales, como el pacto verde, la recuperación económica sostenible o los ODS. Existe una base histórico-conceptual que, durante años, ha analizado esa necesidad de concebir políticas y normas anticipándose al futuro. La evolución de la prospectiva se hizo, en primer lugar, por filósofos y dentro de la lógica de Hayec, como modelo que permitiera compensar la Administración centralista y burocrática. En una segunda fase, la prospectiva se analiza desde una perspectiva multidisciplinar, conectada con teorías del siglo pasado, como The Critical Legal Studies. En ellas, como ha enfatizado Luhman, se reclama la necesidad de alejarse de la dogmática jurídica tradicional para construir "conceptos jurídicos adecuados a la sociedad" con una "orientación sociológica de la jurisprudencia". No se debe tener miedo a utilizar una dogmática jurídica abierta a la sociología del derecho, la economía o la ciencia política. Desde esta óptica se realiza un acercamiento multidisciplinar a la prospectiva.

La planificación consideraba la actuación administrativa sobre el futuro está era principalmente centralista y alejada del principio de subsidiariedad. Los planes se realizaban por burócratas alejados del entorno que permitía permearse de la información necesaria para tomar decisiones más eficaces y anticipar sucesos a largo plazo. Merecedora de la crítica de Hayec que auguraba como resultado de tales prácticas un camino de servidumbre, la planificación provocaba la percepción ciudadana de que las normas y decisiones eran poco adecuadas y caldo de cultivo para el incumplimiento normativo y la ineficacia **(16)**. No obstante, fue clave para evolucionar y cristalizó en el proyecto Schuman-Monet diseñando la realidad de la Unión Europea.

La evolución de la planificación pasa por la obra filosófica de Berger que describe bien los efectos, en diferentes disciplinas, de la previsión **(17)**. Godet, que critica la crisis de la previsión **(18)**, propone la prospectiva como solución e identifica una metodología aplicable, así como diferentes herramientas que se pueden utilizar para el *foresight* **(19)**. Ese nuevo término de prospectiva se analiza en Latinoamérica por Astigarraga **(20)**. Existe una ciencia que permite estudiar el futuro con el objetivo de influir en el, por un lado, y anticiparse a él y estar preparado para las eventualidades que surjan. Jouvenel servirá de base conceptual de muchas obras dando un paso e identificando un arte de prever el futuro político **(21)**. Esta forma de analizar la realidad desde el derecho administrativo y la planificación se lleva a las ciencias sociales por autores como Wells **(22)**.

(14) POPPER, K., "The poverty of Historicism", Routledge, 1957.

(15) RAMIÓ, C., "La Administración pública de futuro (Horizonte 2050). Instituciones, política mercado y sociedad de la innovación", Tecnos, Madrid, 2017.

(16) HAYEK, F., "The road to serfdom", 1944.

(17) BERGER, G., "Sciences humaines et prevision", Revue des Deux Mondes, 1957.

(18) GODET, M., "Crisis de la previsión ascenso de la prospectiva", PUF, París, 1977.

(19) GODET, M., "La caja de herramientas de la prospectiva: problemas y métodos", París, 2007. Prospective and strategic foresight. Methods of prospective

(20) ASTIGARRAGA, E., "Prospectiva estratégica: orígenes, conceptos clave e introducción a su práctica", Revista centroamericana de Administración pública, 2016.

(21) DE JOUVENEL, B., "El arte de prever el futuro político", 1966.

(22) WELLS, H. G., "El descubrimiento del porvenir", 1902.

Como se ha dicho, se buscaron soluciones interdisciplinares. La Administración, desbordada por el peligro de actuar de forma reactiva, la importancia de buscar un apoyo en las ciencias sociales con la finalidad de que el Poder Ejecutivo pudiera anticiparse y elaborar políticas públicas y normas que la desarrollen una concienciación cívica global sin precedentes, que ha priorizado la educación moral ante la responsabilidad y el compromiso, tanto individual como social. Varias técnicas desde la sociología permiten anticipar el futuro. La teoría de escenarios de Godet **(23)**, que se ha ido desarrollando y aplicando recientemente al campo de la Administración y derecho administrativo organizacional en la obra de Van der Heijden, *The art of strategic conversations* **(24)**. Las buenas ideas no deben imponerse sino ser fruto de un consenso y proceso educativo. Se deben evitar tanto los abusos de la tecnocracia como los de la demagogia participativa. Este modelo es un ejemplo de cómo predecir el futuro y trabajar con diferentes actores de la Administración y de grupos de interés para hacer realidad la regulación innovadora y desde la prospectiva. Recientemente Ramírez y Wilkinson han definido una técnica de planificación de futuro con escenarios que permite un pensamiento y diseño estratégico en la planificación de las administraciones públicas desde un método sólido académico **(25)**. También se utiliza en sociología el método Delphi, que puede ayudar a identificar la realidad. La participación debe ser rigurosa y por ello los procesos de dialogo y consenso deben emplear estas técnicas desarrolladas por la comunidad académica y la sociología. Así las decisiones fruto del consenso serán aceptadas y reconocidas como válidas por todos, lo que lleva a otra base conceptual de la prospectiva aplicada a las administraciones públicas.

Por tanto, la regulación en tiempos de reconstrucción económica debe ser concebida desde la prospectiva, la anticipación a escenarios futuros que pueden producirse. Las normas deben servir para garantizar derechos de generaciones presentes y también de las futuras. Debe medirse su impacto. También hemos identificado la necesidad de que, esas decisiones, sean analizadas no solo por experto sino también con una presencia ciudadana que permitirá también fortalecer las instituciones de las que emanan las normas.

III. Regulación de consenso para frenar la retracción democrática

En la última década, se está experimentando un proceso de "retracción democrática" que afecta a la percepción ciudadana sobre la legitimación de las instituciones y la Administración **(26)**. La Unión Europea en su informe ESPAS de 2019 propone métodos de robustecimiento democrático en Europa apelando a la innovación e inclusión de las diversas opiniones ciudadanas y de actores en la formación de la voluntad política y administrativa **(27)**. Estas reflexiones reescriben la controversia tradicional planteada por Habermas y Rawls sobre la democracia, en la realidad actual **(28)**.

Desde Europa se insiste en la necesidad de que las democracias representativas sean más transparentes y proactivas. Durante los años setenta se vivió una euforia participativa **(29)** que en el comienzo del nuevo mileno se reproduce mostrando un gran optimismo en la "e-democracia" **(30)**. Las reflexiones doctrinales sobre el gobierno abierto han mejorado el diseño de los procedimientos de elaboración normativa, de la transparencia y la utilización de mecanismos de participación y consenso en ámbitos como los

(23) GODET, M., "Prospectiva estratégica: problemas y métodos", Laboratorie dÍnvestigation Prospective et Stratégique, CNAM, Cuadernos Lipsor, 20, 2007.

(24) VAN DER HEIJDEN, K., "Scenarios: The art of strategic conversation", John Wiley &sons, Ltd., 2005.

(25) Ramírez, R. y Wilkinso, A.: Strategic reframing. The Oxford Scenario Planning Approach, Oxford, 2018

(26) Danièle Réchard with Atte Oscari Ojanen: «European democracy 4.0: Towards a deliberative anticipatory democracy? », Global Trendometer 2019. Essasys on médium term and long term global trends, Dic. 2019. Ver también el informe: Fondapol Survey, 2019

(27) Global Trends to 2030: Challenges and Choices for Europe

(28) GORDON FINLAYSON, J., "The Havermas-Rawls debate", Columbia U. Press, 2019.

(29) GLAESER, S., TSCHIRA, O., "Verwaltungsprozeßrecht", Boorberg, Stuttgart, 1975.

(30) Report 2019: Global Trends to 2030, European Strategy and Policy Analysis System, p. 59

contratos, la prestación de servicios o el diseño de las ciudades y respeto al medio ambiente **(31)**.

En la última década, la doctrina administrativa estadounidense reclama la necesidad de fortalecer el derecho administrativo para garantizar la estabilidad del Poder Ejecutivo y, con ello, evitar que las decisiones de este comprometan las libertades y el bienestar de los individuos en materias importantes como el medio ambiente, la inmigración, la educación, o la salud. Buscan fortalecer el Estado de derecho recuperando el tiempo perdido en la construcción de herramientas de derecho administrativo regulatorio que garanticen los derechos de las personas e incorpore el sentir popular e interés general en el proceso, así recientemente lo han resaltado Mashaw, Parrillo o Emerson **(32)**.

El derecho administrativo debe permitir la protección sostenible de derechos sin un compromiso temporal y bajo el hilo conductor de interés general como motivación de su razón de ser. La regulación y la actividad administrativa, en su búsqueda del interés general, no pueden renunciar a crear espacios de ejercicio de poder ejecutivo de manera colaborativa o participativa **(33)**. Se debe intentar evitar la identificación de la regulación con la creación de una Administración totalitaria o lo que Arendt denominó burocracia totalitaria **(34)**.

Todos estos requerimientos hacen preciso replantearse las estructuras y el procedimiento para que la regulación sea más eficaz, haciendo que su actuación se abra a la participación ciudadana en la toma de decisiones. Esta idea se basa en una teoría que ensalza la capacidad de las instituciones administrativas para integrar a las personas (públicas o privadas) en una toma de decisiones consensuada en la elaboración normativa **(35)**, denominada teoría de la democracia progresiva. Esta teoría pretende ser la solución para el despotismo democrático o el totalitarismo de un exceso de regulación. El ámbito del derecho público viene reclamando que se debe permitir abrir el debate participativo para buscar soluciones a cuestiones comunes que suponen también, en ocasiones, un conflicto político que solo puede encontrar respuesta mediante el común entendimiento de los implicados. Entendimiento que se puede promover desde las administraciones públicas y sus procedimientos, que se erigen como eficientes mecanismos de decisión permeables a la búsqueda del consenso.

La participación, presente en la actuación de la Administración, debe abrirse a la actuación del gobierno cuando regula, evitando no solo los problemas del despotismo burocrático, sino del totalitarismo regulatorio, ya destacados por Arendt **(36)**. La ideología de la democracia progresiva ve en el consenso ciudadano con el Estado una solución a la falta de gobernanza y la crisis institucional. También es una forma de reforzar el cumplimiento normativo. Involucrando a la ciudadanía se conseguirá que las decisiones que emanan del ejecutivo sean más transparentes, haciendo más fácil recuperar la confianza ciudadana y demostrar que actúan en beneficio del interés general, lo que a la vez redundará en el cumplimento normativo, disminuyendo el uso de la potestad sancionadora como se afirma en las propuestas de Holcombe y Emerson **(37)**.

(31) SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Z., "Ciudades abiertas: inclusión de los vecinos en la toma de decisiones", en Nuevas perspectivas del Derecho a la Ciudad, Ed. Jus Bai Res, Buenos Aires, 2019. Estudio práctico de las asociaciones, democracia directa y otras formas de Participación ciudadana, ed. Lex Nova, Valladolid, 2004.

(32) MASHAW, J. L., "Creating the Administrative Constitution. The lost one hundred years of American Administrative Law", Yale U.P., 2012; PARRILLO, N.R., "Administrative Law from the Inside Out. Essays on themes in the work of Jerry L. Mashaw", Cambridge, 2017; EMERSON, B., "The public's Law, Origins and arquitecture of progressive democracy", Oxford University Press, 2019.

(33) HERNÁNDEZ, E., CAMACHO, R., SILVÁN, A., ROJAS-MARTÍN, F., & STAN, L., "Gobernanza participativa local. Construyendo un nuevo marco de relación con la ciudadanía", 2018. Disponible en su versión online: http://femp.femp.es/files/3580-1936-fichero/GOBERNANZA%20PARTICIPATIVA%20LOCAL.pdf

(34) ARENDT, H., "The origins of Totalitarism", Harcourt, 1968.

(35) EMERSON, B., "The public's Law, Origins and arquitecture of progressive democracy", Oxford University Press, 2019.

(36) ARENDT, H., "The human condition", Haracourt, 1958.

(37) HOLCOMBE, R.G., "Progressive Democracy: the ideology of the modern predatory state", Public Choice

Por tanto, existe una tendencia actual en la teoría administrativa que apuesta porque el procedimiento de elaboración de normas o de producción de actos se nutra del consenso. Sin embargo, ese consenso debe actuar en beneficio del interés general de manera sostenible, sin comprometer a generaciones futuras. Las administraciones públicas deben guiar ese proceso recurriendo a técnicas innovadoras de producción de normas. El sintagma en inglés *behavioural economics* alude a una subclasificación introducida recientemente en el ámbito de la economía y que analiza las conductas teniendo en consideración aspectos relativos al comportamiento de los individuos. Esta teoría aplicable para el ámbito de la economía se ha vinculado con la producción normativa y demuestra la importancia que tienen para influir en las decisiones de los ciudadanos y que estas sean menos egoístas y más comprometidas con el interés general **(38)**.

La Administración pública y los procedimientos de producción de actos administrativos y reglamentos —*progressive democracy*— deben basarse en diálogos de consenso, pues la política parece sucumbir a veces en este intento, e incorporar en el procedimiento de toma de decisiones mecanismos que aseguren la incorporación de la inteligencia colectiva. esta debe reflejarse en la producción de dictámenes desde la información y profundo conocimiento del problema y lo más efectivo ante situaciones de crisis: la anticipación de distintos escenarios de futuro.

IV. Cómo regular desde la prospectiva: gobernanza anticipatoria

La gobernanza anticipatoria ofrece un elenco de experiencias y modelos que permiten aplicar en la práctica la prospectiva a la planificación administrativa y a la elaboración de normas. Estas herramientas parten de la realidad burocrática y el funcionamiento de las Administraciones públicas. Tras la crisis sanitaria y económica, las administraciones van a tener que enfrentarse a la planificación y toma de decisiones para la reconstrucción mediante la aprobación de normas. Sin tener en cuenta estos nuevos criterios de consenso y prospectiva a las administraciones les costará más.

Las administraciones funcionan con modelos poco adecuados para predecir los impactos en el futuro de las decisiones que adoptan en el presente. Reaccionan, más bien, a situaciones y problemas externos que se van precipitando y el análisis de impacto se identifica muchas veces a posteriori. Las Administraciones públicas toman decisiones basadas en los diálogos enmarcados en las normas y procedimientos pensados solo para resolver el presente, pero deberían permitir la actuación en diversos escenarios futuros.

Para tomar decisiones perdurables en el futuro, como las que se adoptarán en los próximos años, es preciso reactivar el intercambio de ideas de la Administración, internamente y también con la sociedad. Puesto que la mayor parte de las decisiones de las Administraciones públicas afectan al interés general, es preciso fomentar un intercambio de ideas con la sociedad. El método que debe emplearse debe ser racional y empírico. Existen varios métodos para fomentar el dialogo de consenso, como la planificación basada en escenarios de futuro, que define objetivos que se quieren conseguir. Fijados esos objetivos (protección del medio ambiente, desarrollo económico, evitar la despoblación, proteger la comunidad migrante o un mejor sistema sanitario y educativo), se debe iniciar un proceso de diálogo basado en escenarios, como el modelo propuesto por Van der Heijden **(39)**.

En la realidad actual la gobernanza anticipatoria ofrece herramientas que obligan a utilizar un método racional basado escenarios de futuro. Permite el diálogo y la comunicación racional y ordenada entre burócratas, empleados públicos, ciencia e interesados. Se basa en datos y aprendizaje extraídos de experiencias del pasado y analiza el comportamiento de los actores

182, 287—301, 2020; EMERSON, B., "The public's Law, Origins and arquitecture of progressive democracy", Oxford University Press, 2019.

(38) RIVERO ORTEGA, R., "Innovación en las normas ambientales", Tirant lo Blanch, 2019. SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Z., "¿Es ético el nudging?, en Rivero Ortega, R., "Innovación en las normas ambientales", Tirant lo Blanch, 2019.

(39) VAN DER HEIJDEN, K., "Scenarios: The art of strategic conversation", John Wiley &sons, Ltd., 2005.

en el futuro, partiendo de la ciencia y de las variables del presente. Este método la prospectiva estratégica permite planificar normas y diseñar procedimientos más duraderas, eficaces e innovadoras desde la racionalidad.

En último término, la experiencia de la reconstrucción debería servir para mejorar el derecho administrativo, mediante normas que permitan un margen de actuación y adaptación a escenarios previsibles en el futuro, que la ciencia y los datos ya anticipan, estableciendo pautas para que los órganos decisores sepan cómo actuar en crisis previsibles en el futuro **(40)**. Es el momento de incorporar técnicas que ya existen en otros países y que permiten anticipar situaciones incorporando el conocimiento de la ciencia y sus pronósticos de futuro, para que las Administraciones planifiquen de manera más racional y proactiva.

Por ejemplo, la ley alemana de prevención y control de enfermedades contagiosas en humanos de 2000 es un modelo de regulación que utilizó la prospectiva en su procedimiento de aprobación y en los procedimientos que articulaba para el control de infecciones. En los primeros meses de la pandemia fue una herramienta clave para las administraciones públicas alemanas (*Länder* y ayuntamientos) para poder ir adaptándose sin acudir al derecho de emergencia. Era una ley con prospectiva, que regulaba procedimientos desde la planificación de diferentes escenarios de futuro, que se aprobó y discutió en el año 2000 teniendo en cuenta informes científicos y de las administraciones y que permitió enfrentar desde el derecho ordinario una pandemia veinte años más tarde.

El Poder Ejecutivo se enfrenta en los próximos años al reto de regular para conseguir que las administraciones públicas sean agentes canalizadores de la planificación para la recuperación económica tras la crisis sanitaria. Sin duda, representa el mayor desafío desde la Segunda Guerra Mundial en Europa y un grave retroceso en derechos y garantías de los derechos fundamentales para la región de América Latina **(41)**. Europa ha aprobado un Plan de Recuperación para superar la crisis económica y social y garantizar la modernización sostenible del proceso de reconstrucción. Se trata de diseñar el futuro.

Si bien las bases conceptuales de esta actuación se encuentran en la democracia anticipatoria, la democracia progresiva y la prospectiva, los modelos se diseñan en estudios sobre gobernanza anticipatoria.

Una regulación y actuación adecuada de las administraciones requerirá una aproximación holística que, como dice Gunderson, permita visualizar diferentes contextos de futuro que se tengan en cuenta para la adopción de decisiones y en la regulación **(42)**. Son varias las experiencias de gobernanza anticipatoria que se emplean en la actualidad para diferentes fines **(43)**.

IV.1. El foresight *o prospectiva aplicada a la ciencia, tecnología e innovación*

Es una de las más utilizadas por la Administración. Desde 1960 se desarrollaron en diferentes países con el fin de identificar áreas prioritarias de investigación con gran potencial de transferencia en el sector industrial o empresarial o por tratarse de estudios estratégicos para el Estado **(44)**. Estos estudios de futuro utilizaban estrategias de predicción Delphi que permitían identificar preocupaciones sociales y de las administraciones para articular una estrategia de futuro. En Francia (FKTP), Estados Unidos (STIF), Reino Unido (Technology Foresight Towards).

(40) SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Z: "La emergencia sanitaria COVID-19 a la luz de la emergencia climática. Retos y oportunidades", ps. 241-250. Fundación Heinrich Böll, 2020; "Emergencia sanitaria: ¿Una oportunidad para el fortalecimiento del Estado de Derecho aplicando el Derecho administrativo?", Facultades extraordinarias del Estado ante una emergencia sanitaria, Ed. Grañén Porrúa, México, 2020.

(41) Informe Anual 2020, Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

(42) GUNDERSON, L. H., & HOLLING, C. S. (Ed.), "Panarchy: Understanding Transformations in Human and Natural Systems", Washington: Island Press, 2002.

(43) RAMOS, J., & HILLIS, D., "Anticipatory Innovation", Journal of Futures Studies, 9 , 19-28, 2012

(44) GEORGHIOU, L. H., & HARPER, J. C., "From priority-setting to articulation of demand: Foresight for research and innovation policy and strategy", Futures, 43, 243-251, 2011.

La democracia anticipatoria tiene su origen en las reflexiones de Toffler **(45)** y la inclusión a gran escala de ciudadanos en el proceso de diagnóstico de los problemas disruptivos que las decisiones del presente pueden tener en el futuro. La democracia anticipatoria se define por Belzold como el proceso por el que se combina la participación ciudadana y la prospectiva **(46)**. Muchas de estas experiencias se llevaron a cabo en los años 70 en Estados Unidos e involucraron a parte de la ciudadanía, líderes comunitarios (empresarios, organizaciones civiles, distintos líderes de confesiones religiosas). En estos procesos se consigue inculcar en la ciudadanía y actores el respeto a valores y preocupaciones diferentes y de futuro.

IV.2. Comisiones de futuro

Son institutos de comunicación o agencias que desempeñan esa labor prospectiva cuyos resultados son utilizados por la Administración pública y la ciudadanía. Su función es doble: analizar el impacto de futuro de las decisiones que se adopten por el gobierno y administraciones públicas y también generar opinión y debate público. Fueron pioneras las comisiones de futuro de Australia, Suecia.

En la actualidad se denomina "oficinas de prospectiva" y son relevantes la Policy Horizons de Canadá, el Centre d'Analyse Strategique de Francia, la Forsight Unit de Finlandia, o la Comisión de Estudio de Inteligencia Artificial, Responsabilidad Social y Potencial Económico, Social y Ecológico de Alemania, creada por el Bundestag, entre otros. En España el artículo 3.2.g. del Real Decreto 136/2020, de 27 de enero, por el que se estructura la Presidencia del Gobierno y la Oficina Nacional de Prospectiva y estrategia. Su objetivo es "analizar de manera sistemática la evidencia empírica disponible para identificar los posibles desafíos y oportunidades (demográficos, económicos, geopolíticos, medioambientales, sociales o educativos...) que España tendrá que afrontar en el medio y largo plazo, y de ayudar al país a prepararse para ellos".

Las comisiones de futuro o prospectiva tienen como finalidad contrarrestar algunos defectos en la democracia que se trasladan en el actuar administrativo por las estrategias cortoplacistas que se adoptan como punto de partida para la producción normativa. La anticipación y la proactividad son esenciales para dar respuesta a las demandas sociales, mejorar la obsolescencia de las normas y la anquilosis institucional. La prospectiva o gobernanza anticipatoria puede combatir el cortoplacismo mediante estrategias a largo plazo. Estas comisiones pueden tener un gran impacto en la producción de normas y reorganización administrativa. La innovación y adaptación de las instituciones a las demandas sociales y políticas puede encontrar un gran aliado en estas herramientas, que necesitan dotarse con medios y contar con el apoyo de todas las fuerzas políticas, actores representativos de los intereses de futuro en juego, academia, medios de comunicación y dando a conocer su importancia en la ciudadanía, educando en estos valores e importancia de las decisiones de futuro **(47)**.

IV.3. Prospectiva gubernamental integrada

El enfoque actual de la democracia anticipatoria parte de la idea de actuación administrativa e inteligente. La prospectiva puede solucionar problemas de coordinación, cooperación y solapamiento de competencias. Estos fallos sistémicos de la Administración pública restan eficacia y comprometen los resultados a corto y largo plazo.

El método se ha implementado a escala nacional en materias como medio ambiente, salud y seguridad nacional y control migratorio **(48)**. En Holanda, Reino Unido y Singapur se ha aplicado para ayudar a los altos cargos y responsables

(45) TOFFLER, A., "El shock del future", 1970; "The future as a way of life", Horizon, 1965.

(46) BEZOLD, C., "The history and future of anticipatory democracy and foresight", World Futures Review, 11, 273-282, 2019

(47) RAMOS, J. M., MANSFIELDN, T., & PRIDAY, G., "Foresight in a Network Era: Peer-producing Alternative Futures", Journal of Futures Studies, 17, 71-90, 2012

(48) FISHBEIN, W., "Prospective sense-making: a realistic approach to foresight for prevention in age of complex threats", Forecasting, Warning and responding to trasnational risks, Palgrave Macmillan, London, 2011, ps. 227-240,

políticos a adoptar criterios de pensamiento estratégico.

Como estamos constatando, no solo se trata de requerimientos internacionales, sino que las previsiones traspasan fronteras en ámbitos como la salud, la migración o el medio ambiente. Por ese motivo este proyecto de investigación cuenta con investigadores del entorno europeo para conocer las implicaciones supranacionales de la prospectiva aplicada a la Administración pública, con aportaciones y enfoque interdisciplinares.

La prospectiva gubernamental trabaja intentando identificar señales de alerta temprana de riesgo basadas en el proceso de redes de aprendizaje interorganizacionales e intergeneracionales. Se basa en procesos que tienen en cuenta redes de aprendizaje para el cambio cultural de las administraciones públicas y también de los diferentes departamentos que las componen. También se trabaja con la sociedad civil y grupos de interés creando un aprendizaje del beneficio común basado en el largo plazo, la interdisciplinariedad y la participación. En esas redes de aprendizaje se cuenta con empleados públicos y administraciones de distintos niveles que trabajan en escenarios de futuro que permiten el aprendizaje social de base amplia. Este sistema de aprendizaje se basa en escenarios que se traducen en alternativas políticas, jurídicas y normativas **(49)**.

IV.4. Prospectiva normativa

Es un ejemplo práctico de la prospectiva gubernamental integrada. Se ha utilizado en Estados Unidos en el ámbito federal **(50)**. Su actuación se fundamenta en informes o análisis del impacto a futuro de las normas. Ese impacto se estudia en comisiones legislativas interdisciplinares de prospectiva que lo incorporan al informe final de propuesta normativa. Este análisis afecta al diseño de normas desde una perspectiva material, de fondo, pero también formal. Los procedimientos de implementación de estas por las administraciones públicas, la elaboración de actos administrativos, también requiere de informes de prospectiva y la consulta ciudadana, así como debate con grupos de interés que incorpore este enfoque prospectivo.

IV.5. Gestión de la transición o transition management (TM)

Su finalidad es alcanzar objetivos y visiones de desarrollo sostenible mediante una gestión sistémica y multigeneracional con una perspectiva de largo plazo, utilizando formas de participación ciudadana administrativa. Estos procesos participativos se utilizan con un objetivo diferente: generar un desarrollo sostenible. Se pretende fomentar grupos de innovación social pioneros de interesados en innovar en un área determinada. Las figuras de participación buscan sinergias entre la Administración pública y esas redes de innovación social que crearán una alianza emergente para el cambio. Son ejemplo de estas estrategias las Asociaciones para la Innovación o la contratación para la innovación. El enfoque desde la prospectiva visualiza un escenario global pero aplicado a la sostenibilidad local, aplicando el conocimiento global a problemas emergentes locales (despoblación, migración irregular, efectos del cambio climático en una zona o especie). Se trata de articular comisiones de prospectiva que unifiquen la comprensión de problemas a largo plazo en escenarios de futuro alternativos con políticas y actuaciones de la Administración que sean innovadoras a corto plazo (elaboración de normas, contratación, subvenciones y actividad de fomento, potestad sancionadora o utilización de técnicas normativas *nudge* que busquen comportamientos más ecológicos y respetuosos con las generaciones futuras).

Para ello es imprescindible articular fases de elaboración previa reglamentaria o de participación o información pública en los que la Administración debata desde la prospectiva con distintos actores, empresarios, grupos sociales (asociaciones, ONG, voluntarios). El objetivo es crear redes de innovación para la gestión de la transición mediante figuras coproductivas que generen un conocimiento innovador y re-

(49) VAN DER HEIJDEN, K., "Scenarios: The art of strategic conversation", John Wiley &sons, Ltd., 2005.

(50) BEZOLD, C., "The history and future of anticipatory democracy and foresight", World Futures Review, 11, 273-282, 2019

flexivo permanente **(51)**. La gestión de la transición analiza los diferentes niveles temporales en conflicto. La innovación proviene de generar instrumentos de coproducción entre actores y Administración pública desde la prospectiva y pensando en distintos escenarios en el tiempo proponiendo futuros alternativos. El sistema obliga a replantear las estructuras claves del sistema para elaborar nuevos planes estratégicos prospectivos: nueva regulación normativa, nuevas infraestructuras físicas, o diferente infraestructura financiera. Las decisiones de la Administración pública serán sostenibles a largo plazo si se marcan objetivos y visiones para esa transición al futuro. Para ello es preciso el consenso, la participación y las asociaciones público-privadas, que garanticen retos y objetivos que deben respetarse y afectan a largo plazo a generaciones futuras.

IV.6. Planificación estratégica basada en prospectiva

Los planes a largo plazo deben contar con instrumentos de participación ciudadana. Para realizar estos procesos se necesitan expertos que preparen las sesiones de discusión a largo plazo. Estos procesos informados de participación para un diseño estratégico prospectivo utilizan métodos consolidados como las conferencias de búsqueda o la planificación de escenarios (Mahmud y Van der Hijden) **(52)** o la redefinición estratégica (Ramírez y Wilkinson) **(53)**. Esta investigación pretende establecer un marco conceptual de estos métodos de planificación y ejemplos de buenas prácticas que puedan servir a las administraciones públicas como modelos de actuación.

IV.7. Redes de prospectiva o foresight

De reciente creación y basado en funcionamiento de las tecnologías utilizadas para crear las plataformas web 2.0. El *crowdsourcing* y la inteligencia colectiva permiten predecir escenarios de futuro. Una de las experiencias pioneras es Shaping Tomorrow, en la Unión Europea. Basados en procedimientos de audiencia, participación, legitimación ciudadana y empresarial, transparencia, autorresponsabilidad, es la prospectiva más novedosa (Ramos) **(54)**.

V. Europa y la nueva regulación para la reconstrucción: un modelo basado en la prospectiva

El Consejo Europeo de 21/07/2020 acordó una serie de medidas históricas para impulsar la recuperación económica y amortiguar el impacto de la crisis sanitaria que sucedió a la declaración por la OMS, el 11 de marzo, de la pandemia internacional. Estas medidas coligan el Marco Financiero plurianual para 2021-2017 y el Instrumento Europeo de Recuperación (Next Generation EU). Este instrumento supondrá para España aproximadamente 140.000 millones de euros en transferencia y préstamos hasta 2026 bajo tres premisas: aprobar instrumentos para la recuperación, pago de daños y salir reforzados de la crisis; para adoptar medidas de impulso de la inversión privada y apoyar a empresas en dificultades; reforzar programas clave de la Unión Europea para extraer enseñanzas de la crisis, hacer que el mercado único sea más fuerte y resiliente y acelerar la doble transición ecológica y digital.

En este sentido, el Parlamento Europeo y del Consejo establecen un Mecanismo de Recuperación y Resiliencia que prevé aplicar principios de gestión eficiente o buena regulación que lleva a evitar la sobrerregulación y cargas administrativas. Si los plazos van a reducirse en materia de contratación, subvenciones, procedimiento

(51) LUDEMA, J., COOPERRIDER, D., & BARRETT, F., "Appreciative Inquiry: the power of the unconditional positive question", In Reason, P., and Bradbury, H. (Eds.), Handbook of Action Research (ps. 155-65), London, Sage, 2002; WEISBORD, M. (Ed.), "Building Common Ground", Berrett-Koehler, San Francisco, 1992.

(52) MAHMUD, J., "City foresight and development planning case study: Implementation of scenario planning in formulation of the Bulungan development plan", Futures, 43, 697-706, 2011. VAN DER HEIJDEN, K., "Scenarios: The art of strategic conversation", John Wiley &sons, Ltd., 2005.

(53) RAMÍREZ, R. y WILKINSO, A., "Strategic reframing", The Oxford Scenario Planning Approach, Oxford, 2018

(54) RAMOS, J., & HILLIS, D., "Anticipatory Innovation", Journal of Futures Studies, 9, 19-28, 2012. RAMOS, J. M., MANSFIELDN, T., & PRIDAY, G., "Foresight in a Network Era: Peer-producing Alternative Futures", Journal of Futures Studies, 17, 71-90, 2012

de evaluación ambiental o tramitación es preciso empezar a trabajar cuanto antes, buscando la proactividad basada en el consenso. Además, estas medidas deben articularse sin cometer errores pasados y con un compromiso de sostenibilidad con las generaciones futuras. Es preciso planificar desde un buen conocimiento de la realidad presente, aprendiendo de errores pasados y visualizando objetivos claros de futuro.

En esta visualización-acción, participativa y sostenible, puede ayudar la aplicación de técnicas de prospectiva que partan de la metodología de escenarios futuros imbricada en la teoría de la democracia progresiva: el dialogo consensuado que debe aunar ideas de burócratas, personal técnico empleadas públicos, altos cargos y la inteligencia colectiva de la que hablaba Amanatidou **(55)**. La democracia es el modelo político que más puede aprovechar la inteligencia colectiva del consenso, utilizando sus instituciones y el proceso de toma de decisiones para autocuestionarse y auto corregir prácticas que solo llevan a la anquilosis institucional que provoca una ineficiencia sistémica.

La propuesta europea parte de técnicas regulatorias y procedimentales innovadoras e inteligentes que pueden ser aprovechadas para el desarrollo social y el proceso de recuperación económica en la era COVID. El derecho administrativo tiene efectos transformadores en la economía y sociedad, por cuanto puede mejorar la competitividad y ser herramienta para la toma de decisiones comprometidas con las generaciones futuras mediante la regulación.

La regulación actual debe analizar y explorar las posibilidades de aplicación de la teoría conceptual de la democracia anticipatoria o *anticipatory democracy* en el diseño y aplicación de las normas, para proporcionar soluciones consensuadas que prevean escenarios de futuro teniendo en cuenta variables sociales actuales desde un enfoque sostenible.

Es preciso buscar estrategias de planificación en la elaboración y aplicación de normas en el seno de las administraciones públicas que tenga en cuenta estrategias interdisciplinares que permitan una actuación meditada, consensuada, que no comprometa a generaciones futuras y que se traduzcan en decisiones y actuaciones a largo plazo, proactivas y no reactivas de la Administración —respondiendo a crisis— (especialmente las que se diseñen con el fin de conseguir una recuperación económica sostenible y respetuosa con las generaciones futuras).

Las normas deben ser claras, fruto de una buena técnica jurídica normativa, pero también han de producirse teniendo en cuenta las necesidades y demandas de diversos actores y sectores sobre los que van a impactar como decía Haeberle, con "cláusulas inmanentes de protección generacional" **(56)**. Por ello es preciso repensar las políticas públicas que acompañen a ese proceso de elaboración y aplicación normativa en el que se deben identificar actores, sus necesidades, el impacto transformador de la norma en los derechos de las personas, a corto y largo plazo. Esas políticas deben ser mediáticas, transversales, inclusivas y educativas.

La superación y recuperación ante la pandemia solo será efectiva si existe un apoyo activo de la ciudadanía, comprometida con actuaciones preventivas y también participativas. La ciudadanía necesita participar de manera responsable, impulsado los principios democráticos, fortaleciéndolos y reinventando también nuevas formas de participación y toma de decisiones. De lo contrario, si se omite esta participación activa, las soluciones que se propongan a gran escala no se asumirán como propuestas de mejora sino como imposiciones *top-down*.

El análisis de las innovadoras fórmulas participación democrática anticipatoria, porque la deliberación requiere anticipar y prever escenarios posibles de actuación, clarificando metas a corto, medio y largo plazo; abordar los desafíos sociales —ciertamente insólitos— que se han sucedido con la pandemia requiere procesos

(55) AMANATIDOU, E., BUTTER, M. CARABIAS, V., "On concepts and methods in horizon scanning: lessons from initiating policy dialogues on emending issues", Science and Public Policy 39, 2, 208-221, 2012. AMANATIDOU, E., "Prospective games for defense strategic decisions in Brasil", Foresight 2016.

(56) HAEBERLE, P., "A constitutional law for future generations — the other of the from the social contract: the generation contract", Elgar, E.: The Handbook of intergenariotal Justicie, p. 215, 2006.

de intercambio interdisciplinares y trasversales que involucren a todos los actores en la visión futura de la recuperación. La fuerza transformadora que conducirá a la mejora de los procesos sociales de recuperación COVID-19, requerirán esfuerzos rápidos y consensuados que, desde la participación anticipatoria y reflexiva, conseguirán visualizar y considerar las diversas perspectivas de los impactos, reflexionar de manera comparada con otros países, y asegurar un seguimiento adecuado de la ejecución de las propuestas. La anticipación aplicada a la recuperación permitirá generar información valiosa y empoderar la capacidad de diferentes sectores estratégicos para avanzar, desde criterios de consenso para un futuro sostenible.

En el mes de abril de 2021 ha empezado a funcionar una plataforma digital **(57)** con la propuesta participativa más grande realizada hasta ahora en una región: la conferencia sobre el futuro de Europa. Su finalidad es establecer un dialogo con los más de 450 millones de ciudadanos europeos y consensuar cómo construir una Europa más resiliente en los próximos años **(58)**.

Esta nueva forma de regulación se justifica, por tanto, en la necesidad de dar respuestas de futuro que tengan en cuenta varios aspectos esenciales, que se han considerado clave por los distintos autores en la prospectiva. El medio ambiente, la población (migraciones y despoblación), el modelo productivo sostenible, la transformación digital, y, recientemente, la prospectiva debe aplicarse a la recuperación post COVID-19 y que ha añadido dos temas adicionales relacionados con la Administración sanitaria y la educación.

La regulación deberá hacerse con nuevos criterios que no afecten a generaciones futuras y permitan dar respuestas económicas mediante normas desde una perspectiva comparada.

(57) https://futureu.europa.eu/

(58) Comisión Europea, Carta sobre la conferencia del futuro de Europa, 2021. https://futureu.europa.eu/pages/charter?locale=es

La Procuración General de la Nación y la doctrina de los Gobiernos *de facto* (*)

Una perspectiva histórica

Mariano Palacios

Sumario: I. Justificación del tema. Reflexión inicial.— II. Ubicación institucional del Ministerio Público. Antecedentes normativos.— III. La doctrina de los Gobiernos de facto. Concepto y precisiones.— IV. La Procuración General de la Nación y la doctrina de los Gobiernos de facto y sus normas.— V. Conclusiones.— VI. ¿Existe alguna proyección actual del tema?

"En tiempos de auge la conjetura de que la existencia del hombre es una cantidad constante, invariable, puede entristecer o irritar; en tiempos que declinan (como estos), es la promesa de que ningún oprobio, ninguna calamidad, ningún dictador podrá empobrecernos".
Jorge Luis BORGES, *Historia de la Eternidad.*

I. Justificación del tema. Reflexión inicial

Coincidirá el lector en esta afirmación casi absoluta: el tema del Gobierno *de facto* tiene un matiz anacrónico y pertenece al campo de la historia del derecho constitucional argentino **(1)**. ¿Por qué, entonces, efectuar hoy un repaso sobre la posición de la Procuración General de la Nación (PGN) respecto de la doctrina de los Gobiernos *de facto* y las normas emitidas por ellos? Diversas razones pueden colaborar a encontrar la justificación a esa tarea.

En primer término, se ha verificado un reducido número de estudios integrales sobre la Procuración General de la Nación (PGN) y los dictámenes principales a lo largo de su historia **(2)**, y mucho menos estudios que específicamente incluyan la vinculación con los mencionados Gobiernos.

En segundo lugar, la posición institucional y la función del Ministerio Público ha carecido de una concepción clara acerca de cuál es su rol, y aun con posterioridad a la reforma de 1994 —bien con una norma constitucional específica en juego— persisten diversas interpretaciones sobre su posición institucional en la organización constitucional del poder.

La vinculación de la doctrina de los Gobiernos *de facto* con la Procuración General de la Nación, según la actual conformación a tenor del art. 120, CN, resulta relevante a poco que se entienda que el objetivo de dicho organismo es la defensa de la legalidad y de los intereses ge-

(*) Agradezco a Estela Sacristán y a Alberto B. Bianchi los comentarios y aportes al presente trabajo, cuyo resultado final debe adjudicarse exclusivamente al autor.

(1) BIDEGAIN, Carlos M., "Curso de Derecho Constitucional", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003, nueva versión revisada y actualizada con la reforma de 1994 por el autor y los doctores Orlando J. Gallo, Eugenio Luis Palazzo, Roberto Antonio Punte y Guillermo Carlos Schinelli, Tomo II Territorio -Población. El Poder: organización, p. 244.

(2) Cfr. AYARRAGARAY, Carlos A., "El Ministerio Público", Ed. J. Lajouane & Cía. Editores, Buenos Aires, 1928; BECERRA, Nicolás E., "El Ministerio Público Fiscal", Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires - Madrid, 2004.

nerales de la sociedad; en tanto cubre los roles de defensa de la legalidad y acción pública para la protección de intereses sociales y de sectores sociales desamparados **(3)**. En efecto, de acuerdo con el art. 1° de la ley 27.148, el Ministerio Público Fiscal es el encargado de promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad. En especial, tiene por misión velar por la efectiva vigencia de la Constitución nacional —entre ellos, y sin duda vinculados a este trabajo los arts. 29 y 36— y los instrumentos internacionales de derechos humanos en los que la República sea parte.

Tal como señala Cassagne, hoy asistimos a una remodelación del sistema clásico de separación de poderes, el cual —como gran contribuyente a la protección de las libertades— ha cobrado una nueva dimensión a raíz de la coexistencia de múltiples y diversos poderes en los Estados democráticos **(4)**. La Procuración General de la Nación es, sin dudas, en la República Argentina uno de esos nuevos actores en el escenario del poder, conforme su nueva inserción constitucional a partir del art. 120 de la Constitución nacional, y existencia antigua, a la vez, como se verá seguidamente.

Una constitución puede ser concebida como un definido programa de Gobierno, con sustento en dos capiteles bien plantados (i) el reconocimiento de un cúmulo de derechos individuales y colectivos; y (ii) un modo de organización para el ejercicio legítimo del poder. Dicha estructura es verificable en la propia Constitución nacional argentina, con una Primera Parte dedicada a las declaraciones, derechos y garantías y a los nuevos derechos y garantías, y con una Segunda Parte que regula a las Autoridades de la Nación, en el Gobierno Federal y en los Gobiernos de provincia.

En dicho marco, el reconocimiento de un Gobierno *de facto* y/o de sus funcionarios, es decir, nombrados sin previo cumplimiento de lo dispuesto por el orden constitucional en lo que se refiere al acceso al poder, importa la vulneración primera de la Ley Fundamental y de los derechos individuales y colectivos allí reconocidos. Aun cuando las autoridades *de facto* luego juramenten el cumplimiento de la vigencia plena de la primera parte de la CN, y su cumplimiento, las declaraciones, derechos y garantías —individuales y colectivas— no estarán sujetas ya a la *ley*, sino a la voluntad de ese Gobierno *de facto* y/o sus funcionarios.

La ley habrá sido así sustituida por los hechos; y, tal como lo explica Carl Schmitt, el derecho será puesto por quien se impone de hecho, transformando así al derecho en la imposición de imposiciones, reconociendo así la "fuerza normativa de lo fáctico" **(5)**.

Señalaba con acierto Sánchez Viamonte que "las revoluciones triunfantes, sea cual fuere su carácter, producen efectos jurídicos que son la necesaria consecuencia de los hechos, y se convierten en causa de perturbación, más o menos profunda, del orden jurídico institucional. Son ellas, pues, los enemigos naturales del constitucionalismo: introducen el desorden cuando quiebran, aunque sea en mínima parte, el orden preexistente, y provocan una interrupción en la

(3) Cfr. intervención del convencional de la Rúa por la Provincia de Córdoba, ps. 4677 -4679 de la 34ª Reunión, continuación de la 3ª Sesión Ordinaria del 19 de agosto de 1994 de la Convención Constituyente de 1994; quién, además, agregó de su objetivo deriva su forma bicéfala: con un Ministerio Público Fiscal que custodia la acción penal pública y los intereses colectivos; y un Ministerio Pupilar que tiene por objeto la protección de los sectores desprotegidos de la sociedad.

(4) CASSAGNE, Juan Carlos, "Los grandes principios del Derecho Público Constitucional y Administrativo", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, ps. 146-147. Sobre la doctrina de la separación de poderes, consultar BIANCHI; Alberto B., "La separación de poderes: un estudio desde el derecho comparado", Ed. Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2019; y, en particular, el cap. VI sobre el modelo argentino, y dentro del mismo, el análisis de las dos normas constitucionales específicas (arts. 29 y 36) destinadas a asegurar la separación de poderes (ps. 285-287).

(5) SCHMITT, Carl, "Legalidad y Legitimidad", Ed. Struhart & Cía., Buenos Aires, 2002, p. 126. En una clara explicación de la oposición absoluta entre la "normatividad kelseniana" y el "decisionismo schmittiano" Lorenzo Córdoba Vianello nos explica que para Schmitt "la voluntad y la auctoritas son los principios que sirven de fundamento para el decisionismo en la medida que la decisión es el producto de la voluntad de quién está investido de la autoridad para emitirla... Ya no es la norma, la lex impersonal y abstracta la que constituye la fuente de la juridicidad, como ocurre en el caso del normativismo, sino que es, más bien, la voluntad que determina la norma, la voluntad del rex" (cfr. "Derecho y poder. Kelsen y Schmitt frente a frente", Ed. FCE -UNAM, México, 2009, p. 196).

normalidad jurídica cada vez que se proponen crear un orden nuevo" **(6)**.

Finalmente, no es posible considerar el tema encarado en este trabajo sin hacer mención, en estas reflexiones preliminares, a los efectos que la ruptura del orden constitucional de 1930, aun con sus antecedentes solapados de sostenido espíritu militar, tuvo en el devenir institucional posterior. Calificada la Acordada de 1930 como de naturaleza político-institucional **(7)**, ella hizo prevalecer el poder, la fuerza o los hechos a la Constitución nacional, y es un fenómeno que debe ser resignificado continuamente aun en tiempos de estabilidad democrática, pues el sistema constitucional siempre está en riesgo de funcionar bajo el prisma de los hechos consumados. La manipulación argumental jurídica de la Corte Suprema en la Acordada de 1930 fue desnudada con lucidez inmediata por Antokoletz **(8)**; bien que corresponde señalar conforme el profundo estudio emprendido por Gelli y Cayuso, que la preocupación primordial de los Ministros de la Corte giraba en torno a limitar jurídicamente de alguna manera al ejecutivo provisional, para preservar la estabilidad y, la continuidad del orden institucional en la medida de lo posible, en no dejar al país sin protección legal, frente a un hecho revolucionario de consecuencias imprevisibles **(9)**. Sin embargo, como fuera señalado con precisión por las autoras citadas, "las consecuencias imprevisibles fueron las de la Acordada, porque a partir de ella se consolidó la doctrina *de facto* y la creencia —que luego se fue extendiendo a vastos sectores de la población— acerca de que era posible mantener algún grado de estabilidad constitucional quebrantando la Constitución" **(10)**.

Así las cosas, el presente tiene por objeto verificar la actuación de la Procuración General de la Nación en los casos en los cuales estaba en juego la aplicación de la doctrina de los Gobiernos *de facto*, a cuyo fin se realizará un repaso de la ubicación institucional del Ministerio Público, mediante una breve recopilación de los antecedentes normativos que establecieron y reglamentaron a la Procuración General de la Nación (cap. II); y se conceptualizará a la doctrina de los Gobiernos *de facto* (cap. III). Luego, se analizarán los dictámenes del Ministerio Público, adoptándose los períodos en los que tradicionalmente se ha dividido la historia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (cap. IV). Por último, se efectuará la conclusión pertinente en función de lo verificado en el capítulo anterior con una reflexión personal para los tiempos actuales (caps. V y VI).

II. Ubicación institucional del Ministerio Público. Antecedentes normativos

Como es de público conocimiento, la Procuración General de la Nación integraba el Poder Judicial de la Nación (PJN) en el diseño constitucional de 1853 (art. 91). Así fue entendido al momento de la discusión de la ley 182, no obstante, lo cual ya desde entonces, se vio la confusa interpretación del concepto de Ministerio Público al establecerse la amovilidad de los fiscales de las Cortes de Distritos. Se identificaba a los fiscales con los abogados del Gobierno, con

(6) SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos, "El Constitucionalismo y sus problemas. El orden jurídico positivo. Supremacía, defensa y vigencia de la Constitución", Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1957, p. 531.

(7) FAYT, Carlos S., "Nuevas fronteras del Derecho Constitucional. La Dimensión político —institucional de la Corte Suprema de la Nación", Ed. La Ley, Buenos Aires, 1995, p. 111.

(8) ANTOKOLETZ, Daniel, "Gobiernos *de iure, gobiernos de facto y gobiernos usurpadores", JA Tomo 34, ps. 5-13.*

(9) CAYUSO, Susana G. — GELLI, María Angélica, "Ruptura de la legitimidad constitucional. La Acordada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de 1930", en Cuaderno de Investigaciones 1, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja", Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UBA, Buenos Aires, 1988, p. 61, con referencia a la opinión del Dr. Roberto Repetto (h) brindada a las autoras los días 5, 6 y 11 de marzo de 1986. En esta misma línea, bajo diferentes expresiones lingüísticas encontramos a OYHANARTE, Julio, "Historia del Poder Judicial", Revista Todo es Historia, 61, Buenos Aires, 1972, p. 106 ("la Corte no podía cambiar el curso de la historia"); y a BIDART CAMPOS, Germán, "La Corte Suprema. El Tribunal de las garantías constitucionales", Ed. Allende & Brea, Buenos Aires, 1982, p. 186 (bajo una valuación objetiva de las decisiones judiciales, "a veces, hasta permite suponer que en algunos casos esa intensidad [del control de constitucionalidad y razonabilidad] aumenta"), autores citados por MANILI, Pablo L., "Evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación 1863 -2007", Ed. Universidad, Buenos Aires, 2007, 1ª ed., p. 97, quien discrepa con tales opiniones.

(10) CAYUSO — GELLI (1988), p. 61.

prevalencia de un concepto regalista y exótico y que definía aún más el régimen presidencial, contrariamente a los antecedentes constitucionales nacionales **(11)**.

En oportunidad de la Reforma Constitucional de 1860, el art. 94 eliminó la mención a los 2 fiscales como integrantes de la CS, y dejo la ubicación institucional de la Procuración General de la Nación a decisión del Congreso nacional, quien, mediante la ley 27, estableció en su art. 6° que la justicia nacional se ejercería por medio de una Corte Suprema de Justicia compuesta por 5 miembros y un procurador general. Por otra parte, el art. 15° previó que, cuando en alguna causa fuese necesaria la intervención de un fiscal, podrían nombrarse para ese cargo a un abogado particular, cuyos honorarios serían a cuenta del Tesoro nacional. La CS, por su parte, dictaría los reglamentos internos y otro uniforme para todos los juzgados de sección (art. 11). La ley 27 no previó la forma de nombramiento y sus atribuciones concretas; y en 1863 se pensó que reemplazaría al cargo de fiscal general que ya existía. Empero —¿qué cosa? ¿el cargo?—, fue suprimido por la Ley de Presupuesto para el período 1863-1864 ya que —en opinión de Gorostiaga, en la sesión del 5 de septiembre de 1863— aquel representaría no solo los intereses del Estado ante los Tribunales Federales, sino también en lo administrativo ante el Gobierno. A pesar de ello, nótese que esa misma ley creó el cargo de procurador del Tesoro, letrado del Ministerio de Hacienda que, con el tiempo, resultaría el asesor y representante del Estado en juicio **(12)**.

La designación del procurador general requirió el acuerdo del Senado en función de la práctica instituida en la designación del Dr. Francisco Pico —primer procurador general de la Nación—. A pesar de no existir norma expresa en la Constitución nacional al respecto, la ley 43 del 26 de agosto de 1863 facultó al Poder Ejecutivo nacional (PEN) para nombrar los procuradores titulares en aquellas secciones en que lo estimara conveniente, con el sueldo que propondría el Congreso (cfr. art. 6°).

Así, la suerte institucional del Ministerio Público estaría atada a los tironeos (presupuestarios e institucionales) entre el Poder Ejecutivo nacional y el Poder Judicial, este último en la cabeza de este, la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Es, por ello, que, al decir de Ayarragaray, la intervención del Ministerio Público fue discontinua y precaria, porque el procurador fiscal era designado en cada caso, primero por el juez de sección (ley 27), y luego por el Poder Ejecutivo (ley 43). Dicho sistema no convenía a los intereses de la Nación, se consideren estos desde el punto de vista económico o de su defensa en juicio **(13)**.

Nótese el grado de confusión sobre el rol del procurador que en "Fisco Nacional c. D. Manuel Ocampo" **(14)** la Corte Suprema "...llam[ó] a la reflexión al Procurador General Francisco Pico sobre la enormidad de sus proposiciones, y sobre la inconveniencia del lenguaje con que oficialmente se ha[bía] dirigido al Tribunal de que lo hace miembro la ley de 16 de octubre de 1872 y el decreto de su nombramiento".

En "La Pilcomayo" **(15)**, por su parte, la propia Corte Suprema calificaba al procurador general de la Nación como "consejero legal del Presidente de la República", para reafirmar su

(11) AYARRAGARAY (1928), p. 137; y ps. 142 y ss. Para una explicación sobre la historia de las instituciones y los principios de cada sistema, que explicarían las raíces de lo señalado en el texto principal, véase CASSAGNE, Juan Carlos "Sobre el origen hispánico del sistema judicialista y de otras instituciones del derecho público iberoamericano y los principios de cada sistema", en ReDA, 7, vol. 2005, ps. 613 -627.

(12) Cfr. TANZI, Héctor J., "El nacimiento y los primeros pasos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (1853 -1903)", en AA.VV., Historia de la Corte Suprema, Alfonso SANTIAGO (h) (dir.), Ed. Marcial Pons, Buenos Aires, 2014, 1ª ed., t. I, p. 87.

(13) AYARRAGARAY (1928), p. 156.

(14) Fallos 112:134 (1872). Con relación a un fallo de la CS dictado con fecha 27 de junio de 1871 sobre la devolución de unos bienes del Sr. Ocampo a pesar de no haberse sostenido el recurso de apelación mediante el memorial correspondiente, y su seguimiento por parte del juez federal de Rosario en la etapa de cumplimiento de la sentencia, Pico señalaría que dicho juez demostraba una "sumisión estúpida"; y "cuando la Corte sostiene que lo blanco es negro, todos debemos inclinarnos y creer que es negro, no habiendo otro remedio, que una acusación ante el Congreso", debiendo entonces, la Corte cambiar el fallo por haber violado las formas lo cual los exponía a una acusación formal.

(15) Fallos 43:321 (1891).

decisión en tanto las opiniones coincidían sobre el modo de resolver la causa **(16)**.

Efectuado un breve repaso de la legislación que reguló el Ministerio Público desde entonces hasta la reforma de 1994, no puede menos que concluirse la existencia de un desorden institucional y una dispersión funcional plasmada en diversas normas **(17)**. Como resultado, es prácticamente imposible determinar la posición institucional y el derecho aplicable de la Procuración General de la Nación. Ello, siempre de manera refleja al esquema del Poder Judicial, con competencias (material y territorial) y jerarquías que reproducen las del tribunal ante el cual tenían que actuar **(18)**.

En tal sentido, pueden mencionarse, entre otras, las siguientes normas de condiciones de nombramiento, organización, relaciones de superintendencia y actuación del Ministerio Público Fiscal: ley 43 del 26 de agosto de 1863; ley 50 del 14 de septiembre de 1863; ley 1.893 (sobre la base de la ley 1.144 del 15 de diciembre de 1881); ley 2.372 (Código de Procedimientos Penal); leyes 3.367, 3.952, 4.162, 4055 y 7.099; dec.-ley 1285/1958; leyes 13.998, 14.467, 15.271 y 15.464; Acordada del 17 de diciembre de 1952 (Reglamento para la Justicia Nacional); leyes 16.895, 17.454, 17.516, 18.345, 19.539, 20.581, 21.341, 22.383 y 23.183 **(19)**.

Ante la ausencia de una disposición constitucional expresa, y librada tal determinación a la voluntad legislativa de turno, tal como aconteciera como con el número de integrantes de la Corte Suprema, la posición institucional del Ministerio Público fluctuó entre el Poder Judicial y el Poder Ejecutivo, con opiniones doctrinarias calificadas en uno u otro sentido **(20)**, inclinándose el fiel de la balanza hacia este último en función de dos hechos determinantes:

- La ley 23.774 de 1990 dispuso que el procurador general no integraba la CS, sino que actúa *ante* ella, por lo que su designación —hasta el momento efectuada por el Poder Ejecutivo nacional con acuerdo del Senado— pasó a ser realizada directamente por decreto del Poder Ejecutivo nacional.

- La CS entendió, en "Ricardo F. Molinas" **(21)**, que no correspondía aplicar al Ministerio Público la inmunidad de juicio político del art. 45, CN por no pertenecer al Poder Judicial.

Ello justificó que en la situación inicial de la Reforma Constitucional de 1994 se calificara al

(16) Se reclamaba la libertad de personas detenidas y presas a bordo del buque de guerra chileno La Pilcomayo como autores o partícipes de un motín militar. Según la Corte dichas imputaciones fueron cometidas con un fin esencialmente político y con el pensamiento solo de prestar ayuda y cooperación al partido político levantado en armas y actualmente en guerra contra el Gobierno de su país. Tratándose de una cuestión de derecho internacional respecto de actos de hostilidad o de guerra civil llevados a cabo por insurgentes de un Estado extranjero en aguas territoriales de otro Estado, se resolvió la liberación de los detenidos. El dictamen de la Procuración General en dicha causa, del 11 de abril de 1891, fue emitido por Antonio E. Malaver, quien concluyó igualmente sobre la libertad de los reclamantes.

(17) MINISTERIO PÚBLICO FISCAL "Apuntes sobre el sistema judicial y el Ministerio Público Fiscal de la República Argentina", disponible en: https://www.mpf.gov.ar/Institucional/Funciones/ESP.pdf (último acceso 13/08/2019), p. 9.

(18) MEDAURA, Daniela A., "El Ministerio Público Nacional" en Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial, Daniel SABSAY (dir.) — Pablo L. MANILI (coord.), Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2010, p. 761.

(19) AYARRAGARAY (1928), ps. 154-169; BECERRA (2004), ps. 33-50, y en BARRAQUERO, Argentino G., "El Ministerio Público", Gaceta del Foro, 2442 a 2445, Año 9, junio de 1924, tomo 50, ps. 241 -69; y "De la independencia del Ministerio Público", LA LEY, 119, ps. 1141 -1157.

(20) Al respecto, como síntesis de ambas posturas y los autores en uno u otro bando, puede consultarse Alberto B. BIANCHI, en "El Ministerio Público: ¿un nuevo poder? (rexamen de la doctrina de los órganos extra-poder), ED 162 -139, especialmente notas 2 y 3. Asimismo, en MINISTERIO PÚBLICO FISCAL, "Apuntes sobre el sistema judicial y el Ministerio Público Fiscal de la República Argentina", disponible en: https://www.mpf.gov.ar/Institucional/Funciones/ESP.pdf (último acceso 13/08/2019) p. 9.

(21) Fallos 314:1091 (1991). En la causa se discutía la inconstitucionalidad del art. 348, segundo párrafo, primera alternativa, del Código Procesal Penal de la Nación, en cuanto autoriza a la cámara de apelaciones, en los casos en que el juez no está de acuerdo con el pedido del sobreseimiento del fiscal, a apartarlo e instruir al que designe el fiscal de cámara, a fin de producir la elevación a juicio.

Ministerio Público como la "cenicienta" institucional de la República **(22)**.

Se ha afirmado que el actual art. 120, CN alumbró un órgano independiente de los Poderes Ejecutivo y Judicial, como una magistratura autónoma y como un órgano extrapoder, entendiendo por tal a la independencia con la que se ha querido asignar a este instituto ya que, solo está asegurada la defensa del justiciable si el órgano acusador está desvinculado de los poderes Ejecutivo y Judicial **(23)**. Sin embargo, Bianchi no coincide con que se trate de un órgano extra poder, y lo ha calificado como un caso único dentro del articulado de la Constitución y, en todo caso, un poder en construcción **(24)**, lo cual sin dudas complejiza aún más establecer los contornos de su figura, especialmente respecto de los Poderes Ejecutivo y Judicial.

En "Quiroga, Edgardo O. s/ causa 4302" **(25)**, la Corte Suprema precisó que la constitucionalización del Ministerio Público entrañaba el rechazo a que otro órgano que no tenga esa función constitucionalmente asignada se inmiscuya, toda vez que por definición constitucional expresa es el Ministerio Público Fiscal el órgano específicamente encargado de la persecución, la norma legal no puede concederle esa función a otro poder —sea el judicial o cual fuere—, privando de ella al competente para ejercerla **(26)**. Y señaló que, al sancionar el art. 120, el constituyente quiso elevar al Ministerio Público como un órgano extrapoder con clara independencia orgánica y funcional respecto tanto de la rama judicial como la ejecutiva, al sacar las potestades del Ministerio Público de las manos de los jueces ello trae aparejado poner al magistrado en un sitio imparcial **(27)**.

Por su parte, manteniendo en estos aspectos lo oportunamente establecido en la ley 24.946, la ley 27.148 dispuso que:

- El procurador general de la Nación y el Defensor General de la Nación serán designados por el Poder Ejecutivo nacional con acuerdo del Senado por dos tercios de sus miembros presentes (art. 11). Su remoción se rige por las causales y procedimiento dispuesto por los arts. 53 y 59 de la CN (art. 76).

- Para la designación del resto de los magistrados, previo concurso público de oposición y antecedentes, el procurador general de la Nación o el Defensor General de la Nación, en su caso, presenta una terna de candidatos al Poder Ejecutivo de la cual este elegirá uno, cuyo nombramiento requerirá el acuerdo de la mayoría simple de los miembros presentes del Senado (art. 48). Su remoción puede ser decidida conforme las causales previstas en la Ley Orgánica, y por el Tribunal de Enjuiciamiento del Ministerio Público Fiscal (art. 76).

Actualmente, no sin opiniones doctrinarias diversas sobre el alcance del texto constitucional **(28)**, al menos en términos normativos (art. 120, CN; y ley 27.148), la situación ciertamente es diferente a la revistada desde 1930, inicio formal de la doctrina *de facto* en nuestro país.

III. La doctrina de los Gobiernos *de facto*. Concepto y precisiones

La doctrina *de facto* integra el derecho constitucional material, sobre todo mediante fuentes de

(22) QUIROGA LAVIÉ, Humberto, "Nuevos órganos de control en la Constitución: el Defensor del Pueblo y el Ministerio Público", en AA.VV., La Reforma de la Constitución, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1994, ps. 267-290, especialmente ps. 278-273.

(23) Cfr. intervención del Informante del Dictamen de la Mayoría Dr. Héctor Masnatta en la 34ª Reunión, continuación de la 3ª Sesión Ordinaria del 19 de agosto de 1994 de la Convención Constituyente de 1994, ps. 4663-4666.

(24) BIANCHI, Alberto B., "El Ministerio Público o la construcción de un Poder del Estado", ED 196 -826 -838.

(25) Fallos: 327:5863 (2004).

(26) Cfr. voto del Dr. Carlos S. Fayt.

(27) Cfr. voto del Dr. Juan Carlos Maqueda. Al citar también la intervención del Informante reseñada en la nota al pie precedente, el Dr. Maqueda recordó las cuatro maneras de comprender la posición que le corresponde a este órgano "... la primera la ubica en el judicial, la segunda en la órbita del poder ejecutivo, la tercera emplea el criterio de pertenencia institucional al Poder Legislativo, y la última es la que postula la necesidad de articularlo como órgano extrapoder".

(28) Tal como señala Horacio Rosatti la discusión se encuentra acotada sustantivamente (Cfr. ROSATTI, Horacio, "Tratado de Derecho Constitucional", Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2010, t. II, p. 503). Ver las diversas posiciones en ROSATTI (2010), ps. 503 y ss. y en MEDAURA (2010), ps. 782 y ss.

derecho espontáneo y de derecho judicial **(29)**. Tal como ilustra Cassagne, en tanto fuente del derecho administrativo, los decretos-leyes (producto indubitable de la doctrina en las épocas de anormalidad constitucional) reflejan la asunción por el Poder Ejecutivo de materias que formalmente corresponden ser reglamentadas por ley **(30)**.

La doctrina *de facto* sería el modo —si se pudiera denominar jurídico— que el derecho ha encontrado para considerar y tratar los problemas que plantea un Gobierno y/o sus funcionarios que paradójicamente se encuentran, *per se*, extramuros del ordenamiento jurídico. Algunos de los valores argumentados para su justificación, y las soluciones posibles **(31)**, se posan en la subsistencia del Estado, la seguridad jurídica, la anarquía normativa, la inestabilidad de los derechos adquiridos, la continuidad jurídica y la paz social.

A fin de comprender el significado de lo que se entiende por doctrina *de facto*, es necesario efectuar ciertas precisiones conceptuales en punto a los Gobiernos *de jure* o *de facto;* este último y el Gobierno usurpador; y la revolución y un golpe de estado.

Primero, se debe distinguir entre los tipos de Gobierno según el título originario sobre el cual ejercen el poder. Como enseña Linares Quintana, el Gobierno de derecho o *de jure* es el que ha llegado al poder según el procedimiento reglado por la Constitución, mientras que "...el gobierno de hecho o facto, en cambio, es el que ejerce pacíficamente la función pública, no por derecho sino consecuencia de un hecho al margen del cauce señalado por la Constitución, y con el asentimiento al menos tácito del pueblo" **(32)**.

Luego, corresponde diferenciar el Gobierno *de facto* del Gobierno usurpador pues este último se configura cuando la posesión del cargo ha sido obtenida violentamente o por una imposición de fuerza de cualquier grado que sea; cuando ha sido obtenida por simulación, engaño o fraude ostensible; cuando se ha producido mediante el desalojo y sustitución de un titular *de jure*; cuando un funcionario *de jure* continua en el desempeño del cargo más allá del término de su mandato y no obstante haberse cumplido los requisitos que dan notoriedad legal a esta infracción **(33)**.

Elaborada por el magistrado canadiense Constantineau **(34)**, la citada doctrina es una norma o un principio de derecho, y encuentra fundamento en consideraciones de orden público, justicia y necesidad; y está destinada a proteger y resguardar de daños a la comunidad en general o las personas privadas que inocentemente o por medio de la coerción, se someten, reconocen o invocan la autoridad asumida por los antes mencionados Gobiernos, entes corporativos o funcionarios.

Conforme la reseña Linares Quintana sobre la opinión del autor citado, la doctrina que nos ocupa tiene los siguientes tres [3] efectos:

1. justifica el reconocimiento de la autoridad de Gobiernos establecidos o mantenidos por personas que han usurpado la autoridad sobe-

(29) BIDART CAMPOS, Germán J., "Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino", Ed. EDIAR, Buenos Aires, 1986, tomo II El Derecho Constitucional del Poder, p. 508.

(30) CASSAGNE, Juan Carlos, "Derecho Administrativo", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, 9ª ed., t. I, p. 172.

(31) Se vislumbran seis soluciones posibles: (i) no hay distinción entre normas *de facto* y normas de iure; (ii) las normas de facto son válidas salvo algunas excepciones; (iii) las normas de facto son válidas hasta que deroguen por cualquier órgano democrático; (iv) las normas de facto no son válidas salvo que sean ratificadas por los órganos competentes según la Constitución; (v) las normas de facto son inválidas; y (vi) las normas de facto no gozan de la presunción de justicia por su vicio de origen no democrático, por lo que los jueces deben revisar su valor independientemente de su derogación.

(32) LINARES QUINTANA, Segundo V., "Derecho Constitucional e Instituciones políticas", Ed. Plus Ultra, Buenos Aires, 1981, p. 475.

(33) SÁNCHEZ VIAMONTE (1957), p. 610.

(34) La obra se llama "A treatise on the *de facto* doctrine: in its relation to public officers and public corporations based upon the English, American and Canadian cases including comments upon extraordinary legal remedies in reference to the trial of title to office and corporate existence" (The Lawyers Cooperative Publishing Company, Rochester, New York), y su publicación data de 1910.

rana del Estado y se afirman por la fuerza y las armas contra el Gobierno legítimo;

2. reconoce la existencia de entes públicos o privados corporativos y los protege de impugnaciones colaterales, entes que si bien organizados irregular o ilegalmente, sin embargo, ejercen abiertamente bajo la apariencia de legitimidad (*color of law*) los poderes y funciones de entes regularmente creados;

3. confiere validez a los actos oficiales de personas que bajo la apariencia de derecho o autoridad *(color of right or authority)* ocupan un cargo bajo los antes mencionados Gobiernos o entes, o ejercen cargos de existencia legal de cualquier naturaleza, en los cuales están interesados el público o terceras personas, siempre que la realización de tales oficiales sea en beneficio del público o terceras personas y para su propia ventaja personal.

Así las cosas, corresponde distinguir, además, lo que se denomina revolución, que supone una vuelta al estado primigenio y da origen al poder constituyente sin límite (o no) porque hay un cambio en las instituciones con alteraciones en la estructura constitucional, y por la cual se crean funcionario *de facto*; de los golpes de Estado en los cuales hay un cambio de personas o funcionarios. Lo primero es un Gobierno *de facto*, técnicamente lo que se llama revolución, y le es aplicable la doctrina de la revolución **(35)**.

Tal como vimos precedentemente, la doctrina *de facto* necesita lo que se llama "apariencia de legitimidad en ejercicio de poderes y funcionarios regularmente creados" o "la apariencia de derecho o autoridad" pues la aplicación de la doctrina *de facto* —de carácter administrativo— requiere una función *de iure*; es decir, hay un funcionario *de facto* que desempeña el poder ejecutivo *de iure*. Es así como, en los años '30 y '43, la CS planteó la aplicación de la dicha doctrina sobre la base de una falsa premisa, ya que, no existía un poder ejecutivo *de iure,* sino que existía lo que técnicamente la doctrina *de facto* denomina usurpadores **(36)**. De ese modo, al plantearse la disyuntiva de reconocer o no las normas dictadas por el Gobierno autoritario, se justificó la validez de dichas normas, en tanto deber de aplicarlas con fuerza obligatoria, en el hecho de quien controlaba el monopolio de la fuerza **(37)**.

IV. La Procuración General de la Nación y la doctrina de los Gobiernos de facto y sus normas

IV.1. En general

Determinado el objeto de estudio (la opinión de la Procuración General de la Nación sobre la doctrina de los Gobiernos *de facto*), y delinea-

(35) SÁNCHEZ VIAMONTE (1957), p. 604. Precisa Sánchez Viamonte que la sola expresión gramatical "gobierno de hecho" dice bien a las claras que el gobierno de jure, es decir, la institución gubernativa consagrada por el Derecho, carece ya de vigencia y operancia. La revolución ha producido su caducidad y ha creado otra para sustituirla, con carácter definitivo o simplemente provisional. De ese modo, el nuevo gobierno, o tiene otra forma o se organiza en alguno de sus aspectos de una mera distinta de la anterior. Por eso se aparta del Derecho instituido o constituido, y también por eso no es de jure sino *de facto (p. 605).*

(36) En el mismo sentido, ANTOKOLETZ ob. cit. Dicho autor, sobre la base que para Albert Constantineau —autor citado por la Acordada del 10 de septiembre de 1930— para que haya color de título debe haber alguna elección, algún nombramiento, por irregulares que sean, demostrando así que la Corte se aparta del autor citado, señala que la tesis de la Corte es una aplicación práctica de los hechos consumados, según la cual, toda revolución es legítima si triunfa, e ilegítima si fracasa. Es la afirmación de que la fuerza prima sobre las instituciones. Así, indica Antokoletz, que la constitución puede definirse como un conjunto de normas jurídicas que rigen mientras no sobrevenga una revolución, y la Nación es una sociedad organizada tan defectuosamente en que el derecho pasa al segundo plano en cuanto estalla la guerra. La Corte hace de la revolución un título habilitante para ejercer el poder y no permite al público discutir la legalidad del gobierno revolucionario ni de sus actos, salvo el recurso de inconstitucionalidad que se deduzca en la misma forma que contra los actos de un gobierno de derecho. Pero, finalmente se pregunta, cómo podría tener éxito un reclamo de esta clase, si la más alta autoridad judicial declara válido el título emanado de la revolución.

(37) Señala Carlos S. Nino al respecto que "si el derecho fuera identificado como un fenómeno del ser, como un fenómeno fáctico no serviría para tomar decisiones porque un hecho no puede servir para justificar completamente una decisión. Para poder usar el derecho en las decisiones de los jueces y ciudadanos tenemos que pegar el salto entre el ser y el deber ser" (Cfr. NINO, Carlos S., "Derecho, moral y política I: metaética, ética normativa y teoría jurídica", Gustavo Maurino [comp.], Ed. Gedisa, Buenos Aires, 2007, p. 195).

das las nociones básicas de ambas cuestiones por separado con el fin de establecer ciertas precisiones relevantes, a los efectos de analizar los dictámenes del Ministerio Público, se adoptan, en el presente, los períodos en los que tradicionalmente la doctrina **(38)** ha clasificado la historia de la CS. Asimismo, se identifica a cada Corte en forma ecléctica, es decir, tomando los diversos nombres con los que dicha doctrina especializada lo ha hecho.

Para cada uno de los períodos se han indicado los procuradores generales que actuaron y se han resaltado los dictámenes encontrados con relación a la materia elegida, pudiéndose verificar lógicamente que en la mayoría de los casos se coincide con los señalados por la doctrina como reflejo de la doctrina de la Corte sobre los Gobiernos *de facto*. Ello, como consecuencia de la inevitable asociación entre la historia de la Corte Suprema y la de la Procuración General de la Nación, según pudo someramente señalarse en el punto III precedente.

IV.2. El nacimiento de la Corte. La etapa de la afirmación institucional y supremacía constitucional (1853-1903)

En este período, actuaron los Sres. procuradores generales Dres. Francisco Pico (1863-1875), Carlos Tejedor (1875-1878), Eduardo Costa (1878-1890), Antonio Malaver (1890-1892) y Sabiniano Kier (1892-1905) **(39)**.

Si bien no hubo una conceptualización expresa de la doctrina de los Gobiernos *de facto*, los tres antecedentes de esta etapa son los que finalmente dieron sustento a "Moreno Postigo" y a la Acordada de 1930.

Cabe mencionar que en "Baldomero Martínez y Manuel Otero" **(40)** no se registra la opinión del procurador general, Francisco Pico **(41)**. Aunque citado hasta el hartazgo por la doctrina por sus consecuencias perniciosas sobre el futuro, solo se transcribe el núcleo de la doctrina, al señalar la CS que quien otorgó la excepción legal de pago por mandato de autoridad competente fue el Gobernador de Buenos Aires y General en Jefe de su ejército, "autoridad competente para conocer y decidir en esta clase de asuntos por ser quien ejercía provisoriamente todos los poderes nacionales, después de la Batalla de Pavón, con el derecho de la revolución triunfante y asentida por los pueblos, y en virtud de los graves deberes que la victoria le imponía" **(42)**.

En "Fisco Nacional c. Comerciantes de Mendoza" **(43)**, acontece lo mismo que en el caso anterior en cuanto a la intervención de la Procuración General de la Nación **(44)**. Si bien la solución pudo ser correcta bajo los principios de justicia y equidad, el trasfondo es el reconocimiento de un Gobierno *de facto* para cobrar los derechos de importación —contrariamente al adagio "quien paga mal, paga dos veces"—, pues la Corte Suprema resolvió que, habiendo pagado a los rebeldes, los comerciantes de Men-

(38) Por estricto orden cronológico, OYHANARTE, Julio, "Historia del Poder Judicial", Revista Todo es Historia, 61, Buenos Aires, 1972, ps. 86 -121; BIDART CAMPOS, Germán, "La Corte Suprema. El Tribunal de las garantías constitucionales", Ed. Allende & Brea, Buenos Aires, 1982; CARRIÓ, Alejandro, "La Corte Suprema y su Independencia", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996; SANTIAGO, Alfonso (h), "La Corte Suprema y el control político", Ed. Ábaco, Buenos Aires, 1999; PELLET LASTRA, Arturo, "Historia política de la Corte (1930-1990)", Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1991; MANILI, Pablo L., "Evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación 1863-2007", Ed. Universidad, Buenos Aires, 2007; y AA.VV., "Historia de la Corte Suprema", Alfonso SANTIAGO (h) (Dir.), Ed. Marcial Pons, Buenos Aires, 2014.

(39) Una breve referencia biográfica de ellos puede leerse en TANZI, Héctor J., "El nacimiento y los primeros pasos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (1853-1903)", en AA.VV., Historia de la Corte Suprema, Alfonso SANTIAGO (h) (Dir.), Ed. Marcial Pons, Buenos Aires, 2014, 1ª ed., t. I, ps. 88 -93.

(40) Fallos 2:127 (1865).

(41) Se aclara que no existe tomo alguno para esta época en la Biblioteca del Ministerio Público Fiscal.

(42) Cfr. consid. 2°. El destacado no es del original.

(43) Fallos 5:74 (1868).

(44) En la causa varios comerciantes de Mendoza introdujeron en plaza su mercadería, pagando los correspondientes derechos de importación al gobierno rebelde surgido de la revolución estallada en Mendoza en noviembre de 1865. Vencida la revolución, el Comisionado Nacional y Comandante en Jefe del Ejército del Interior ordenó por decreto el cobro de los derechos del período en que fuera excluido del Gobierno. Habiéndose opuesto al pago, el Administrador de Aduana resolvió su condena.

doza **"**cedieron a una necesidad en que los colocaba la impotencia temporal del gobierno para protegerlos**" (45).**

En "José Ma. Chanfreau y Cía. c. Provincia de Corrientes" **(46)**, la CS rechazaría el reclamo de los actores por la provisión de alimentos y otros objetos sobre la base que el exgobernador legítimamente constituido (Evaristo López) había reconocido la autoridad legítima de la Legislatura al elevarle la renuncia luego de una revolución, el 27 de mayo de 1868, renuncia que fue aceptada por la Legislatura el 25 de julio del mismo año. La CS entendió que, una vez renunciado al cargo, cualquiera que fuesen los motivos que lo impulsaran a ello, y aceptada dicha renuncia, dejó de ser Gobernador de la provincia; por lo que no pudo haber contratado por la provincia y obligarla al pago. Así, la CS señaló que "la situación fue aceptada y reconocida por la provincia que se pacificó y sobre ella se fundó el orden constitucional existente" **(47)**, y asimismo, era reconocida en el propio contrato, el cual disponía que el pago de los efectos se realizaría cuando se establezca el orden público y se encuentre libre el ejercicio de las autoridades legítimas. Respecto de la opinión de la Procuración General de la Nación, se repite la situación descripta en cuanto a que no se registra opinión alguna del Ministerio Público **(48)**.

IV.3. La etapa de la Corte liberal (1903-1930)

En esta etapa actuaron como Sres. procuradores generales de la Nación los Dres. Sabiniano Kier (...- 1905), Julio Botet (1905-1917), José Nicolás Matienzo (1917-1922) y Horacio Rodríguez Larreta (1923-1935) **(49)**.

En "Cristóbal Moreno Postigo s/ remoción de tutela" **(50)** el fallo de la Corte Suprema indica que se oyó al procurador general; pero no se encontró la opinión del procurador general de la Nación para este caso **(51)**. En la causa, la cuestión a decidir era la validez de una sentencia pronunciada por juez local de la provincia de San Juan, dictada con posterioridad a la promulgación de la ley 11.323, de intervención de la provincia en los tres poderes del estado. Para la Corte, no habiendo aun el Poder Ejecutivo ejercido su facultad de reglamentar la ley de intervención, y removidos —total o parcialmente— los funcionarios integrantes del Poder Judicial intervenido, entre el tiempo que promediaba entre la promulgación y la ejecución de la ley, se debía reconocer plena validez a los actos otorgados por ellos. Hasta aquí se convalidaba un acto judicial legítimo en su origen pues el juez ostentaba su título válido, bien que podía haber sido cometido en exceso de sus funciones.

No obstante, la Corte afirmó que de no encontrarse solución a la cuestión en los textos legales, sí se la hallaría en doctrina constitucional pues —con cita expresa de la obra de Constantineau, *Public officers and the de facto doctrine*— esta se uniforma en "dar validez a los actos de los funcionarios, cualquiera pueda ser el vicio o deficiencia de sus nombramientos o de su elección, fundándose en razones de policía y de necesidad y con el fin de mantener protegidos al público y a los individuos cuyos intereses puedan ser afectados, ya que, no les es permitido a estos últimos, realizar investigaciones acerca de

(45) Cfr. consid. 4°. Así, para la Corte, los rebeldes cobraron la deuda sustituyéndose al Gobierno legítimo de cuya autoridad se habían apoderado, por lo que era justo que el Gobierno les negara el descargo para las cantidades que les fueron arrancadas ya que, la protección de la vida y la propiedad es la condición que legitima el cobro de impuestos. Pero como el Gobierno Nacional ha empleado los medios para derrocar la rebelión y restituir la provincia a su orden legal, sí puede cobrar la diferencia entre el importe pagado y los derechos impuestos por la Nación que son más altos.

(46) Fallos 10:59 (1871).

(47) El destacado extraído del consid. 4° no es del original.

(48) Se aclara que no se ha encontrado la opinión de la Procuración General de la Nación en la Biblioteca del Ministerio Público Fiscal.

(49) Una breve referencia biográfica de Julio Botet, José Nicolás Matienzo y Horacio Rodríguez Larreta puede leerse en TANZI, Héctor J., "La Corte Suprema del Individualismo liberal (1903-1930)", en AA.VV., Historia de la Corte Suprema, Alfonso SANTIAGO (h) (Dir.), Ed. Marcial Pons, Buenos Aires, 2014, 1ª ed., t. I, ps. 220 -223.

(50) Fallos 148:303 (1927).

(51) Se aclara que no se ha encontrado la opinión de la Procuración General de la Nación el tomo correspondiente a ese año 1927 en la Biblioteca del Ministerio Público Fiscal.

personas que se hallan en aparente posesión de sus poderes y funciones" **(52)**.

En síntesis, para la Corte Suprema en esta etapa, no importa tanto el texto de la ley, argumento que luego se aplicaría a la Constitución nacional, si en la doctrina extranjera encontramos que razones de policía y necesidad justifican los actos de los funcionarios de hecho.

IV.4. La etapa de la Corte conservadora, del intervencionismo estatal y legitimación de los "golpes de Estado" (1930-1947)

Durante este período actuaron como Sres. procuradores generales los Dres. Horacio Rodríguez Larreta (...-1935) y Juan Álvarez (1935-1947) **(53)**, ante una Corte que se ha encuadrado en el modelo institucional de permisiva **(54)**.

Debe notarse que la Acordada sobre reconocimiento del Gobierno Provisional de la Nación del 10 de septiembre de 1930 **(55)** fue suscripta por el Sr. procurador general juntamente con los Sres. ministros de la Corte Suprema. Por otra parte, cabe señalar que la "Acordada del 19 de septiembre de 1930" **(56)** indica que la atribución del Poder Ejecutivo nacional de designar al presidente de la Corte, ejercida hasta ese momento, no tiene fundamento constitucional o legal alguno, y afecta el principio de independencia de los poderes, base esencial de las instituciones que nos rigen.

Hasta aquí, no habría objeción alguna que formular. Pero lo llamativo, desde el punto de vista jurídico, es la manifestación que seguidamente realiza el Máximo Tribunal, en cuanto que su aquiescencia (aceptación, tolerancia, convalidación, etc.), dicen la Corte y la Procuración, "...ha obedecido en el pasado y en el caso actual al propósito concordante con su índole esencialmente moderadora de conciliación y armonía con los otros poderes del Estado de mantener su actuación a cubierto de roces o conflictos tanto menos justificados cuanto más difíciles de allanar en el terreno de la ley**" (57).**

En línea con la suscripción de la Acordada de 1930, en "Hipólito Yrigoyen" **(58)**, el dictamen del 8 de junio de 1931 del Dr. Horacio Rodríguez Larreta señala la improcedencia del recurso extraordinario ante la omisión de que el fundamento de la queja surja de los autos y que tenga una relación directa e inmediata a las cuestiones de validez de la CN, leyes, tratados, comisiones en disputa. Bien podría haber finalizado allí la intervención de la Procuración desde los aspectos formales del recurso extraordinario. Ahora bien, se agregó que la resolución apelada toma de base antecedentes de hecho que no pueden ser materia de revisión por la CS, y ser modificados por vía del recurso extraordinario: la pérdida de la investidura presidencial por parte de Hipólito Yrigoyen por el hecho notorio de la revolución del 6 de septiembre de 1930, reconocida por la propia Corte, y por el mismo Yrigoyen al solicitarle la petición que le permita ausentarse del territorio de la República.

Cabe recordar que Yrigoyen señalaba la incompetencia de la justicia federal para conocer en el proceso contra él, debiendo haber sido juzgado en juicio público, lo cual —para la Corte— era de resolución abstracta por no revestir la investidura presidencial por hechos irrevisables por la CS. Para el Máximo Tribunal, solo se aplica el juicio político en caso de que estu-

(52) El destacado no es del original.

(53) Una breve referencia biográfica de Julián Álvarez puede leerse en PUGLIESE, María Rosa, "La Corte Suprema del Intervencionismo Estatal (1930-1947)", en AA.VV., Historia de la Corte Suprema, ob. cit., ps. 336 -338.

(54) SANTIAGO (h), Alfonso, "La Corte Suprema y el control político", Ed. Ábaco, Buenos Aires, 1999, ps. 261-265. Señala el autor que es la Corte que no realiza su función de control político o la ejerce muy tímida o parcialmente, en función de la falta de real independencia, falta de voluntad política de los integrantes del Tribunal para ejercer su función institucional o en el desacierto de sus decisiones. Apunta también, para este caso en particular, que la Corte fue excesivamente complaciente con el gobierno revolucionario, otorgándole fácil y generosamente legitimidad, debiendo haber custodiado más celosa y exigentemente la Constitución, lo cual transformó a la Acordada en una decisión permisiva y políticamente desacertada (p. 265).

(55) Fallos 158:290 (1930).

(56) Esta Acordada considera la nota del Gobierno Provisional de la Nación por la cual se reconoce el derecho de la Corte de designar su presidente mediante el ejercicio de facultades propias.

(57) El destacado no es del original.

(58) Fallos 162:133 (1931).

viere en posesión del cargo, pero no al haber sido derrocado por la revolución triunfante, debiendo agregarse el hecho de haber presentado su renuncia dirigida a los jefes militares, lo que importa un reconocimiento de la autoridad efectiva de esos jefes, línea argumental de "José Ma. Chanfreau y Cía. c. Provincia de Corrientes" **(59)**. Por último, como argumento adicional, la CS señala que el juicio político también chocaría con el propósito del Gobierno provisional de convocar a elecciones generales.

Las facultades ejecutivas *de facto* completarían la identidad de la doctrina *de facto* de cara al futuro, en "Emilio Kinkelin c. Gobierno Nacional por restitución de derecho de cateo s/ reconocimiento de personería" **(60)**, en virtud del cual se convalidaría una resolución del Ministerio de Agricultura por la cual se declaró la caducidad de una concesión de cateo en busca de petróleo. En ese caso, la Procuración General de la Nación (Dr. Horacio Rodríguez Larreta) emitió dictamen el 27 de octubre de 1933 en el cual reconoció la personería a la Dirección General de Yacimientos Petrolíferos Fiscales, quien había tomado intervención procesal, en tanto la ley 11.668 de 1932 le conferiría todas las atribuciones de las personas jurídicas (art. 6º) **(61)**. A diferencia de lo dictaminado por la Procuración, para la CS no correspondía reconocerle la condición de parte a dicha Dirección pues ni la ley, ni su contexto y antecedentes inducían a reconocerle la función de pronunciarse decisoriamente en todo lo referente al derecho particulares sobre el petróleo no apropiado por el Estado, o que no se encuentre en zonas reservadas por y para este, ratificando así la actuación del Ministerio de Agricultura.

Superada la usurpación del Poder Ejecutivo nacional, era hora que la doctrina *de facto* se ocupara de las funciones legislativas, lo cual se daría en "Administración de Impuestos Internos c. Martiniano Malmonge Nebreda por defraudación de impuestos internos al tabaco" **(62)**. En dicha causa se registran en los antecedentes de la Colección de Fallos dictámenes del procurador fiscal y del procurador de Cámara; pero no la opinión de la Procuración General de la Nación **(63)**.

Para la Corte Suprema, la doctrina del funcionario *de facto* está fundada en la necesidad e impuesta por los hechos, en resguardo del interés público y de las garantías individuales, reconocida por la jurisprudencia de las primeras naciones del mundo, y aplicada en la Acordada del 10 de septiembre de 1930 y cita de "Baldomero Martínez y Manuel Otero" **(64)**. Así, también señaló la Corte que la eficiencia del Gobierno de hecho y la fuerza de sus resoluciones dentro de la esfera jurisdiccional trazada por el programa de la revolución, y la necesidad de mantener el orden jurídico, está reconocida por la doctrina alemana anterior y posterior a la revolución de 1918, en estos términos: el reconocimiento de la legitimidad de la situación de hecho creada por la revolución se da ante la imposibilidad de restaurar nuevamente las anteriores condiciones; si se rechaza tal reconocimiento, se niega la posibilidad de desenvolverse en el futuro sobre una base legal, es decir, la negación del Estado de derecho y el caos político, con cita de Herrfahrdt en "Revolución y origen del derecho".

Respecto de la Acordada de 1930, concluyó la Corte, que el Gobierno provisional tuvo las

(59) Fallos 10:59 (1871).

(60) Fallos 169:287 (1933).

(61) Emilio Kinkelin le había solicitado al Gobierno de la Nación la restitución de derechos de cateo, cuya caducidad había sido dictada por una resolución del Ministerio de Agricultura.

(62) Fallos 169:309 (1933). Se planteaba la inconstitucionalidad del decreto del 31 de marzo de 1931 y de la ley del 2 de junio de 1932, en cuanto mediante esta última el Congreso de la Nación —al retomar sus funciones— había aprobado los aumentos introducidos al impuesto por aquel y le había dado efectos retroactivos a la fecha en que fue dictado el decreto. Según el dictamen del 7 de junio de 1932, del Sr. Procurador Fiscal Dr. Rodolfo Medina, la ilegalidad de los gravámenes impuestos por decreto del Gobierno Provisional, ya fue debatida y concluida por el Honorable Congreso, quien reconoció su validez, limitándose a reformar los decretos-leyes de carácter impositivo que encontró en vigencia al iniciar su labor parlamentaria. El Dr. Julián Paz, Procurador Fiscal de Cámara, manifestó su acuerdo con el dictamen precedente.

(63) Se aclara que no se ha encontrado la opinión de la Procuración General de la Nación en el único tomo correspondiente al año 1933 en la Biblioteca del Ministerio Público Fiscal.

(64) Fallos 2:127 (1865).

facultades ejecutivas, pero no las legislativas y judiciales. Con relación a las facultades legislativas, la CS señaló que "puede llegar el caso que un gobierno surgido de la revolución, bajo la presión de la necesidad, propia de lo extraordinario de la situación, y en ausencia de un Congreso que colabore, para llenar una exigencia que se considera vital", use facultades legislativas mediante los decretos-leyes. Pero, a renglón seguido, la Corte aclaró que "el Poder Judicial no puede darle la autoridad legal de la que intrínsecamente carece, ni menos acordarle efectos jurídicos que lo proyecten sobre la situación normal que lo ha sucedido". Una vez ratificado por el Congreso de la Nación, el ejercicio de facultades legislativas por el Gobierno *de facto* sería válido. Es lo que había ocurrido en el caso, en el cual el Congreso, al asumir sus funciones en el período normal, contempló ese decreto de aumento y lo confirmó, con efectos retroactivos a la época en que fueron dictados, por lo que se autorizara a cobrar los impuestos a partir de la fecha del decreto, pero no la multa que se la había aplicado a Malmonge Nebreda. Si para los Gobiernos *de facto* no alcanzaba con el ejercicio de las funciones ejecutivas y legislativas, también fue necesario que los efectos del poder de hecho llegaran al Poder Judicial.

En "Alfredo Avellaneda Huergo c. Gobierno Nacional por cobro de pesos provenientes de sueldos" **(65)**, en la colección Fallos se publican únicamente las sentencias del juez federal y de la Cámara **(66)**. Para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la Acordada del 10 de septiembre de 1930 importó "reconocer naturalmente los actos políticos y administrativos que ese Gobierno de hecho realizaron como necesarios a los fines del movimiento revolucionario; los ya realizados y los que continuaría realizando dentro de ese carácter político y administrativo, en el desenvolvimiento de su programa". Así las cosas, la discreción y eficacia con los que procedió el Gobierno Provisional para el caso del presidente, vice, senadores y diputados o para el caso de los jueces de la Constitución o de leyes especiales, están al margen de la justicia. Ciertamente, aclaraba la Corte, en la Acordada del 10 de septiembre y en "Malmonge Nebreda" no se hizo pronunciamiento sobre la justicia o necesidad de los actos que reconocía, por los fundamentos allí expuestos. La secuencia de la discontinuidad constitucional prosiguió con la "Acordada sobre reconocimiento del Gobierno surgido de la Revolución del 4 de junio de 1943" **(67)**. Se repitió entonces, el mecanismo de 1930, se acusó recibo de la comunicación, con transcripción de la Acordada del 10 de septiembre de 1930; y el Sr. procurador general de la Nación (Dr. Juan Álvarez) la suscribió en forma conjunta con los miembros de la CS.

En "Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires c. Carlos M. Mayer" **(68)**, se puso en tela de juicio la constitucionalidad del dec. 17.290 del 6 de julio de 1944, que modificó la ley 189 de Expropiación, y uno de sus artículos que negaba la posibilidad de efectuar una prueba pericial para determinar el valor del inmueble a expropiar. El dictamen del 7 de marzo de 1945 suscripto por el Dr. Juan Álvarez —con remisión al dictamen 200:181 en autos "Provincia de Buenos Aires c. Elvira C. de Lacour" **(69)**— señaló que la Constitución nacional o las Acordadas de los años 1930 o 1943 no reconocen al Poder Ejecutivo *de facto* facultades legislativas ilimitadas. Así, aclaró la Procuración, que la modificación de una ley por decreto solo podría admitirse a título de emergencia, no existiendo una ley prestablecida o jurisprudencia categórica que determine cuando se ha producido una impostergable urgencia en modificarla. Señaló, entonces, que, si el criterio de la Corte en el caso determinara que se verificaba tal circunstancia, carecería de objeto considerar el estudio de la 2ª cuestión de la causa (la constitucionalidad del establecimiento de un sistema único de peritos en los juicios de expropiación).

La Corte Suprema, por su parte, señaló que en 1943 quedó constituido un Gobierno de he-

(65) Fallos 172:344 (1935). Avellaneda Huergo reclamó sueldos por el cargo del que fue separado por la revolución de 1930 al haberse excusado en intervenir en una causa contra Yrigoyen, hasta que el Senado prestó el acuerdo para nombrar a su reemplazante.

(66) Se aclara que no se ha encontrado la opinión de la Procuración General de la Nación en los dos tomos correspondientes al año 1935 en la Biblioteca del Ministerio Público Fiscal.

(67) Fallos 196:5 (1943).

(68) Fallos 201:249 (1945).

(69) Fallos: 200:180 (1944).

cho bajo la forma del Poder Ejecutivo nacional de la Constitución, y si bien pudo en razón de la fuerza derogar la Constitución nacional y darse su propio Estatuto, se limitó a derrocar al Poder Ejecutivo nacional; disolver el Congreso pero manteniendo en funcionamiento el Poder Judicial, el cual siguió actuando en plenitud de sus funciones, sin declinar facultad alguna, ni asumir otras que las que le corresponden constitucionalmente. En ese marco, para la CS, la vigencia de la CN y continuación del Poder Judicial son hechos fecundos; por lo que la prohibición del art. 95 según la numeración previa a la Reforma de 1994 tiene todo su vigor; y lo contrario sería concederle al Gobierno de hecho facultades extraordinarias y los que las consintieran incurrirían en el anatema del art. 29, CN. Respecto de las facultades legislativas la Corte afirmaría que el Gobierno de hecho es unipersonal, carece de representación popular y si mantiene la vigencia de la Constitución nacional, como se ha propuesto, es un Gobierno transitorio entre dos Gobiernos constitucionales. Para la Corte, "la necesidad y la imposición de los hechos le hacen ineludible el ejercicio de facultades legislativas indispensables para mantener el funcionamiento del Estado y los fines de la revolución pues de lo contrario sería el caos y la anarquía". Pero las facultades legislativas se hallan limitadas en función del principio representativo: (i) por la seguridad jurídica y los derechos fundamentales de la vida civil; (ii) en el tiempo, pues vuelto a la normalidad las normas *de facto* dejar de regir para el futuro salvo su ratificación por el Congreso, siendo válida su vigencia anterior con relación a los hechos realizados; doctrina que surge de "Administración de Impuestos Internos c. Martiniano Malmonge Nebreda por defraudación de impuestos internos al tabaco" **(70)**; "Alfredo Avellaneda Huergo c. Gobierno Nacional por cobro de pesos provenientes de sueldos" **(71)**; "Escalada, Marcelino c. Caja de Civiles", "Frías, Jorge H. c. Caja Nacional de Jubilaciones y Pensiones", "Zavalía, Clodomiro c. Caja de Civiles" **(72)**; "Frías, Jorge H. c. Caja Nacional de Jubilaciones y Pensiones" **(73)**; y "Clodomiro Zavalía c. Caja de Jubilaciones de Empleados Civiles" **(74)**. Se destaca, en este sentido, el voto del Dr. Repetto que coincide con el dictamen de la Procuración General de la Nación; y que agrega que el Gobierno del '43 omitió toda declaración en el sentido de prevalerse de los decretos leyes como normas regulares de gobierno. Además, agregó el Dr. Repetto, se conocía el antecedente de 1930 y de las limitaciones de la CS para el uso de tales instrumentos.

Más como una suerte de reacción corporativa **(75)** que por obedecer a una real vigencia de la CN, llegó el turno de las *Acordadas del 2 de abril de 1945* **(76)**, a propósito de las notas del PEN sobre (i) la designación de un vocal para la Cámara de Apelaciones del Norte con asiento en Resistencia (Chaco) creada por decreto 4256; y (ii) el traslado de los jueces federales de Santa Fe y San Rafael, y nota de uno de ellos que solicitaba la aplicación del art. 96, CN en la numeración anterior a la Reforma de 1994 sobre inamovilidad de los jueces. En el primer caso, al negarse a tomar juramento al vocal designado por el Poder Ejecutivo, señaló la Corte que correspondía la emisión de una acordada por tratarse de actividades derivadas del art. 99, CN (según su numeración anterior a la Reforma de 1994), y no de facultades judiciales, que autoriza a la CS a dictar su reglamento, y a fijar las condiciones con arreglo a las cuales ejercitará su facultad de tomar juramento a los funcionarios designados por el Poder Ejecutivo de hecho o derecho, aplicando la doctrina esbozada en "Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires c. Carlos M. Mayer" **(77)** en cuanto a los límites del ejercicio de facultades legislativas por el Poder Ejecutivo de hecho. En el segundo, el reemplazo aludido importaba alterar la inamovilidad garantizada por la CN pues el sueldo de uno era inferior al de otro. Además, y a raíz de una reunión con el Gobierno de hecho de la revolución del 4 de junio de 1945, el mismo Poder Ejecutivo envió una nota señalando que había finalizado su acción revolucionaria sobre el Poder Judicial, recobrando por consiguiente su vigor el art. 96,

(70) Fallos 169:309 (1933).

(71) Fallos 172:344 (1935).

(72) Fallos 179:408 (1937).

(73) Fallos 180:274 (1938).

(74) Fallos 184:574 (1939).

(75) MANILI, ob. cit. p. 101.

(76) Fallos 201:239 (1945) y Fallos 201:245 (1945).

(77) Fallos 201:249 (1945).

CN (según numeración anterior a la Reforma de 1994). En ambos casos, no se registra actuación alguna de la Procuración General de la Nación.

En "Profesores de la Universidad del Litoral" **(78)**, numerosos profesores de la Universidad Nacional del Litoral y ciudadanos pertenecientes a distintos sectores de Córdoba solicitaron a la Corte que deje sin efecto la Acordada del 7 de junio de 1943; y que su presidente asumiera la Presidencia de la Nación según la ley 252 de Acefalía. El dictamen del septiembre de 1945, firmado únicamente por el Dr. Juan Álvarez, otorgó a la presentación únicamente el carácter de elemento de criterio susceptible de tomarse en cuenta oportunamente. Ello, porque hasta tanto la Corte no se avocara por decisión propia al estudio de esas cuestiones, no habría llegado el momento de dictaminar al respecto; pues se trataba de cuestiones que por su naturaleza no podrían resolverse por vía de providencia puesta al pie de peticiones particulares. La CS, sin embargo, fue más allá, y afirmó que la cuestión sobre la que se requiere pronunciamiento es ajena a las decisiones de una autoridad judicial. Señaló la Corte que sí puede verificar si un Gobierno de hecho se halla en posesión de la fuerza indispensable para mantener el orden y la paz, con el objeto de dejar constancia que el título de esa autoridad no podrá ser discutido judicialmente con éxito y que no por tratarse de un Gobierno de hecho ha de consentirse menoscabo alguno en el amparo judicial de los principios institucionales y derechos individuales. Pero está fuera de esa misión, todo juicio de carácter político general sobre la conducta ulterior de dicha autoridad *de facto*, como lo están todas las cuestiones de esa naturaleza, con cita de la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables en "Joaquín M. Cullen, por el Gobierno Provisorio de la Provincia de Santa Fe c. Baldomero Llerena, s/ inconstitucionalidad de la ley Nacional de Intervención en la Provincia de Santa Fe y nulidad" **(79)**; "Orfila, Fernando" **(80)**; "Procurador Fiscal del Juzgado Federal de Salta" **(81)**; "Siganevich, Pablo y otros" **(82)**; "Costes, Antonio c. Prado, Andrés" **(83)**; "Ganadera 'Los Lagos' SA c. Nación Argentina" **(84)**. En ese marco, la CS solo se había pronunciado en casos judiciales según los arts. 100 y 101, CN (según la numeración anterior a la Reforma de 1994), y la decisión había sido acatada.

Siguiendo la línea de abril de ese mismo año, en *Acordada sobre remoción de jueces federales* del 5 de octubre de 1945 **(85)** se consideró la remoción del juez de Córdoba Barraco Mármol por decreto del 29 de septiembre de 1945, y su posterior arresto; y la solicitud de este de su libertad física y reposición en la función judicial. No se registra dictamen alguno de la Procuración General. En dicha ocasión, sobre la base del control que el Poder Judicial realizaba de los Gobiernos *de facto*, a pesar de la Acordada de 1943, y conforme lo señalado en la Corte en "Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires c. Carlos M. Mayer" **(86)**; la Corte resolvió que se encontraba plenamente vigente la garantía de inamovilidad de los jueces federales. Así, el Gobierno *de facto* no pudo haber depuesto de su cargo al Juez Barraco Mármol, y decidido su arresto pues, a diferencia del caso del juez federal de Mendoza Dr. Baeza González, no había mediado, en el planteo del Dr. Barraco Mármol, la comisión de un delito o un acto de grave inconducta.

Luego, en "Enrique Arlandini" **(87)**, el dictamen de la Procuración General del 3 de octubre de 1945 únicamente se pronunció respecto de la mala concesión del recurso extraordinario por cuanto no se había interpuesto la apelación ante el Sr. Juez Correccional. Sobre este punto, señaló que, en la sentencia del 21 de septiembre de 1945, se había declarado la validez de los tribu-

(78) Fallos 202:473 (1945).

(79) Fallos 53:420 (1893).

(80) Fallos 154:192 (1929).

(81) Fallos 156:318 (1930).

(82) Fallos 177:390 (1937).

(83) Fallos 187:79 (1940).

(84) Fallos 190:142 (1941).

(85) Fallos 203:5 (1945).

(86) Fallos 201:249 (1945).

(87) Fallos 208:184 (1947).

nales de faltas **(88)**. A su turno, la Corte también rechazó el recurso extraordinario; pero por estar fundado —a su criterio— exclusivamente en el origen del decreto. Así, utilizó la oportunidad para recordar que un Gobierno de hecho tiene facultades legislativas en la medida que sea necesario legislar, "sin que la determinación de esa necesidad (en cuanto a la extensión o en cuanto a la oportunidad), siendo como es propio de la prudencia política, pueda ser judicialmente revisada". Por el contrario, sí está sometido al control judicial el contenido o el fondo de las sanciones legislativas de dichos Gobiernos, con citas de los votos del Dr. Casares en "Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires c. Carlos M. Mayer" **(89)**; la *Acordada del 5 de octubre de 1945* **(90)** y "Carlos Anders y otros" **(91)**, con transcripción de los consids. III a VI de la sentencia de la Cámara del Trabajo *in re* "Club de Residentes Extranjeros, infrac. A las leyes 11.544 y 11.371 del 8 de septiembre de 1945" **(92)**.

Finalmente, en "Egidio Ziella c. Smiriglino Hnos." **(93)** mediante dictamen del 7 de febrero de 1947, el Dr. Juan Álvarez declaró bien concedido el recurso extraordinario, y respecto del fondo del asunto remitió a los dictámenes del 10 y 29 de julio de 1946 causas "Constanzo", "Castellano" y "Lorenzo"; y al dictamen del 5 de noviembre de 1946 *in re* "Mengual c. Manufactura Algodonera Argentina SA" **(94)**, los cuales detallaremos seguidamente.

En "Constanzo, Espósito c. The South A. Stev. y Light" **(95)**, la Procuración General (Dr. Juan Álvarez) reconoce la constitucionalidad del art. 14 del dec. 1740/1945 que organizó los tribunales del trabajo, esto es, que el PE *de facto* legisló en la materia con la misma validez con que hubiera podido hacerlo el Honorable Congreso.

En "Castellano, Inocencio, y otros c. Quintana, Aurelio y Germán" **(96)**, la Procuración argumentó sobre la validez del dec. 33.302/1945 del Poder Ejecutivo *de facto*, que había impuesto a los empleadores —entre otras obligaciones— la de pagar un sueldo anual complementario equivalente a la doceava parte del salario anual. no es inconstitucional por razón de su origen. Sobre la legitimidad de origen del decreto, se remitió a su opinión en "Martín, Joaquín c. Nicora, Domingo" **(97)** del 29 de octubre de 1945, en el cual analizó la validez del dec. 32.347/1944, que modificó la ley 11.924, creando tribunales del trabajo actuando como legislatura local de la Ciudad de Buenos Aires. En dicha ocasión, señaló el Sr. procurador general que lo imprescindible en la creación de los mencionados tribunales, o la razonabilidad de esperar que disminuyera mediante dicha medida los peligros a la paz social existentes entonces, son cuestiones de hecho, no sujetas a la interpretación de texto constitucional o legal alguno, y libradas al prudente y recto criterio de la Corte.

En "Lorenzo, Irma A. c. Editorial Estampa SA" **(98)**. la discusión giró en torno a la constitucionalidad de la indemnización por antigüedad en caso de despido del empleado, y a la organización de los tribunales del trabajo por el dec. 32.347/1944; pero como el propio Sr. procurador general reconoce en su dictamen del 29 de julio de 1946, dicha cuestión quedaría fuera del debate procesal.

Y en "Mengual, Rafael c. Manufactura Algodonera Argentina SA" **(99)**, ante el despido del actor y alegada la caducidad de los decs. 32.347/1944 y 33.302/1945 a partir del 4 de junio, el mismo Dr. Juan Álvarez reiteró la doctrina sentada en las acordadas del 10 de septiembre de 1930 y del 7 de junio de 1943, y en "Impuestos Internos c. Malmonge Nebrera, Martinia-

(88) Enrique Arlandini había sido condenado a pagar $40 de multa, o sufrir 8 días de arresto en su defecto, por uno de los tribunales de faltas creados por el dec. 4297/1944. El Sr. Intendente Municipal de Buenos Aires, entendió que correspondía dictarse un fallo en 1ª con posibilidad de apelación ante el Sr. Juez Correccional, interpuso recurso extraordinario.

(89) Fallos 201:249 (1945).

(90) Fallos 203:5 (1945).

(91) Fallos 204:345 (1946).

(92) El destacado no es del original.

(93) Fallos 209:25 (1947).

(94) Fallos: 209:71 (1947).

(95) Fallos 208:466 (1947).

(96) Fallos 208:430 (1947).

(97) Fallos 207:200 (1947).

(98) Fallos 208:454 (1947).

(99) Fallos: 209:71 (1947).

no" **(100)** y "Municipalidad de Buenos Aires c. Mayer, Carlos" **(101)** , por la cual se afirma que, vuelto el país a la normalidad, las disposiciones de tal carácter (facultades legislativas ejercitadas por el PE *de facto*) dejan de regir para el futuro, salvo su ratificación por el Congreso, siendo válida su vigencia anterior con relación a los hechos realizados. La CS —modificando la doctrina de "Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires c. Carlos M. Mayer" **(102)**— señaló que los decretos leyes dictados por Gobiernos de hecho tienen el valor de leyes, y subsisten, aunque no hayan sido ratificados por el Congreso mientas no sean derogados por otras leyes **(103)**. Así, la Corte Suprema desechó la impugnación del decreto ley, fundada en la falta de ratificación legislativa, la cual sucedió mediante ley 12.921; y aceptó, además, la retroactividad de las disposiciones de la norma impugnada. La norma, cuya retroactividad se impugnaba, imponía la obligación imprevista de pagar el sueldo anual complementario del ejercicio 1945, concluido cuando se promulgó el decreto, fundado en exigencias de orden público.

En "Wilson, Santiago y otros" **(104)** se trataba de una cuestión del juez competente para juzgar un asalto, doble homicidio, robo y lesiones cometidos por tres individuos en la localidad de El Toro, ubicada en el Territorio Nacional de Los Andes. Originariamente resueltos por el juez federal de Salta según la ley 3906, el PEN *de facto* dictó el dec. 9375/1943 que derogó la norma legal e incorporó a la provincia de Jujuy a la localidad donde ocurrieron los delitos. Según el procurador general Juan Álvarez, dicho decreto era válido en tanto mediaron motivos de impostergable urgencia que pusieren al PEN en la necesidad de imponer por decreto lo que ordinariamente solo es obligatorio por ley; en el caso: la facultad del Congreso de fijar los límites de las provincias y determinar por leyes especiales la organización y Gobierno de los territorios nacionales (art. 67, inc. 14). La Corte luego resolvería que el dec. 9375/1943, referente a la división del territorio de Los Andes, no es inconstitucional por razón de su origen.

Por último, para completar este período, en "Valenzuela, Juan A." **(105)**, ante la solicitud del actor de que la suspensión de la condena accesoria especial (reclusión por tiempo indeterminado en un paraje de los territorios del Sud) a la cual había sido condenado sea por única vez conforme lo dispuesto por el dec. 20.942 del PE *de facto*, el Sr. procurador general propició mantener la condena por cuanto:

- La jurisprudencia corriente de la CS desconoce al PEN (constitucional o *de facto*) la facultad de modificar por decreto y con carácter general las leyes penales, salvo caso de indulto, único admitido por la CN;

- Aun cuando el PEN *de facto* hubiera realizado tal modificación por la ausencia del Congreso, los efectos de dicha reforma cesaron al reinstalarse el cuerpo legislativo.

- Sometida la reforma por el PEN constitucional al Congreso, no ha habido hasta esa fecha sanción legislativa alguna.

IV.5. La etapa de la primera Corte peronista (1947-1955)

El Dr. Juan Álvarez fue incluido en el juicio político a toda la Corte predecesora, por lo que en 1947 —junto con toda una nueva Corte Suprema, representativa también del modelo permisivo **(106)**— fue designado como Sr. procurador general el Dr. Carlos Gabriel Delfino, quien actuó hasta el fin del Gobierno de Juan Domingo Perón en 1955.

En "Ferrocarril Oeste" **(107)**, ante la negativa del actor que el Gobierno tuviera la facultad

(100) Fallos 169:309 (1933).

(101) Fallos 201:249 (1945).

(102) Fallos 201:249 (1945).

(103) El destacado no es del original.

(104) Fallos: 208:225 (1947).

(105) Fallos 208:562 (1947).

(106) SANTIAGO (1999), ps. 267 -271. Señala el autor la actuación de la Corte se explica en el contexto político global de dichos años: una fuerza política mayoritaria de profundas transformaciones políticas, económicas y sociales, poco respetuosas de los cauces institucionales, que provocó fuertes desequilibrios en el sistema político al carecer de adecuados contrapesos. La Corte no quiso (ni supo) encauzar adecuadamente este proceso político ni fijarle los necesarios límites (p. 270).

(107) Fallos 209:274 (1947).

de aplicar una multa con sustento en normas *de facto* —leyes 14.954/1946 y 21.877/1944— , el dictamen del Dr. Carlos Gabriel Delfino del 30 de septiembre de 1947 le reconoció tal facultad, y la validez ulterior de dichas normas pues "...no puede sustraérsele al Estado —como unidad indestructible que es en su esencia, pese a la tradicional división de poderes—, el ejercicio de la misma, so pena de impedirle el cumplimiento de sus fines fundamentales: en nuestro caso, el de aquellos a que se refiere el Preámbulo". Se agregó que "[y] es que el gobierno *de facto*, antes que tal y al igual de un gobierno constitucional, es el órgano por medio del cual el Estado procura, como he dicho, la consecución de sus fines, superiores en su materialidad o substancia a todo principio de carácter formal como lo es la división de poderes". Todo ello con cita de "Baldomero Martínez" y "Manuel Otero" **(108)**, las Acordadas de 1930 y 1943; y lo dicho en "Enrique Arlandini" **(109)**. La Corte, por su parte, se remitió a los fundamentos expuestos en "Egidio Ziella c. Smiriglino Hnos." **(110)**, y los concordantes del dictamen del Sr. procurador general.

En "Heriberto Baeza González c. Nación Argentina" **(111)**, en cambio, no se registra dictamen de la Procuración General de la Nación ante la demanda de reposición en el cargo de juez federal de Mendoza del cual fue separado por dec. 31.557 del 21 de noviembre de 1944 por el Gobierno *de facto*, el pago de los sueldos correspondientes al período de separación y el resarcimiento del daño moral. Aun cuando el actor no desconoció la facultad del Gobierno *de facto* de remover jueces, cuando la conducta de estos así lo imponga, sí atacó las causales en las cuales se fundó su separación y el modo en que fue ejercida su atribución. En dicho marco, la CS señaló que el Poder Judicial carecía de atribuciones para pronunciarse acerca del modo en que dichas facultades han sido ejercidas pues ello corresponde exclusivamente al titular de estas, con cita de "Alfredo Avellaneda Huergo c. Gobierno Nacional por cobro de pesos provenientes de sueldos".

En "Basi, José y otros" **(112)**, la cuestión era determinar si el juzgamiento de ciertos integrantes del gremio ferroviario a raíz de las actividades desarrolladas por ellos, para organizar un movimiento de huelga, correspondía a la justicia nacional o a la justicia militar. El Sr. procurador general no dictaminó sobre la validez del dec. 536/1945 dictado por el PEN *de facto*, sino que se refirió a que la jurisdicción militar está indisolublemente unida a la naturaleza de los hechos y a la condición de las personas que comprende. Dichas condiciones no podían ser aplicadas retroactivamente conforme el dec. 15.323 del 03/08/1951 para justificar la jurisdicción militar, sin afectar las garantías constitucionales. Luego, para resolver conforme lo dictaminado por el Sr. procurador general Dr. Carlos Delfino, la CS señalaría que los decretos leyes de carácter penal dictados por el Gobierno *de facto* —como el 536/1945— son válidos por razón de su origen y subsisten mientras no sean derogados por ley, aunque no hayan sido ratificados por el Congreso.

IV.6. La etapa de la primera Corte de facto*; de la Revolución libertadora (1955-1958)*

Removidos todos los integrantes de la Corte Suprema con motivo de la denominada Revolución libertadora, el cargo de procurador general de la Nación fue ejercido por el Dr. Sebastián Soler (en la etapa que comprende los años 1955-1958) **(113)**.

Respecto de la *Acordada del 16 de noviembre de 1955* **(114)**, el Sr. procurador general de la Nación, Dr. Sebastián Soler, la suscribió en forma conjunta con los ministros de la Corte. En tal ocasión se consideró la comunicación dirigida a la Corte por el Poder Ejecutivo por la cual se hizo saber que "...las fuerzas armadas que tomaron a su cargo el Gobierno de la República vacante por la derrota de la tiranía han confiado al Sr. Gral. de División Don Pedro Eugenio Aramburu,

(108) Fallos 2:127 (1865).

(109) Fallos 208:184 (1947).

(110) Fallos 209:25 (1947).

(111) Fallos 210:1095 (1948).

(112) Fallos: 222:63 (1952).

(113) Una breve referencia biográfica de Sebastián Soler puede leerse en CLAUSEN, Astrid, "La primera Corte *de facto (1955-1958)", en AA.VV., Historia de la Corte Suprema, Alfonso SANTIAGO (h) (dir.), Ed. Marcial Pons, Buenos Aires, 2014, 1ª ed., t. II, ps. 575 -576.*

(114) Fallos 233:15 (1955).

en carácter de presidente provisional, mandato de público gobierno para cumplir el programa revolucionario de restablecimiento del imperio del derecho y restitución del país a una auténtica democracia". La Acordada interpretó que la autolimitación señalada concuerda con los términos del juramento prestado por los miembros de la Corte, el Sr. procurador general y tribunales inferiores, de desempeñar los cargos "bien y legalmente y de conformidad con los principios, derechos y garantías de la CN" **(115)**. Así se resolvió acusar recibo al PEN de la comunicación mencionada, con copia de lo señalado.

Al año siguiente, en el célebre "Jorge Antonio" **(116)**, el Dr. Sebastián Soler —por dictamen del 31 de octubre de 1956— remitió a su anterior opinión en la causa "García, Aldo Nelson y otros s/ robo, incendio y daño" **(117)**, y señaló que no correspondía hacer lugar a la queja. En "Jorge Antonio" se discutía la validez del dec. 3731/1956, norma *de facto*, en virtud del cual se había declarado con carácter general el alcance de la jurisdicción de tribunales permanentes. En el dictamen citado, Sebastián Soler rechazó que tal decreto vulnerara la garantía de juez natural y la prohibición de comisiones especiales. Además, y en lo que interesa al presente trabajo, señaló que la aplicación de dicho decreto no vulneraba el principio constitucional de las leyes *ex post facto*, por cuanto este principio no puede ser invocado, aun tratándose de leyes que fijan nueva competencia o jurisdicción a los tribunales permanentes o adjudican a nuevos tribunales del mismo carácter jurisdicción sobre lugares o materias antes sujetos a otros. La CS señaló que la declaración de estado de sitio por el Gobierno Provisional —en cuanto lo ha podido requerir su seguridad como autoridad constituida y el restablecimiento del orden interno del país— es una medida de índole política no susceptible, en principio, de ser impugnada ante los jueces que carecerían de imperio para poder revisar el uso del PEN de las facultades del art. 23, CN, mientras no se haya excedido de los límites que la misma Constitución señala. Tampoco la medida que, durante el estado de sitio, dispuso la relegación del recurrente a un territorio del sud y los actos administrativos vinculados a su seguridad. Y el decreto, específico, es ejercicio de funciones legislativas y entra en ellas la distribución y régimen de la jurisdicción judicial (arts. 67, inc. 17; y 28, CN, según la numeración anterior a la Reforma de 1994).

En "José Cantarini y otros c. SA Acindar" **(118)**, la Procuración —mediante el dictamen del Dr. Sebastián Soler del 25 de junio de 1956— se pronunció sobre la Proclama del 1° de mayo de 1955, que dejó sin efecto la reforma constitucional de 1949. Su tesis liberó a la Corte del laberinto jurídico en el que se encontraba, por existir al momento tres plexos normativos que reclamaban supremacía: la Constitución de 1853 con la reforma de 1949; la Constitución de 1853, sin las cláusulas reformadas en 1949 en vías de ser "eliminadas" por la Convención Constituyente de 1957; y las directivas, proclamas y programas del Gobierno provisional **(119)**. El actor invocaba una norma de la reforma constitucional, llevada a cabo en el año 1949, luego derogada por dicha Proclama, como sustento de su apelación extraordinaria en la interpretación del art. 67 del dec. 33.302/1945. Para el Sr. procurador general la inclusión de los "derechos del trabajador" en la reforma del 1949 como "programa" dirigido a orientar la legislación específica no importó un avance con relación a las garantías que al respecto y con idénticos fines ya reconocía la Constitución nacional de 1853. Fue la explicación detallada de las garantías que sobre el particular estaban (y están ínsitas en la CN que hoy nos rige) pues en momento alguno se pone al Estado como sujeto pasivo de una relación obligacional. Así, se denegó el recurso extraordinario por resultar una interpretación de normas de derecho común ajenas a la materia del recurso extraordinario, coincidiendo en ello la Corte Suprema y la Procuración. En síntesis, se desconoció el estatus constitucional de las reformas de 1949, a la vez que —implícitamente se dio validez a la Proclama de 1955—.

Sin lugar a duda, el caso más relevante del período a estos efectos es "Juan Domingo Pe-

(115) El destacado no es del original.

(116) Fallos 236:657 (1956).

(117) Fallos 236:663 (1956).

(118) Fallos 237:272 (1957).

(119) Ampliar en CLAUSEN, Astrid, "La primera Corte *de facto (1955-1958)" en AA.VV., Historia de la Corte Suprema, ob. cit., ps. 634 y ss.*

rón" **(120)**, en el cual se discutió la licitud del dec. 5148/1955 creador de la Junta Nacional de Recuperación Patrimonial. El dictamen del Dr. Sebastián Soler, del 12 de abril de 1957, señaló que la presunción de ilicitud de la adquisición de bienes de los interdictos no puede estar más consustanciada que lo que lo está con la esencia misma de nuestro orden público. Ello, ya que, la presunción indicada está consustanciada con la Revolución de 1955, al punto de haber sido una de las causas principales que la desencadenaron y justifican. Así, el dictamen concluyó que "ningún magistrado de los Tribunales de Justicia post revolucionarios podría dejar de tenerla presente, sin negar al mismo tiempo, la legitimidad del título en cuya virtud administra justicia". La conexidad entre la presunción de ilegitimidad y el Gobierno *de facto* es tal que argumentó el Sr. procurador general que, si se prescinde de esa conexión, podría llegarse al absurdo de admitir no solo la devolución de los bienes que no alcanzó llevarse al extranjero; sino "también el poder mismo del que fue despojado por la fuerza de las armas" **(121)**. Contrariamente a los términos de cualquier lógica jurídica, el Sr. procurador general señaló que la presunción sea *iuris tantum* —y no *iure et de jure*— es una concesión otorgada por la Revolución para preservar el imperio del derecho ante la posibilidad de que alguno de los bienes no hubiese sido producto de maniobras ilícitas. Es por ello, que la Procuración General, además, de rechazar la vulneración de las garantías constitucionales alegadas, se inclinó por confirmar la sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil Comercial, Penal Especial y en lo Contencioso Administrativo en cuanto pudo ser materia de recurso extraordinario.

En la misma línea, la CS confirmó la constitucionalidad del dec. 5148/1955, y el accionar de la Junta Nacional de Recuperación Patrimonial, con sustento en el hecho básico ineludible de la Revolución del 16 de septiembre de 1955. Sin esa Revolución perdía sentido dicha causa, y el reconocimiento de la facultad de todo movimiento revolucionario triunfante a establecer órganos y procedimientos adecuados a sus objetivos, con cita de la Acordada del 10 de septiembre de 1930 y sus consecuentes. Diría la Corte que "corresponde tener presente un hecho básico ineludible: la Revolución del 16 de septiembre de 1955, que ha originado todos los hechos posteriores, inclusive el procesamiento de las autoridades depuestas y la investigación de los enriquecimientos ilegítimos que se hubiere producido durante el régimen anterior. Si se prescinde de aquel antecedente fundamental, pierde sentido, desde luego, todo lo que en la República ha ocurrido después: no solo este juicio que llega ahora a conocimiento de este Tribunal, sino el cambio violento de las autoridades públicas, el alejamiento del poder y del país del expresidente, la instalación de las nuevas autoridades, entre ellas los actuales tribunales de justicia".

En "Manuel Ortiz" **(122)**, el dictamen del Dr. Sebastián Soler del 14 de noviembre de 1957 validó el dec. 4161/1956, que había prohibido proferir denominaciones alusivas al general Perón, su esposa y su Gobierno, en tanto no aparecía como el ejercicio irrazonable o arbitrario del poder legislativo de la revolución sino, por el contrario, como adecuado a las especiales circunstancias y a los objetivos mismos del movimiento revolucionario, recordando el antecedente de "Juan Domingo Perón", en tanto todo tenía sentido en la Revolución del 16 de septiembre de 1955. Resulta interesante la siguiente línea argumental desarrollada por la Procuración General pues, en tanto la Nación no se encontraba en un estado de absoluta normalidad, hasta que se restableciera el juego ordinario de las instituciones, la posición del Gobierno no era la de un Gobierno constitucional, como tampoco la de los medios por los cuales los partidarios del régimen depuesto trataban de volver al poder, ya que, no son los que usa la oposición dentro de un sistema constitucional. La Corte Suprema, en esa misma dirección, recordó los antecedentes (Acordadas del '30 y '43; "Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires c. Carlos M. Mayer" **(123)**, entre otros) por los cuales se reconoció al Gobierno surgido de una revolución el poder de realizar todos los actos necesarios, inclusive, los de carácter legislativo, para el cumplimento de los fines de la revolución.

(120) Fallos 238:76 (1957).

(121) El destacado no es del original.

(122) Fallos 240:228 (1958).

(123) Fallos 201:249 (1945).

En "Manuel E. Bustos Núñez" **(124)** el dictamen del Dr. Sebastián Soler del 13 de diciembre de 1957 remitió a lo que había dicho en la causa "Manuel Ortiz" antes mencionada **(125)**. Para la Corte Suprema, la cuestión "no era decidir si el dec.-ley 4161/1956 era conforme o no a la Constitución nacional en abstracto, esto es con independencia de cualesquiera circunstancias, sino la de establecer si las disposiciones de la norma, en atención a las circunstancias actuales de la vida argentina, constituyen o no una restricción razonable del derecho constitucional de expresión" **(126)**. En estas circunstancias, para la Corte no era en modo alguno irrazonable que, durante el proceso subsiguiente a una revolución, las autoridades surgidas de ella establecieran restricciones mediante la exaltación de las doctrinas y del estado de cosas que dieron origen precisamente a la revolución. De ese modo, concluiría la Corte Suprema que las limitaciones establecidas no son medios irrazonables para alcanzar los fines esenciales de la revolución **(127)**.

En "Aída Esther Lopardo Petrucci de Amoroso Copello c. Mario Jorge Amoroso Copello" **(128)** se cuestionaba la validez constitucional del dec. 4070/1956 porque el Gobierno revolucionario carecía de facultades para suspender la aplicación del art. 31 de la ley 14.394. El dictamen del Sr. procurador general de la Nación del 11 de diciembre de 1957 señaló que para rechazar la impugnación bastaba citar "Juan Domingo Perón" por cuanto en nuestro régimen constitucional, todo Gobierno, sin distinción de la forma particular que asuma —en el caso se trate de un Gobierno regular o de un Gobierno revolucionario— está facultado para establecer la legislación que considere conveniente, tanto en las situaciones ordinarias como en las de emergencia, con el límite de que tal legislación sea razonable y no desconozca las garantías individuales o las restricciones que la misma Constitución contiene en salvaguarda de las instituciones libres. Ello, independientemente, de la discusión de derecho común en juego y la afectación de la garantía del art. 17, CN, pues el caso versaba sobre la disolución del vínculo matrimonial. En este caso, y de allí su inclusión en la presente reseña, es manifiesta la sinceridad de la Corte sobre el funcionamiento de la doctrina *de facto* **(129)**.

Así, la CS distinguió los casos de los Gobiernos de 1930 y 1943 del surgido con la revolución de 1955, pues los primeros solo se adjudicaron la facultades del PEN, y fue la CS quien les reconoció la facultad de emitir decretos leyes solo en circunstancias excepcionales, esto eso, cuando la necesidad de la imposición de los hechos lo hiciera preciso y fuera indispensable para mantener el funcionamiento del Estado y para cumplir los fines de la Revolución ["Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires c. Carlos M. Mayer" **(130)**]. El Gobierno surgido de la Revolución de 1955 se arrogó directamente las facultades legislativas de la CN mediante el dec. 42/1955. Se sinceró la Corte, y señaló que es obvio que se desconocen el sistema representativo y la forma republicana de Gobierno pues la interrupción de ambos principios es uno de los presupuestos de la existencia del régimen *de facto*, cuya legitimidad no se discutía en autos. Ello, agregó la Corte, pues es incuestionable la aptitud creadora de normas legales de los Gobiernos *de facto* pues es la única fuente efectiva de poder, y asegura el ejercicio ininterrumpido de la función legislativa, esencial para la vida del Estado y el logro de sus fines; y la asume como verdadera función, es decir, en el interés público o de terceras personas y no para uso propio ["Administración de Impuestos Internos c. Martiniano Malmonge Nebreda por defraudación

(124) Fallos 240:223 (1958).

(125) Se discutía la constitucionalidad del dec.-ley 4161/1956 en tanto se había acusado al actor (director del diario Rebeldía) de infracción a las disposiciones de dicho decreto por haber elogiado la obra de la Fundación Eva Perón.

(126) El destacado no es del original.

(127) El destacado no es del original.

(128) Fallos 243:265 (1959).

(129) Señala Clausen, que la contundencia de la CS —y de la Procuración General— no es casual, sino que obedecía a que recientemente se había dictado la ley 14.467 de 1958, que preveía la vigencia de los decretos leyes dictados por el gobierno provisional entre el 23/09/1955 y el 30/04/1958 no derogados por el Congreso Nacional, que se apartó de sus precedentes de 1932 y 1946 abarcando la totalidad de disposiciones *de facto en bloque. CLAUSEN (2010), ob. cit., p. 537.*

(130) Fallos 201:249 (1945).

de impuestos internos al tabaco" **(131)**] durante prolongado lapo y con la común aceptación de su fuerza imperativa. La conclusión antedicha se justifica, asimismo, en la seguridad jurídica, con citas de "Manuel Ortiz" **(132)**, y "José María Sagasta" **(133)** —consid. 6º—.

IV.7. La etapa de la Corte desarrollista; la Corte moderadora (1958-1966)

Durante esta etapa, actuó como Sr. procurador general el Dr. Ramón Lascano (1958-1966) **(134)**.

Una vez más se repitió la cuestión de la garantía de la inamovilidad de los jueces del art. 96, CN (en la numeración anterior a la Reforma de 1994) ante la sucesión de Gobiernos *de facto* y Gobiernos *de jure*: la actuación sobreviniente del Gobierno provisional puede alterar el estatus jurídico original de un juez nombrado conforme a derecho.

El Dr. José María Sagasta era juez al momento de la Revolución de 1955, y fue confirmado en su cargo luego de haberse puesto al Poder Judicial en comisión. Tal investidura le fue denegada al requerir el PEN acuerdo al Senado para designar la totalidad de los jueces del tribunal al que pertenecía, sin tener en cuenta que él ya ocupaba uno de esos cargos. Así, solicitó se declare la inconstitucionalidad del decreto por el cual —*a posteriori* de la obtención del acuerdo— se realizaran las consiguientes designaciones, las cuales importarían un desplazamiento de la función que ejerce.

El dictamen del Dr. Ramón Lascano del 30 de junio de 1958 en la causa "José María Sagasta" **(135)** solucionó la cuestión y le dio a la Corte Suprema la salida respectiva; indicó que no se trataba de una demanda, y no era un caso judicial; tampoco era una cuestión de superintendencia. En primer lugar, señaló que la doctrina de las Acordadas de abril y octubre de 1945 no resulta contrarias a dicha afirmación. En esa ocasión, la circunstancia de que los actos cuya validez se desconoció en las resoluciones mencionadas hubieran emanado de un Gobierno *de facto*, fue sin duda lo que decidió a la Corte Suprema asumir una competencia excepcional, ante la falta de contralores que son propios del sistema de equilibrios y contrapesos de los poderes del Estado en un período de normalidad institucional. Pero para el Sr. procurador general, el movimiento revolucionario de 1955 dio origen a un Gobierno *de facto* y comportó la caducidad de todos los mandatos, inclusive los del Poder Judicial; y los que siguieron fueron magistrados *de facto* pues no es dable que coexistan poderes revolucionarios y constitucionales. Estos últimos, para coexistir con los primeros, deben necesariamente incorporarse de hecho al nuevo Estado revolucionario. Así, en un Estado de ese carácter no hay magistrado o funcionario cuyo título no emane de la revolución misma. Aceptado que todos los poderes constitucionales caducan en virtud de una revolución triunfante ["Baldomero Martínez" y "Manuel Otero" **(136)**], las personas que los integraron no recuperan su anterior investidura al comenzar una nueva época constitucional ["Alfredo Avellaneda Huergo c. Gobierno Nacional por cobro de pesos provenientes de sueldos" **(137)**], lo cual no puede ser enervado por el hecho que algunas personas hayan continuado durante el período revolucionario como integrantes de los poderes *de facto*. El pretendiente únicamente ostenta el título de integrante del Poder Judicial de la Revolución, lo cual es insuficiente para sustentar sus pretensiones. La Corte solo tuvo que remitir al dictamen; y agregó en esa línea que al haberse puesto en comisión a todo el Poder Judicial por la Revolución de 55, se perdió la inamovilidad, y es obvio que las nuevas designaciones (confirmaciones, en la letra) tuvieron por causa un título nuevo y diferente de las designaciones anteriores a dicha declaración. De allí, la necesidad del procedimiento constitucional que requería el acuerdo del Senado. Un Gobierno *de facto* puede sancionar normas vá-

(131) Fallos 169:309 (1933).

(132) Fallos 240:228 (1958).

(133) Fallos 241:50 (1958).

(134) Una breve referencia biográfica de Ramón Lascano puede leerse en OYHANARTE, Martín, "La Corte del 60: poder moderador ante una democracia cercada (1958-1966)", en AA.VV., Historia de la Corte Suprema, ob. cit., p. 665.

(135) "José María Sagasta", Fallos 241:50 (1958).

(136) Fallos 2:127 (1865).

(137) Fallos 172:344 (1935).

lidas para el futuro, pero no integrar los poderes estatales *de jure*.

En "Guillermo Salcedo c. Panadería La Unión" **(138)**, se discutió la validez del dec. 7914/1957 dictado por el Gobierno Provisional, que había declarado obligatorio el pago de un importe en concepto de asignación familiar. El dictamen del 16 de julio de 1959 del Dr. Ramón Lascano rechazó la impugnación de la norma en razón de su origen con cita expresa de lo señalado por la Corte en "Aída Esther Lopardo Petrucci de Amoroso Copello c. Mario Jorge Amoroso Copello" **(139)**, por lo que con respecto a su validez debía ser juzgado como si hubiera emanado del propio Congreso. La CS compartió dicho criterio y remitió a las consideraciones del dictamen de la Procuración General.

En esta etapa, el "Juramento y acta de Homologación de la asunción del mando de Guido como Presidente de la Nación" **(140)** del 31 de marzo de 1962 lleva la firma del Dr. Ramón Lascano. Allí se dijo que dicha acta era conforme en sus alcances y efectos con los que corresponde atribuir al juramento, en virtud del cual José María Guido asumió válidamente el PEN con carácter definitivo de acuerdo con los arts. 1º y 3º de la ley 252. Aunque escapa estrictamente al objeto del presente trabajo, se destaca, ciertamente, la disidencia del Dr. Boffi Boggero. En esa ocasión, dicho Magistrado cuestionó que la Corte Suprema se inmiscuyera en la cuestión, pues los actos en lo que la Corte o su presidente toman juramento no importan decisión sobre la validez de la investidura ostentada por quien lo presta. Lo contrario importaría prejuzgamiento. El juramento se hizo en la forma de la ley de acefalía, pero la homologación perseguida, fuera de no brotar de una ley que la imponga, para el Dr. Boffi Boggero entrañaría un acto contrario al principio antes señalado.

En "Luis María Pitto" **(141)** se impugnaron ciertos actos cumplidos por la Corte Suprema en virtud de las facultades que le fueran acordadas por la ley 252, solicitándose, además, que se reponga al Dr. Arturo Frondizi en la Presidencia de la Nación. En dicho fallo del 3 de abril de 1962, que lleva la firma conjunta del Sr. procurador general —Dr. Ramón Lascano— la Corte calificó la recepción del juramento del Dr. José María Guido, y su homologación, como "estrictamente jurídicos y pertinentes". Ello, porque la acefalía se configuró por la "falta" de presidente y vicepresidente de la Nación, sin que incumbiera a la Corte pronunciarse acerca de las causas determinantes de esa "falta"; y su homologación es la forma adecuada para conferir validez y firmeza a la asunción de mando según la ley de acefalía. Su acción, autocalificada por cierto, en el desempeño de la función que inviste presupuso el deber de asegurar la subsistencia y continuidad del orden constitucional, única valla contra anarquía o el despotismo, con cita de "Provincia de Córdoba c. Mattaldi Simón Limitada SA" **(142)**, caso en materia de impuestos, que llevó a la Corte a afirmar que "es fundamental para la vida de la Nación, para el mantenimiento del orden público, la paz social y la estabilidad de las instituciones el resguardo de la integridad de las sentencias de la Corte Suprema"; y de "Jorge Antonio" **(143)**, en el que se estableció la doctrina de la gravedad institucional como pauta valorativa para la admisión del recurso extraordinario más allá de los requisitos formales de la ley 48.

IV.8. La etapa de la segunda Corte de facto*; de la Revolución argentina (1966-1973)*

En este período, el cargo de Sr. procurador general de la Nación fue desempeñado por el Dr. Eduardo Héctor Marquardt (1966-1973) **(144)**.

Ricardo Molinas se presentó en representación del Partido Demócrata Progresista, mediante la acción de amparo, para impedir el cumplimiento del dec.-ley 16.910, en virtud del cual el Estado decidió apoderarse de los bienes que integran el patrimonio de los partidos

(138) Fallos 247:165 (1960).

(139) Fallos 243:265 (1959).

(140) Fallos 252:8 (1962).

(141) Fallos 252:177 (1962).

(142) Fallos 205:614 (1946).

(143) Fallos 248:189 (1960).

(144) Una breve referencia biográfica de Eduardo Héctor Marquardt puede leerse en TANZI, Héctor J., "La Corte Suprema durante los gobiernos de la Revolución Argentina (1966-1973)", en AA.VV., Historia de la Corte Suprema, ob. cit., ps. 823-824.

políticos y transferirlos a su propio dominio. El demandante sustentaba la invalidez de dicho decreto-ley, sobre la base de negar virtualidad y tácitamente validez a la disolución de los partidos políticos dispuesta por la Junta Revolucionaria del 28 de junio de 1966, y que tuvo concreción normativa en el decreto 6 de dicha Junta. En "Ricardo F. Molinas" **(145)** el dictamen del Sr. procurador general del 16 de febrero de 1968 planteó la cuestión desde un punto de vista más amplio. La disolución de los partidos políticos, según la Procuración General era una de las bases sobre las cuales se había constituido el actual Gobierno, análoga a la deposición y reemplazo de las anteriores autoridades, y a la asunción de facultades legislativas. Así, cuestionar la validez de la disposición aludida equivalía a pretender un juicio de legitimidad acerca de uno de los actos básicos de la Revolución. De allí que declarar ilegítima la disolución de los partidos políticos, sin hacer lo propio con los otros actos revolucionarios es manifiestamente incongruente. Y hacerlo, importaría negar la existencia del actual Gobierno, con lo cual la contradicción entre las decisiones judiciales y la realidad política solo podrían conducir al caos institucional. Así las cosas, para la Procuración General, la transferencia de los bienes solo podía ser examinada en orden a su compatibilidad con el conjunto de normas fundamentales en vigor, desde el punto de vista de la incidencia que los actos revolucionarios hayan podido tener sobre la vida de los partidos políticos. Pero para ello está el juicio ordinario, y no la vía del amparo, en el cual se podían individualizar los bienes del Partido, respecto a lo cual no se ha ofrecido en el expediente información alguna; razón por la cual rechazó el amparo.

La Corte Suprema siguió la línea del dictamen de la PGN (consid. 3°) en cuanto a la necesaria amplitud del debate y prueba; pero en los consids. 4° y 5° reiteró la doctrina de los Gobiernos *de facto* (con citas de "Baldomero Martínez" y "Manuel Otero"; Acordada del 10 de septiembre de 1930, Acordada del 7 de junio de 1943, "Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires c. Carlos M. Mayer", "Juan Domingo Perón", "Manuel Ortiz") y las disposiciones del Estatuto de la Revolución Argentina aplicables. Entonces, la Corte Suprema concluyó en que el régimen de los partidos políticos sufrió una limitación ante lo previsto en el Acta de la Revolución Argentina, en tanto lo exija su proceso y en tanto no es posible negar el hecho mismo de la Revolución. En dicho marco, la primera y sustancial preocupación era preservar un orden jurídico eficiente, que hallara el modo de salvaguardar derechos y garantías fundamentales, sin negar la verdad incuestionable del hecho revolucionario y del Gobierno surgido de él, acatado en todo el país y reconocido en el ámbito internacional (con cita de "Juan Domingo Perón").

En "Alberto Amaranto Cassino" **(146)** el dictamen del Dr. Eduardo H. Marquardt del 19 de mayo de 1967 reconoció —sobre la base de la opinión de su antecesor en el cargo— la validez de las normas de naturaleza legislativa emanadas del Poder Ejecutivo que cesó en sus funciones el 12 de octubre de 1963, sin exceptuar las de carácter penal, siempre que se respetasen las limitaciones establecidas por la CN para los órganos regulares de Gobierno. El decreto cuya inconstitucionalidad se propiciaba había sido dictado por el gobierno del Dr. Guido, luego que asumiera funciones legislativas como consecuencia del dec. 9747/1962, con posterioridad a la disolución del Congreso por el dec. 3204/1962. En función de la disolución, el poder político quedó concentrado en el vicepresidente de la República, que había asumido el PEN, en cumplimiento de la ley de acefalía. Para la Corte Suprema resultaba indispensable que el PEN sancionara normas, regularmente a cargo del Congreso, para asegurar la marcha del Estado y la conservación y ejercicio de sus facultades específicas. Así, les asignó a los decretos con fuerza de ley de dicha época el mismo tratamiento que los emanados de los Gobiernos *de facto*, siendo reiterada la jurisprudencia que les asigna validez (cita jurisprudencia aplicable).Se destaca en la causa una disidencia del Dr. Cabral, que declaró la invalidez en razón de su origen.

Los criterios de la mayoría serían luego seguidos por la CS en "Héctor Ramón Vélez c. Superior Gobierno de la Nación (Ministerio de

(145) Fallos 270:367 (1968).

(146) Fallos 270:484 (1968).

Defensa)" **(147)**; y a su turno en "Algodonera Flandria SA" **(148)**, con dictamen este último de la Procuración General sobre cuestiones procesales.

La *Acordada del 9 de junio de 1970* **(149)** fue suscripta por el Sr. procurador general, Dr. Eduardo H. Marquardt, en forma conjunta con los ministros de la Corte **(150)**.

Como corolario de este período, ante la comunicación de la Junta de Comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas, dando cuenta de haber reasumido el poder político de la República hasta el cumplimiento del proceso de la Revolución Argentina, mediante la *Acordada del 23 de marzo de 1971* **(151)**, que también lleva la firma conjunta del Dr. Eduardo H. Marquardt, la Corte tomó conocimiento de la comunicación y acusó recibo en la forma de estilo. Ello, con reiteración de la doctrina de la acordada del 9 de junio de 1970, "en la inteligencia de que la Junta de Comandantes en Jefe cumplirá el objetivo de restablecer la forma republicana, representativa y democrática de gobierno y mantendrá en plena vigencia el sistema de derecho y garantías que consagra la CN, y que es misión de esta Corte preservar".

IV.9. La etapa de la segunda Corte peronista (1973-1976)

En esta etapa (1973-1976), el Dr. Enrique Carlos Petracchi se hizo cargo de la Procuración General de la Nación.

Durante este período, un grupo de exjueces y fiscales de la Cámara Federal en lo Penal de la Nación, creada por la ley 19.053 y su modificatoria 19.959, solicitaron a la Corte que disponga la reincorporación a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, interpretando la ley 19.111 y 20.510 que derogara las 19.053 y 19.959 señaladas.

En "Juan Carlos Díaz Reynolds y otros" **(152)**, mediante el dictamen de del 15 de junio de 1973, el Dr. Enrique C. Petracchi se eximió de dictaminar en razón de los lazos de amistad con los involucrados en la causa (jueces y fiscales de la Cámara Federal en lo Penal de la Nación); y tratándose de una cuestión de superintendencia, solicitó a la Corte que revea la petición del dictamen ya que, no siempre en tales temas la Corte entiende necesario oír a la PGN. Para la Corte Suprema las normas de un Gobierno *de facto* a título de leyes carecen en su origen de legalidad ya que, no emanan del Poder Legislativo de la Constitución nacional, pero podían legitimarse en razón de su efectividad. Dicha efectividad consiste en la aplicación que hacen de ella los gobernantes en sus actos, los jueces en sus sentencias y los particulares en su proceder, en tanto se atengan voluntaria o forzadamente a ellas como normas obligatorias. Pero la ley 19.111 que invocaban justamente careció del proceso de legitimación antes señalado ya que, no fue objeto de publicación; y terminado el período del Gobierno *de facto*, al instalarse las autoridades legítimas, esa norma cerró su ciclo en el secreto y sin fundamento de una legalidad constitucional que nunca tuvo. Además, la derogación de la ley 20.510 fue amplia contra toda disposición que se le oponga. Los recurrentes no gozaran de inamovilidad alguna constitucionalmente instituida por lo que —para la Corte Suprema— debían atenerse a lo que la ley 20.510 dispone.

IV.10. La tapa de la tercera Corte de facto*; del Proceso de Reorganización Nacional (1976-1983)*

Ante esta Corte actuaron los Sres. procuradores generales Dres. Elías P. Guastavino (1976-1980) y Mario Justo López (1980-1983), este último designado una vez que el Dr. Guastavino

(147) Fallos 273: 411 (1969).

(148) Fallos 275:433 (1969).

(149) Fallos 277:5 (1970).

(150) La Junta de Comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas comunicó a la Corte Suprema, mediante una nota, que había reasumido el poder político de la República para dar cumplimiento integral a los objetivos expuestos en el Anexo 3 del Acta de la Revolución Argentina, habiendo cesado el Tte. General Juan Carlos Onganía en el cargo de presidente de la Nación. Dicho Anexo 3 expresamente refiere a restaurar "el sentido de respeto a la ley y el imperio de una verdadera justicia, en un régimen republicano en el que tenga plena vigencia el ejercicio de las obligaciones, derechos y libertades que la CN asegura. Por lo que siendo así, los términos de la comunicación importan ratificar la vigencia de los instrumentos básicos de la Revolución Argentina, por lo que se tomó conocimiento oficial de la comunicación, de la que se acusa recibo por oficio".

(151) Fallos 279:98 (1971).

(152) Fallos 286:62 (1973).

fuera designado juez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación **(153)**.

En "María Cristina Ercoli" **(154)** la cuestión giraba en torno a la solicitud de María Cristina Ercoli, detenida y puesta a disposición del Poder Ejecutivo nacional en virtud del estado de sitio imperante en el país, de la opción para salir del territorio patrio y radicarse en México, España o Francia. Transcurridos los 60 días previstos en el dec. 807/1975, se presentó el *habeas corpus* respectivo; el cual fue resuelto favorablemente por el juez de primera instancia, que otorgó un plazo de 10 días para disponer la salida, luego ampliado por la Cámara a 20 días. El Fiscal de Cámara interpuso el recurso extraordinario. El Sr. procurador general Dr. Guastavino, en su dictamen del 20 de octubre de 1976, solicitó se reitere el oficio al Poder Ejecutivo nacional por conducto del Ministerio del Interior para que informe si a su juicio se encontraba vinculada con algunas de las organizaciones armadas, cuyas actividades subversivas hicieron imprescindible la suspensión del derecho de retiro de la última parte del art. 23, CN. Y para el caso de que la Corte no compartiere dicho parecer, el Sr. procurador general opinó que por no existir elementos que autoricen a vincular a la persona arrestada con la actividad de organizaciones subversivas, correspondía mantener el recurso extraordinario al solo efecto que la Corte Suprema pudiera pronunciarse sobre la cuestión de interés institucional planteada en el juicio.

Para la Corte Suprema, contrariamente a la duda razonable planteada por el procurador general, la respuesta del Poder Ejecutivo nacional sí habilitaba a considerar a la arrestada vinculada a la subversión **(155)**. Así, luego de citar "Juan Domingo Perón" **(156)** y "Bustos Núñez" **(157)**, la Corte señaló que un verdadero estado de necesidad obligó a las Fuerzas Armadas a tomar a su cargo el Gobierno de la Nación, fijando el propósito y los objetivos básicos para el proceso de reorganización nacional en el acta del 24 de marzo de 1976, jurando cumplir y hacer cumplir dichos objetivos, el Estatuto para el Proceso de Reorganización Constitucional y la Const. nacional. Eso, para el Máximo Tribunal, fue una autolimitación, agregando los "Objetivos" la intención de restablecer la vigencia plena del orden jurídico **(158)**. En dicho marco, la CS justificó la reglamentación del derecho a la opción, y la suspensión temporal del derecho a opción de salir del país, como no arbitraria ni irrazonable en función del logro de los Propósitos y Objetivos Básicos del Proceso de Reorganización Nacional, para evitar que quienes salieron del país en virtud de tal opción, retornen en forma clandestina, lo cual fue realizado por el Acta Institucional del 27 de octubre de 1977 y la ley 21.448 de la misma fecha **(159)**.

En "Jaime Lokman s/ hábeas corpus" **(160)** el dictamen del Dr. Elías P. Guastavino del 19 de septiembre de 1977 —en función de la trascendencia institucional— reiteró su posición de conciliar la suspensión del derecho de opción para aquellas personas vinculadas con grupos subversivos con las exigencias de la seguridad común y el ejercicio de los derechos individuales. Para el Sr. procurador general, el planteo era ajeno a la vía del art. 14 de la ley 48 pues no se cuestionaba la atribución del PEN para establecer la concurrencia de los motivos para suspender el derecho de opción, por lo que confirmó el fallo denegatorio del hábeas corpus. La Corte Suprema fue más allá todavía, y señaló que las Actas Institucionales y el Estatuto para el Proceso de Reorganización Nacional eran constitucionales; y eran normas que se integran a la Constitución nacional en la medida que subsistan las causas que han dado legitimidad a aquellas, fundadas en un verdadero estado de necesidad que obligó a adoptar medidas de excepción para superar una crisis institucional y proteger al Estado, sin perjuicio de la reglamentación razonable. Y, en ese sentido, la reglamentación del derecho de opción a partir de estas, y de las Actas Institucionales del 27 de octubre

(153) Una breve referencia biográfica de ambos puede leerse en DIÉGUEZ, Jorge A. — GARCÍA MANSILLA, Manuel J. "La Corte Suprema durante el Proceso de Reorganización Nacional (1976-1983)", en AA.VV., Historia de la Corte Suprema, ob. cit., ps. 1069-1070 y 1080 y 1082.

(154) Fallos 296:372 (1976).

(155) Cfr. consid. 5°.

(156) Fallos 238:76 (1957).

(157) Fallos 240:223 (1958).

(158) Cfr. consid. 7°.

(159) Cfr. consid. 8°.

(160) Fallos 299:142 (1977).

de 1976 y el 1° de septiembre de 1977, eran razonables con los fines de la revolución. En este punto, entonces, la Corte Suprema citó "María Cristina Ercoli" **(161)**; y confirmó la sentencia apelada.

En "Marta Susana Richardi c. Banco de la Provincia de Buenos Aires" **(162)**, el dictamen del Dr. Mario Justo López del 10 de septiembre de 1979 reconoció la validez de las Actas Institucionales y del Estatuto, con cita de "Jaime Lokman s/ hábeas corpus" **(163)**, y en el mantenimiento de la estructura de los Estados nacional, provincial y municipal; por lo que el argumento de la competencia de los tribunales de la Nación por haberse estado trabajando en la sede de la Ciudad de Buenos Aires del Banco Provincia no correspondía. Luego, agregó un argumento adicional para justificar la validez de las normas *de facto*, refiriéndose a una opinión del Dr. Guastavino en "Torralba, Américo y otro s/ amparo" **(164)** del 26 de abril de 1977. En esa oportunidad señaló que la confusión entre los ordenamientos jurídicos local y nacional implicaría la destrucción del sistema federal establecido por la Const. nacional y ratificado por el Acta de Propósitos y Objetivos Básicos del Proceso de Reorganización Nacional. La Corte Suprema, a su turno, se refirió al dictamen de la Procuración General de la Nación en los consids. 4° y 5°.

IV.11. La etapa de la Corte garantista de Alfonsín (1983-1990)

En el retorno a los Gobiernos *de jure*, se eligió una Corte, según los dictados políticos de todo buen gobernante, con hombres de su confianza, y que le aseguraron al Poder Ejecutivo recibir el apoyo necesario en momentos difíciles **(165)**.

Durante el gobierno de Alfonsín, ejercieron el cargo de procurador general de la Nación, los Dres. Juan Octavio Gauna (1983-1987), primero, y Andrés Jorge D'Alessio (1987-1989), después.

La Corte Suprema, en "Domingo Raúl Aramayo" **(166)**, dejó de lado la línea jurisprudencial que venía sosteniendo desde el primer golpe de estado. El doctor Aramayo solicitó ser repuesto en el cargo de Juez Federal de Primera Instancia de Río Cuarto, de cuyo ejercicio había sido privado, el 24 de marzo de 1976, por el Gobierno militar, —con más los salarios caídos indexados—. La Corte indicó que la restitución del orden constitucional en el país requiere que los poderes del Estado nacional o los de las provincias, en su caso, ratifiquen o desechen explícita o implícitamente los actos del Gobierno *de facto*, inclusive los de remoción de magistrados integrantes del Poder Judicial. Asimismo, la Corte Suprema brindó dos razones adicionales para justificar dicha teoría: (i) elementales consideraciones de seguridad jurídica y (ii) la regularidad de la transición al normal funcionamiento de las instituciones republicanas, tras la más profunda crisis institucional sufrida por el país, es decir, las circunstancias de la democracia restablecida. No obstante, a pesar de la importancia del caso, que representaba una oportunidad ideal para marcar el quiebre con la doctrina *de facto* que se venía afirmando hasta el momento **(167)**, no se registró opinión de la Procuración General de la Nación.

En "Félix Esteban Dufourq" **(168)**, en el dictamen del 23 de marzo de 1984, el Dr. Juan Octavio Gauna opinó que el actor —que era un juez designado por el presidente de la Nación en ejercicio de las facultades conferidas por los arts. 5°

(161) Fallos 296:372 (1976).

(162) Fallos 301:1010 (1979).

(163) Fallos 299:142 (1977).

(164) Fallos 297:384 (1977).

(165) BIANCHI, Alberto B., "La Corte bajo la presidencia de Raúl Alfonsín (1983-1990)" en AA.VV., Historia de la Corte Suprema Argentina, ob. cit., ps. 1283 y ss.

(166) Fallos 306:72 (1984).

(167) La Corte no utilizó la palabra "derogar" sino "desechar", lo cual sugiere que el acto de no aceptación de una norma *de facto* realizado por un órgano constitucional era más grave que la "derogación". Es que "desechar" significa que no tengan virtualidad alguna en la medida que así lo decidan los órganos constitucionales, y no sustenten argumento defensivo alguno (cfr. BOHMER, Martín, "La corte de los '80 y la Corte de los '90. Un diálogo sobre el rule of law en Argentina" en SELA 2000: Estado de derecho y democracia. Un debate acerca del rule of law, Publicación del Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Democracia en la Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2001).

(168) Fallos 306:174 (1984).

y 9° del Estatuto para el Progreso de Reorganización Nacional— no se encontraba amparado por la garantía de inamovilidad de los jueces del art. 96 de la CN (actual art. 110). La presentación —para el Sr. procurador general de la Nación— no podía ser resuelta en ejercicio de las facultades que competen a esta Corte Suprema y tampoco era susceptible de ser analizada en el ámbito de sus atribuciones en materia de superintendencia. La Corte, por su parte, recordó que la validez de las normas y actos emanados del Poder Ejecutivo *de facto* estaban condicionados a que, explícita o implícitamente, el Gobierno constitucionalmente elegido que lo suceda los reconociera [doctrina de fallos: Acordada sobre reconocimiento del Gobierno surgido de la Revolución del 4 de junio de 1943; "Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires c. Carlos M. Mayer" **(169)**; "Carlos Anders y otros" **(170)**; "Enrique Arlandini" **(171)**; "Fortunato Tasara SA" **(172)**; "Juan Domingo Perón" **(173)**; "Lejarraga de Álvarez de Toledo, Nélida Catalina, y otra c. Donnari, Santoni Palmira" **(174)**; "Aída Esther Lopardo Petrucci de Amoroso Copello c. Mario Jorge Amoroso Copello" **(175)** "Álvarez, Jorge Edgardo, y otros" **(176)**; "Ingenio La Esperanza SA c. Nación Argentina" **(177)**; y "Simón Hnos. c. Yacimientos Petrolíferos Fiscales" **(178)**]. Por último, con cita de "José María Sagasta" **(179)**, la Corte Suprema señaló que el acuerdo del Senado —indispensable para el ejercicio permanente de la función judicial durante un Gobierno *de jure*— no puede ser dispensado "a mérito de doctrinas o interpretaciones de carácter general sobre la vigencia de los actos y decretos de un gobierno *de facto*. Un gobierno de esta naturaleza puede sancionar normas válidas para el futuro, pero no integrar los poderes *de jure*" **(180)**.

El criterio de "Félix Esteban Dufourq" fue reiterado en "Amado Gary (h)" **(181)**. Se trataba de una intervención de la Corte a raíz de una solicitud de la Procuración General de la Nación para que no se ratificara en el cargo de Secretario Letrado al Dr. Amado Gary (h). La Corte Suprema agregó que la doctrina anterior era aplicable al nombramiento de funcionarios efectuado por ella misma, designada por dicho Gobierno, así como también a las confirmaciones, ya que, ellas daban lugar a la creación de un título nuevo y diferente del nombramiento anterior a la declaración en comisión.

En "Causa originariamente instruida por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas en el cumplimiento del Decreto 158/83 del Poder Ejecutivo nacional" **(182)**, al considerar los recursos extraordinarios planteados por los condenados de la Junta Militar del Proceso para la Reorganización Nacional contra el fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, y analizar la constitucionalidad de la ley 23.040, que derogaba la ley *de facto* 22.924 denominada de autoamnistía, el Sr. procurador general de la Nación, Dr. Juan Octavio Gauna, recordó la doctrina de la CS en "Félix Esteban Dufourq" **(183)**. Así, recordó la Procuración General que dicha doctrina consistía en que "la validez de las normas actos emanados del Órgano Ejecutivo *de facto* está condicionada a que explícita o implícitamente, el Gobierno constitucionalmente elegido que lo suceda la reconozca". Y justamente señaló la Procuración General que "las nuevas autoridades asumieron este, como uno de los problemas que debía atender con carácter prioritario, y tal es así, que se ocuparon de él en la primera ley sancionada por el Órgano Legislativo promulgada por el Ejecutivo"; ya que, precisamente el Poder Legislativo se ocupó de sancionar la ley 23.040, que deroga la ley *de fac-*

(169) Fallos 201:249 (1945).

(170) Fallos 204:345 (1946).

(171) Fallos 208:184 (1947).

(172) Fallos 211:1833 (1948).

(173) Fallos 238:76 (1957).

(174) Fallos 240:96 (1958).

(175) Fallos 243:265 (1959).

(176) Fallos 264:195 (1966).

(177) Fallos 287:104 (1973).

(178) Fallos 293:665 (1975).

(179) Fallos 241:50 (1958).

(180) Cfr. consid. 4°.

(181) Fallos 306:1035 (1984).

(182) Fallos 309:5 (1986).

(183) Fallos 306:174 (1986).

to 22.924, lo que constituye el ejercicio de la atribución propia del Órgano Legislativo de derogar una regla anterior, fundando esa decisión en vicios de naturaleza constitucional. De efectos retroactivos, la Procuración General de la Nación destacó que no se advertía un exceso de facultades por parte del Poder Legislativo, invadiendo las del Judicial. Por el contrario, puntualizó la Procuración General —en lo que aquí interesa— que parecía consistir en una acción específica de ese órgano estatal, que, recogiendo un cuestionamiento presente en el conjunto de la sociedad argentina asumió el mandata otorgado en los comicios para disponer la carencia absoluta de efectos jurídicos de una norma anterior, dictada por un Gobierno *de facto*.

En "Causa incoada en virtud del decreto 280/84 del Poder Ejecutivo Nacional - Camps, Ramón Juan Alberto y otros" **(184)** se consideró nuevamente la pretendida aplicación de la ley 22.924. Para ello, el Sr. procurador general recurrió a lo señalado en el dictamen precedente, a la par que admitió la constitucionalidad de la ley 23.521 de Obediencia Debida.

La cuestión de las autoridades designadas durante un Gobierno *de facto* también llegaría al ámbito universitario, y en "Budano, Raúl Alberto c. Facultad de Arquitectura" **(185)**, la Procuración General marcó el camino a seguir por la Corte. Raúl Budano se desempeñaba como profesor adjunto con dedicación semiexclusiva en el Departamento de Arquitectura y Planeamiento de la Facultad de Arquitectura de la Universidad Nacional de Rosario. A dicho cargo había arribado por concursos sustanciados durante el Gobierno *de facto*. Ante la decisión de las Universidades de normalizar la situación mediante la revisión de los concursos respectivos, la reedición del correspondiente al cargo que ostentaba Budano le fue notificada tres días después del vencimiento del plazo para su inscripción. El Tribunal *a quo* hizo lugar al amparo sobre la base que la nulidad del anterior concurso debió haber sido resuelta por el poder judicial, y no en sede administrativa, por estar en juego derechos adquiridos. Sin embargo, el Sr. procurador general Dr. Juan Octavio Gauna señaló que el Tribunal de la Causa se había olvidado considerar que el acto administrativo del que habían nacido los derechos subjetivos invocados por Budano, tuvo origen bajo la vigencia de normas establecidas por el último Gobierno *de facto*. Y si bien ha sido constante la jurisprudencia que reconoce que las normas legales dictadas por los Gobiernos *de facto*, aunque no tienen en su origen legalidad, pues no emanan del Poder Legislativo constitucional, no obstante conforme la doctrina de "Díaz Reynolds, Juan Carlos y otros" **(186)**, "Asociación Argentina de Empleados de la Marina Mercante" **(187)** y "Editora Popular Americana SRL (Diario 'El Mundo') c. Nación" **(188)**, recordó el Sr. procurador general que la integración de la Corte había dicho que la restitución del orden constitucional en el país requiere que los poderes del Estado nacional o de las provincias, en su caso, ratifiquen o desechen explícita o implícitamente los actos de Gobierno *de facto*, inclusive los de remoción de magistrados integrantes del poder judicial [con cita de "Gary, Amado (h)" **(189)** y "Sagasta, José María" **(190)**]. Así, concluyó el razonamiento la Procuración General, la más razonable inteligencia de los preceptos normativos en juego (ley 23.068 y dec. 154/1983) conlleva "la idea de que el legislador ha querido dotar al Gobierno constitucional de tal relevante, legítimo y constitucional derecho de contralor —ratificatorio o rectificatorio— de los actos emanados de las autoridades universitarias del Gobierno *de facto*, posibilitando la normalización de los cuadros docentes cuando esplenda, a criterio de la autoridad, su invalidez manifiesta ante la existencia de vicios descalificantes del acto".

Por último, en "Ángela Digna Balbina Martínez Galván de Rivademar c. Municipalidad de Rosario" **(191)**, el tema central versó sobre la garantía municipal del art. 5°, CN, y el dictamen de la Dra. María Graciela Reiriz del 21 de marzo de 1988 se centró en la interpretación de dicha

(184) Fallos 310:1162 (1987).

(185) Fallos: 310:1045 (1987).

(186) Fallos 286:62 (1973).

(187) Fallos 293:437 (1975).

(188) Fallos 289:177 (1974).

(189) Fallos 306:1035 (1984).

(190) Fallos 241:50 (1958).

(191) Fallos 312:326 (1989).

cláusula constitucional. La Corte manifestó su coincidencia con la Procuración General de la Nación con relación al análisis del régimen del municipio bajo la Const. nacional y la imposibilidad de un criterio uniforme para todo el territorio de la Nación; pero —a diferencia de la Procuración General— sí analizó las normas *de facto* (la ley 9286 de agosto de 1983, y el dec. 1709/1983, ambas de la provincia de Santa Fe) involucradas en el caso. Así, la Corte resolvió revocar la sentencia de la Corte Suprema de la provincia de Santa Fe; y señaló que la validez de las normas y actos emanados del Poder Ejecutivo *de facto* está condicionada a que, explícita o implícitamente, el Gobierno constitucionalmente elegido que lo suceda, la reconozca; y que la restitución del orden constitucional en el país requería que los poderes del Estado nacional o los de las provincias, en su caso, ratifiquen o desechen explícita o implícitamente los actos del Gobierno *de facto* **(192)**. Para la Corte Suprema resultó legítimo que las autoridades municipales constitucionales revisasen los nombramientos efectuados por las *de facto* pues resulta inadmisible que el propio Gobierno *de facto*, mediante una ley de alcance general, convalide las transgresiones cometidas por él mismo mediante el arbitrio de imponer a las autoridades constitucionales futuras la validez de las designaciones efectuadas.

IV.12. La etapa de la Corte ampliada a nueve integrantes; o de la mayoría automática (1990-2003)

Durante este período, que comprende la reforma de 1994, desempeñaron el cargo de procurador general de la Nación, los Dres. Oscar Eduardo Roger (1989-1991), Aldo Luis Montesano Rebón (1991-1992), Oscar Luján Fappiano (1992-1994), Ángel Nicolás Agüero Iturbe (1994-1997) y Nicolás Eduardo Becerra (1997-2004). En la materia objeto del presente trabajo, como veremos seguidamente, se destaca la actuación de la Sra. Subprocuradora General, Dra. María Graciela Reiriz.

La denominada "cuestión militar" no había concluido con el juicio y condena a la Junta Militar, y con las leyes de Punto Final y Obediencia Debida. A pocos días de asumir anticipadamente el mando, el nuevo Poder Ejecutivo remitió el proyecto de ampliación de la Corte de 5 a 9 integrantes. La Acordada 44 del 22 de septiembre de 1989, suscripta por los Sres. ministros Dres. Petracchi, Belluscio, Fayt y Bacqué, respondió a los fundamentos del proyecto de ley enviado por el Poder Ejecutivo nacional; y manifestó la oposición a su ampliación señalando que la independencia y estabilidad judicial constituyen valores que podían verse afectados por cambios bruscos como los buscados, recordando las vicisitudes históricas amargas, prolongadas y reiteradas. Ya había renunciado el Dr. Caballero a fines de ese mismo septiembre de 1989, y la sanción de la ley 23.744 en abril de 1990 provocó la renuncia del Dr. Bacqué, movimientos en el Máximo Tribunal conformaron una mayoría oficialista el seno del Tribunal **(193)**.

El cambio de posición de la Corte con relación a la doctrina *de facto* se produciría en oportunidad de fallarse "Oscar Eduardo Godoy c. Universidad Nacional de La Plata" **(194)**, en el cual se planteó la interpretación de la ley 23.068, la cual había dispuesto las reincorporaciones de aquellos removidos por razones políticas o gremiales de su cargo. El actor, depuesto de su cargo de docente en el año 1974, solicitó la aplicación a su cargo de la norma mencionada. Para la nueva Corte no existía exceso reglamentario en el art. 10 de la ley 23.068 por lo que rechazó el recurso extraordinario. Pero a su turno recordó la doctrina de la propia CS, por la cual los actos de los Gobiernos *de facto* subsisten en los períodos constitucionales siguientes —mientras no sean derogados o revocados— con autoridad y efectividad equivalentes a las que tienen los de los gobernantes *de jure*; y ello porque son válidos desde su origen o bien porque su real efectividad los legitima. Así, el Alto Tribunal señaló que el problema en cuestión —ante algunas afirmaciones contenidas en el dictamen de la Procuración General de la Nación— no tiene contenido ideológico ni debe hacerse depender de valores afectivos, como la adhesión o el repudio al Gobierno *de facto* del que se trate **(195)**. Según la

(192) Cfr. consid. 12°.

(193) SANTIAGO, Alfonso, "La Corte de los nueve (1990-2003)", en AA.VV., Historia de la Corte Suprema Argentina Alfonso Santiago (h) (Dir.), Ed. Marcial Pons, Buenos Aires, 2014, t. III, ps. 1316-1323; y 1333 -1335.

(194) Fallos 313:1621 (1990).

(195) BOHMER (2000) precisa que para la Corte de los 90' los actos de gobiernos *de facto* y *de jure* tienen au-

Corte, correspondía analizar la cuestión teniendo en cuenta, por encima de toda otra consideración, las primarias exigencias de la seguridad jurídica, con cita de "Aída Esther Lopardo Petrucci de Amoroso Copello c. Mario Jorge Amoroso Copello" **(196)**, que se verían gravemente resentidas si de pronto súbitamente perdieran efectividad tuitiva, en todo o en parte, las leyes, los tratados, los decretos o los demás actos sancionados, celebrados o dictados en etapas *de facto*. Para la Corte, finalmente, un ordenamiento que presentara centenares de normas que solo tienen apariencia de tales porque en rigor están viciados de ilegitimidad y subsisten por una especie de condescendencia (discrecional y revocable) de los gobernantes *de jure* —anchas franjas de ajuridicidad— distaría mucho de satisfacer los más elementales requerimientos del Estado de derecho. Ninguna doctrina judicial es defendible si en vez de asegurar el orden público crea el riesgo de un absoluto desorden. Ello comunicaría a todo el sistema político-social una imprevisibilidad y una incerteza que son colindantes con la anarquía.

Se destaca el dictamen de la Dra. María Graciela Reiriz del 26 de septiembre de 1989, que sigue la línea de los dictámenes anteriores de la Procuración General en "Aramayo" y "Dufourq", tal como puede verificarse en el punto precedente, y en el cual se señala con justeza que la validez de los actos de Gobiernos constitucionales firmes y consentidos no pueden desconocerse por vía legislativa. De allí que la interpretación que las reincorporaciones previstas en la ley 23.068 sean solo las cesantías ocurridas con posterioridad al 24 de marzo de 1976 resulte razonable.

IV.13. La etapa de la Corte designada en la era Kirchner (2003-2015)

Durante este período, y ante una Corte renovada como consecuencia del juicio político contra 5 de sus nueve integrantes **(197)**, de la renuncia del Sr. ministro Dr. Augusto C. Belluscio, y reducida a su número original de 5 por el dictado de la ley 26.183, actuaron los Dres. Nicolás Eduardo Becerra (1997-2004), Esteban Righi (2004-2012) y Alejandra Gils Carbó (2012-2017).

En esta etapa, la Corte puso el acento en los derechos no patrimoniales reflejado en su especial preocupación por los delitos de lesa humanidad; calificándosela como un tribunal de numerosas facetas difícil de encasillar en una tendencia unívoca, y que intenta estar a la vanguardia en los derechos humanos pero que cuida sus equilibrios con el poder político **(198)**.

Retomadas las discusiones sobre la actuación de la última etapa *de facto*, lo decidido por la Corte Suprema en las causas "Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros causa 259" **(199)**, "Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. (Poblete) causa 17.768" **(200)** y "Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ rec. de casación e inconstitucionalidad" **(201)** dio impulso nuevamente el análisis de la actuación de los Gobiernos *de facto* —en dichos casos, el correspondiente al denominado Proceso de Reorganización Nacional—, bien que desde el costado del derecho penal, las indemnizaciones reconocidas por el Estado nacional a las víctimas de tales Gobiernos mediante las leyes 24.043, 24.321, 24.436, 24.499 y 24.823; y a la validez constitucional de las Leyes de Obediencia Debida y Punto Final y de Nulidad de estas, a la luz de los Tratados de Derechos Humanos incorporados por la Reforma Constitucional de 1994 y el principio de irretroactividad de la ley penal.

---

toridad y efectividad equivalentes justamente porque la fuente de autoridad normativa que los nuevos ministros reconocen no es otra sino la fuerza (del consenso o la eficacia, es decir, de la capacidad para amenazar o ejercer violencia), dejando de lado la superioridad moral de la forma de gobierno que supone la democracia, conforme lo entendiera la Corte de los '80.

(196) Fallos 243:265 (1959).

(197) Se inició juicio político contra Julio S. Nazareno, Adolfo Vázquez, Guillermo M. A. López, Eduardo Moliné O'Connor y Antonio Boggiano. El proceso culminó con la renuncia de los tres primeros y la destitución de los últimos dos.

(198) Cfr. BIANCHI, Alberto B., "La Corte en la era de los Kirchner (2003-2011)" y "La jurisprudencia de la Corte Suprema en 2012", ambos en AA.VV., Historia de la Corte Suprema Argentina, ob. cit., t. III, ps. 1888 y ss., y p. 1948, respectivamente.

(199) Fallos: 327:3312 (2004).

(200) Fallos: 328:2056 (2005).

(201) Fallos: 330:3248 (2007).

No se tiene conocimiento que la doctrina de los Gobiernos *de facto* haya adquirido nuevas formulaciones por parte de la Corte Suprema, ni por la Procuración General de la Nación en esta etapa.

No obstante ello, un nuevo matiz ha aparecido en estas cuestiones, y es la derivada de la incorporación al texto constitucional del art. 36 como una directa consecuencia de los continuos quiebres institucionales recorridos a lo largo del presente trabajo. Dicha cláusula constitucional, como a su turno lo hizo el art. 29 sancionado en 1853, refleja el pasado político del país **(202)**; y se dirige a la defensa del orden institucional y del sistema democrático, apareciendo allí por vez primera, formalmente enunciada, la democracia como elemento esencial de la forma de Gobierno establecida en la Constitución **(203)**. Así, el art. 36 CN, les quita toda eficacia jurídica a los actos de fuerza contra el orden institucional o el sistema democrático, y los califica de insanablemente nulos. Y, como fuera en su momento la Constitución de 1853, coincido en que dicho art. 36, CN sintetiza el intento —ingenuo quizás— de contener mediante normas jurídicas los hechos de fuerza directa o indirecta contra el orden institucional, así como la dinámica de la violencia política, y la necesidad de componer con reglas normativas, los conflictos ideológicos **(204)**.

En dicho marco, entonces, sí interesa destacar la opinión de la Procuración General de la Nación en "Bussi, Antonio Domingo c. Estado Nacional (Congreso de la Nación - Cámara de Diputados) s/ incorporación a la Cámara de Diputados" **(205)**, en lo que podría calificarse una extensión en lo que importa la actuación en un Gobierno *de facto* respecto de la Constitución. En efecto, para la Procuración General de la Nación los funcionarios actuantes en un Gobierno *de facto* —y más allá de lo reseñado a lo largo del presente sobre la validez de sus actos— se encuentran tachados de inidóneos éticamente, pues su actuación no evidencia un claro compromiso con la defensa de las instituciones democráticas y los derechos fundamentales, a tenor del art. 36 de la Constitución nacional. Así, en su dictamen la Procuración da cuenta de que la ley 23.077, luego del retorno a la democracia, reforzó el precepto del art. 29 de la Const. nacional; y propuso como disvalor el hecho de ejercer funciones como miembro de alguno de los tres Poderes del Estado durante un Gobierno *de facto*, pues la ley presume que en ese supuesto se consienten las conductas de quienes usurparen el poder ilegítimamente, es decir, los propios autores de la rebelión. De ese modo, la Procuración General indica que el art. 36, CN torna explícita y vigoriza una pauta ética, que fue aplicada correctamente por la Cámara de Diputados de la Nación en ejercicio de sus potestades constitucionales, pues dicha idoneidad física, técnica y moral de los electos —además de los requisitos de ciudadanía, edad y residencia— integra el "debido proceso electoral", garantía innominada de la democracia representativa.

(202) GELLI, María Angélica, "Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, 4ª ed. ampliada y actualizada, p. 509.

(203) GARCÍA LEMA, Alberto M. "Comentario al artículo 36 de la Constitución" en AA.VV., Nuevos Derechos y Garantías, Alberto R. DALLA VÍA y Alberto M. GARCÍA LEMA (dirs.), Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2008, p. 101.

(204) GELLI (2015), ps. 509 y 511. Amplía la autora que dicha norma recoge el espíritu del art. 27 del proyecto de Alberdi, que la Constitución Nacional no hizo suya y los objetivos que a su turno llevaron a la sanción de la ley 23.077 de Protección del orden constitucional y la vida democrática. Condena los hechos de fuerza contra el orden institucional o el sistema democrático, pero no los restantes actos del Estado dictados por las autoridades *de facto* que serán nulos o anulables según el caso, y si se diere el caso un gobierno constitucional deberá enfrentarse a resolver los problemas de continuidad del orden jurídico o incumplir la constitución (p. 511). Para Manili, ante el silencio mencionado, si el acto que originó el acceso al poder es nulo, también será nulo el ejercicio del poder que ellos hicieron, por aplicación del principio general de derecho en materia de nulidad conforme la opinión de Marienhoff ("Tratado de Derecho Administrativo", t. II, ps. 632 y ss.) (cfr. "Los Gobiernos de 'de facto' y las normas por ellos, dictadas. Evolución de su tratamiento jurisprudencial y su nulidad constitucional", en Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial, Daniel SABSAY [dir.] — Pablo L. MANILI [coord.], Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2010, p. 40).

(205) Fallos: 330:3160 (2007). Ver en CASSAGNE, Juan Carlos, "Derecho Administrativo", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aíres, 2009, t. II, ps. 164-166 el antecedente de Fallos 324:3358 (2001) por el cual la Corte Suprema desecha la aplicación de la doctrina de los actos institucionales no justiciables.

Cabe destacar que en la causa "Bussi" la Corte Suprema resolvería declarar inoficioso todo pronunciamiento de la Corte Suprema sobre el planteo referido a la validez de las decisiones de la Cámara de Diputados de la Nación que rechazaron la pretensión del diputado electo de incorporarse como miembro de dicho cuerpo. Sin embargo, y sobre la base de un interés institucional subsistente en dos aspectos: (i) el resguardo de la soberanía del pueblo y la expresión de su voluntad y (ii) en la posibilidad de repetición del acto, el voto mayoritario de la Corte Suprema justificaría señalar que si la decisión de la Cámara de Diputados de rechazar el título de diputado nacional fue tomada sobre la base de hechos anteriores al proceso electoral sobre los que no hubo impugnación, importó una actuación fuera de su competencia. Ello, toda vez que cuando la Constitución, en su art. 48, regula los requisitos necesarios para ser diputado de la Nación no requiere la idoneidad, ni calidades morales por lo que la Cámara, como juez, no puede agregar nuevos requerimientos que la Constitución no contempla; pero aun cuando se sostuviera que la idoneidad es un requisito para los cargos electivos, no sería la Cámara sino el Pueblo de la Nación el juez de esa calidad. En ese sentido, entonces, señalaría la Mayoría de la Corte Suprema que los graves hechos que se imputan al diputado electo deben ser motivo de un proceso judicial, porque todos los ciudadanos tienen la garantía del debido proceso, no hay una incapacidad de derecho para las personas que hayan tenido una actuación histórica determinada, ya que, el impedimento deviene, necesariamente, de una condena judicial por un delito. La disidencia suscripta por los Sres. ministros Dres. Highton de Nolasco y Petracchi remitiría al dictamen de la Procuración General de la Nación.

En la causa "Patti, Luis Abelardo" **(206)**, la Procuración General de la Nación destacó la autoridad moral indiscutible para todos los magistrados del organismo de la posición detallada, señalando que la Procuración posee "organización jerárquica" y "unidad de actuación" (art. 1º, ley 24.946), más allá de la opinión de quien suscribiera el dictamen y de recomendar a la Corte Suprema rechazar el recurso extraordinario presentado por la Cámara de Diputados de la Nación conforme —a esa fecha— novísima doctrina de la CSJN en *Bussi*.

IV.14. La etapa de la Corte en el gobierno de Macri (2014-2019)

A raíz de las renuncias de los Sres. ministros Dres. Raúl Zaffaroni y Carlos Santiago Fayt, con efectos a partir del 31 y 11 de diciembre de 2014, respectivamente, y designados que fueron los Sres. ministros Dres. Horacio Rosatti y Carlos Fernando Rosenkrantz, continuó actuando la Dra. Gils Carbó hasta su renuncia con efectos de partir del 31 de diciembre de 2017. El Dr. Eduardo Casal se encuentra interinamente a cargo de la Procuración General desde esa fecha.

José Ángel Paolino se había desempeñado como secretario de Estado en el Ministerio de Cultura y Educación de la Nación entre noviembre de 1978 y marzo de 1981, y oportunamente requirió su jubilación, que fue otorgada en el marco de la ley especial 21.121. Luego, la ley 26.475 dispondría la extinción de ese beneficio especial, lo cual motivó que el Sr. Paolino iniciara una acción de amparo para declarar inconstitucional dicha norma. En "Paolino, José Ángel c. ANSeS s/ amparo", con fecha 27 de mayo de 2015, la Procuración General de la Nación señaló que la gratificación extraordinaria que le fuera otorgado por autoridades *de facto* padece de una ilegitimidad en la causa pues se trató de un reconocimiento al mérito a quien fue designado por autoridades *de facto* para desempeñar un cargo jerárquico en la estructura central de ese Gobierno. Para la Procuración General, "la ilegitimidad del derecho invocado, que fuera concedido por autoridades *de facto*, afecta la causa de ese beneficio extraordinario otorgado a José Ángel Paolino. No puede obviarse que configura un contrasentido otorgarle un reconocimiento al mérito a quien conformó un gobierno que usurpó el poder a las autoridades democráticas y que cometió graves violaciones a los derechos humanos". En ese sentido, la Procuración recordó su dictamen en "Gamberale de Mansur, María Eugenia c. UNR. s/ nulidad de resolución" **(207)**, sobre la constitucionalidad de las anulaciones de las confirmaciones de profesores universitarios y los beneficios de estabilidad

(206) Fallos: 331:549 (2008).

(207) Fallos: 312:435 (1989).

en el cargo dispuestas por la ley 23.115, y que derogara la ley *de facto* 21.536. En dicha oportunidad, la Procuración había señalado que "no reconocerle al gobierno de la Constitución la potestad legal de anular, la vigencia de los efectos pendientes de los actos del gobierno *de facto* implicaría, por lo pronto, limitarlo nocivamente en el logro de la consolidación del sistema democrático y, además, significaría otorgarle —a los actos del poder de hecho— la plenitud de los atributos solo razonablemente atribuibles, de por sí, a los actos legítimos del poder *de jure* [...]. Por ello, en nada obsta a que, mediando razones superiores de política legislativa, el restaurado gobierno constitucional pueda anular la vigencia de sus efectos pendientes...", y así lo cita nuevamente en el año 2015.

A la fecha del presente trabajo, no se tiene conocimiento que la Corte Suprema de Justicia de la Nación se haya pronunciado sobre este caso.

V. Conclusiones

En el punto I del presente se planteó el objetivo inicial del trabajo, v.gr., analizar la posición del Ministerio Público Fiscal —a través de la Procuración General de la Nación— con relación a la denominada "doctrina de los gobiernos *de facto*" y las normas emitidas durante la vigencia de estos.

En esta instancia del trabajo, resulta pertinente aclarar que no es materia de este trabajo evadir el reconocimiento de los aciertos de la CS —y de la Procuración General de la Nación— durante los Gobiernos *de facto* para intentar encarrilar en los cauces constitucionales al ejercicio del poder durante estos **(208)**, y muchos menos no considerar que recién a partir de la reforma de 1994 se vislumbra a la Procuración General de la Nación como una autoridad de la Nación. Aclarar estas dos cuestiones permite valorar el trabajo desde una perspectiva histórica, con los diferentes matices que cada una de las épocas ha presentado a lo largo de la historia.

Habiéndose comprobado que la Procuración General de la Nación ha seguido la misma doctrina jurídica que la Corte Suprema en lo que se refiere a la aplicación de la doctrina *de facto*, podría concluirse también para la Procuración General de la Nación —en líneas generales y dicho para la Corte Suprema— que se ha verificado una tendencia permisiva, con un control tímido, en lo que se refiere al control de constitucionalidad de la actuación de los órganos de Gobierno durante el primer siglo de historia de la CS, aunque van limitándose y desapareciendo en parte la no justiciabilidad de determinados actos de los poderes públicos que en de modo creciente y en número son revisados en sede judicial **(209)**.

En términos generales, pero específicos para los Gobiernos *de facto*, también podría replicarse a la Procuración la presente afirmación destinada originariamente a la Corte, en tanto "...a lo largo de su bien conocida doctrina sobre los Gobiernos *de facto* ha rehusado ejercitar control alguno sobre la decisión política de interrumpir el orden constitucional. En general se ha limitado, con energías decrecientes a partir de 1948, a revisar actos individuales llevados a cabo por los gobiernos militares" **(210)**.

Efectuado un repaso de los dictámenes disponibles de la Procuración General de la Nación, y su relación con los fallos de la CS más trascedentes en cada período, exclusivamente con relación a la materia elegida, y considerando la existencia de una opinión separada e independiente del fallo de la Corte, y la referencia a la Constitución nacional como fuente de un Gobierno legítimo, es posible formular las siguientes conclusiones:

a. Se registra una intervención discontinua e irregular por parte de la Procuración General de

(208) Ver con relación a este punto los casos citados en SANTIAGO, Alfonso, "Conclusiones Finales", en AA.VV., Historia de la Corte Suprema Argentina, ob. cit., t. III, ps. 2004-2006.

(209) SANTIAGO, Alfonso, "Conclusiones Finales", en AA.VV., Historia de la Corte Suprema Argentina, ob. cit., t. III, ps. 1996-1997. En la reflexión general final, señala el autor que "... un rápido racconto de los principales fallos institucionales nos muestra un cierto predominio de decisiones de la Corte Suprema en las que se evadió el control político, se lo limitó y se convalidaron las actuaciones de los demás órganos de gobierno".

(210) BIANCHI, Alberto B., "Control de Constitucionalidad", Ed. Ábaco, Buenos Aires, 2002, 2ª ed. actualizada, reestructurada y aumentada, t. 2, p. 212.

la Nación, hasta que en 1923 el Dr. Horacio Rodríguez Larreta comienza el ejercicio del cargo (cfr. sección IV.3.).

b. Es llamativo —aunque comprensible desde una perspectiva histórica— el hecho de la firma conjunta del Sr. procurador general de la Nación en las Acordadas que validan los quiebres institucionales de los años 1930, 1943, 1955, 1962 (cfr. secciones IV.4, IV.6 y IV.7.). En este último caso, podría llegar a justificarse el acto por la solución encontrada en el marco de la ley de acefalía. Pareciera que en los años 1966 y 1973 (ver sección IV.8.), al removerse a la totalidad de los integrantes de la Corte, y del cargo de procurador general de la Nación, no fue necesario el dictado de Acordada alguna.

c. Algunos dictámenes reseñados, como los suscriptos por los Sres. procuradores generales Dres. Horacio Rodríguez Larreta y Juan Álvarez (sección IV.4.), Sebastián Soler (sección IV.6.) y Eduardo Marquardt (sección IV.8) no evidencian un apego estricto a la CN y la promoción de la actuación judicial en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad.

d. Por resultar el antecedente argumental de la posterior justificación del accionar del Proceso de Reorganización Nacional de 1976 a 1983, puede entenderse que resulta reprochable el razonamiento del dictamen del Dr. Sebastián Soler del 14 de noviembre de 1957 en "Manuel Ortiz" **(211)**, en el cual se afirma que en tanto la Nación no se encuentra en un estado de absoluta normalidad, hasta que se restablezca el juego ordinario de las instituciones, la posición del Gobierno no es la de un Gobierno constitucional, como tampoco lo es la de los medios por los cuales los partidarios del régimen depuesto tratan de volver al poder ya que, no son los que usa la oposición dentro de un sistema constitucional.

e. Por brindar soluciones ingeniosas, independientes e imparciales en contextos complejos, se enaltecen las opiniones de los Sres. procuradores generales Dres. Lascano ["José María Sagasta", sección IV.7., y por estar indirectamente relacionados con los Gobiernos *de facto*, aunque en materia de recurso extraordinario, "Jorge Antonio" **(212)**]; y Guastavino ("Ercoli" y "Lokman", sección IV.10).

f. Por su independencia y autonomía de criterio respecto de la equivalencia de normas resuelta por la Corte, se pone de resalto la opinión de la Dra. Reiriz en "Godoy" (sección IV.12.).

g. Se esté acuerdo o no con lo resuelto por la Corte, la opinión de la Procuración General de la Nación en "Bussi" merece ser considerada de modo particular, y corresponderá prestar atención a la evolución futura de la posición de la Institución al respecto.

A la luz de la muestra relevada, puede verificarse que la Corte Suprema recurre a la misma lógica que la Acordada del 10 de septiembre de 1930: legitima el poder *de facto*, por afuera de la CN, pero a la vez se autolegitima y reserva la potestad —discrecional, arbitraria y por afuera de la propia CN también— de realizar el control de constitucionalidad de los actos de los otros poderes, lo cual es cierto que se realiza en algunos casos puntuales.

Así las cosas, la afirmación de la Corte Suprema —y el acompañamiento simultáneo de la Procuración General de la Nación— solo se entiende desde la autoconcepción de un Poder Judicial, más que como poder del Estado, como una suerte de conciliador de los restantes poderes, como si estuviese en una categoría menor, pero no como poder en sí mismo. Basta destacar, en este sentido, las diversas reiteraciones del Senador Zapata en el debate de la ley 182 **(213)** para describir a la justicia federal como un moderador poderoso y constante, pero modesto e inofensivo, y oculto de los restantes poderes del Estado; una gran rueda gubernamental, con un inmenso poder político, pero cuidándose de no alarmar a los restantes legisladores de reconocer abiertamente su calidad

(211) Fallos 240:228 (1958).

(212) Fallos 248:189 (1960).

(213) Ley 182 del 28 de agosto de 1958. El sitio Infoleg informa que la numeración corresponde a las leyes números 1 a 292 sancionadas por el Honorable Congreso Nacional instalado en la ciudad de Paraná, Capital provisoria de la Confederación Argentina durante los años 1854 a 1861, según clasificación indicada en las compilaciones de leyes nacionales realizadas por Augusto Da Rocha y José Giustinian. publicada en el Registro Nacional, t. IV, 1857-1862, p. 147.

de poder independiente y posible limitador de los restantes poderes en el ejercicio de su poder jurídico y último intérprete de la CN. En tal sentido, bajo el argumento de que solo podía pronunciarse en un caso concreto y a instancia de parte, se señalaba que los tribunales federales (y la Corte, como cabeza del Poder Judicial de la Nación) no han de entrar jamás en lucha con los poderes ejecutivo y legislativo, ni aun erigirse en censores de estos **(214)**.

En el caso de la Procuración General de la Nación, el criterio esbozado ante la Corte, respecto de la materia elegida, podría entenderse en virtud de la imprecisión legislativa y la falta de una posición institucional firme y asentada tal como fuera sugerido en el punto II del presente.

Más allá de lo señalado en los acáps. a./g. precedentes, si se tuviera que sintetizar en términos generales cómo ejerció la Procuración General su rol ante los Gobiernos *de facto*, y las normas por ellos emitidos, bien podría concluirse que consistió en dar un sustento adicional a la decisión de la Corte de dar cobertura formal al hecho fáctico de la revolución **(215)**.

En otros términos, la Procuración General de la Nación contribuyó a dar, a los Gobiernos *de facto*, la apariencia de legalidad de la cual carecían en su origen. Ello, puede verificarse en tres de todos los dictámenes citados en el presente trabajo: (i) "Hipólito Yrigoyen" **(216)**, en el cual el Dr. Rodríguez Larreta —además de la solución procesal— lleva la cuestión argumental al hecho de la revolución, y la pérdida de la investidura presidencial por Yrigoyen; (ii) "Juan Domingo Perón" **(217)**, en donde el Dr. Sebastián Soler señaló que ningún magistrado de los tribunales posrevolucionarios podría dejar de tener a la Revolución del '55 presente, sin negar al mismo tiempo la legitimidad del título en cuya virtud administra justicia; y (iii) "Ricardo H. Molinas" **(218)**, en el cual el Dr. Eduardo H. Marquardt señala que el verdadero alcance del caso es más amplio, y analiza la cuestión de los bienes del Partido Demócrata desde los fines de la Revolución Argentina.

Así, aunque formulada la afirmación para los jueces, es posible concluir, con Nino, en que, para la Procuración General de la Nación y sus dictámenes en materia de Gobierno *de facto* y sus normas, "...no jugaron un papel importante para preservar la desconcentración del poder, indispensable en una democracia liberal, y para evitar los desbordes de ese poder centralizado en desmedro de los derechos fundamentales" **(219)**.

Bien podría, y debería ciertamente, finalizar este punto con las presentes conclusiones; ello dejaría un sabor amargo respecto del resultado preponderante emergente de la verificación realizada. No obstante ello, se eligen las expresiones del dictamen del Sr. procurador general ante la Primera Corte, Dr. Sabiniano Kier, del 28 de agosto de 1893 en "Joaquín M. Cullen, por el Gobierno Provisorio de la Provincia de Santa Fe c. Baldomero Llerena, s/ inconstitucionalidad de la ley nacional de Intervención en la Provincia de Santa Fe y nulidad" **(220)**. Allí, al negarle al Gobierno de hecho la representación invocada de la provincia, señalaba el entonces, procurador general que "una revolución puede proclamar los más grandes ideales; puede llegar a realizarlos también. Pero mientras proceda solo de hecho, aun con el esfuerzo de sus armas, aun con el prestigio de sus victorias, dentro de la constitución, no es más que un hecho sin consecuencias inmediatas, en cuanto al régimen constitutivo de gobierno" **(221)**.

(214) Ver debate parlamentario en la Cámara de Senadores del Congreso Federal de Paraná del 18 de agosto de 1857; en especial, el Informe del Senador Zapata (p. 223), que luego finalizara con la aprobación en general unánime; y el debate de los arts. 2º y 3º (ps. 225 y 227).

(215) Cfr. BIANCHI, Alberto B., "La separación de poderes: un estudio desde el derecho comparado", Ed. Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2019; p. 286, al analizar el modelo argentino de la separación de los poderes, y la reacción de la Corte Suprema ante los gobiernos *de facto.*

(216) Fallos 162:133 (1931).

(217) Fallos 238:76 (1957).

(218) Fallos 270:367 (1968).

(219) Cfr. NINO, Carlos S., "Fundamentos de Derecho Constitucional", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2005, 3ª reimp., p. 554.

(220) Fallos 53:420 (1893).

(221) Respecto de la cita de "Baldomero Martínez y Manuel Otero", Fallos 2:127 (1865), antecedente primero de la doctrina *de facto,* el Dr. Kier señalaba que en la causa no se discutía si la revolución representaba la Pro-

VI. ¿Existe alguna proyección actual del tema?

El objeto específico del trabajo ha sido cumplido, y las conclusiones expresadas en el punto V precedente son elocuentes en cuanto a (i) una intervención errática por parte de la Procuración General de la Nación en los diversos casos; y (ii) un acompañamiento simbiótico de la Procuración General de la Nación con la Corte Suprema a la hora de opinar sobre la doctrina de los Gobiernos *de facto* y sus normas. En ambas cuestiones ciertamente ha jugado un rol preponderante que la suerte de la Procuración General se haya visto atada a la historia de la Corte Suprema en esta materia.

Esa carencia de concepción clara sobre su rol, según se ha visto, cobra relevancia en materia de doctrina *de facto* pues, como se ha señalado con precisión quirúrgica, el reconocimiento de los Gobiernos *de facto* es la máxima expresión del sentido de ajuridicidad en nuestra vida pública **(222)**.

En esta instancia, el lector recordará que pedir, al órgano encargado de velar por los intereses generales del país y los derechos de sus ciudadanos, que se pronuncie sobre los Gobiernos *de facto*, rememora a la consulta que los señores X, Y y Z —militares de muy alto rango— le formularan al doctor K, tal como nos enseñara Carrió. Con un programa popular que les aseguraría el consenso de la gran mayoría de la población, la consulta efectuada consistía en saber si: (i) de acuerdo con el derecho vigente en el país poseían atribuciones para sustituir al Gobierno por uno nuevo y (ii) si tenían atribuciones para reformar una serie de cláusulas de la Constitución nacional (CN) para que el mentado programa popular tuviera éxito. Finalmente, el jurista consultado cayó en la cuenta de que una pregunta que no admite respuesta sensata es una pregunta insensata, y que a ellas hay que rechazarlas, como única actitud a adoptar **(223)**; pues, "la validez de las normas creadas revolucionariamente está dada por la competencia inalienable e infinita de que goza el titular de ese poder o en que ese poder esencialmente consiste. Pero el titular de ese poder no goza de él porque haya una norma o un conjunto de normas que previamente se lo han conferido; goza de él porque puede llevar a la práctica lo que quiere. Esto es, porque es de hecho capaz de adoptar decisiones a la vez globales y concretas acerca de los modos de existencia de la comunidad política" **(224)**.

Desde ese punto de vista, la situación hoy es sustancialmente diferente pues no se vislumbra una revolución del tenor de los acaecidos en el pasado; desde hace 36 años ininterrumpidos no se configura una "ficción constitucional" derivada de las rupturas de la continuidad constitucional como las ocurridas en tiempos pasados. No hay dudas que las autoridades han accedido al poder en forma legítima y según los procedimientos constitucionalmente previstos.

Sin embargo, todavía —tal lo señalado por Nino en 1992— "no hay garantías absolutas de que los argentinos nos hayamos librado de la tendencia autodestructiva hacia la ajuridicidad que nos tiene atrapados desde el comienzo de nuestra vida como nación independiente" **(225)**.

---

vincia o Estado, ante la jurisdicción originaria de la Corte Suprema, pues se trataba solamente de un asunto entre partes, de carácter privado, de cobro ejecutivo de pesos. El gobernador de Buenos Aires y general en jefe de su ejército solo fue autoridad competente para conocer y decidir en esa clase asuntos, y se absolvía al demandado de la ejecución de esa clase asuntos. Ya que, entre la guerra entre Buenos Aires y la Confederación, y las revoluciones producidas dentro del régimen actual, existen barreras constitucionales infranqueables. Distancias inaccesibles, entre reconocer a una revolución la facultad de representar una provincia ligada a la Nación por los vínculos de la CN; y el reconocimiento de la facultad del ejecutivo de un estado independiente y la autoridad nacional existente entonces, para resolver el pago de letras de aduana.

(222) NINO, Carlos S., "Fundamentos de Derecho Constitucional", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2005, 3ª reimp., p. 124.

(223) CARRIÓ, Genaro R., "Notas sobe derecho y lenguaje", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1986, 3ª ed. aumentada, p. 244.

(224) CARRIÓ, ob. cit. p. 250. No en vano, una vez consumada su rebelión, Jack Cade propondría que sería delito beber cerveza de poca monta (cfr. SHAKESPEARE, William, "Enrique IV", McMillan, Complete Works, Basingtoke, 2007, p. 12).

(225) NINO, Carlos S., "Un país al margen de la ley", Ed. Emecé, Buenos Aires, 1992, p. 73.

Los hechos políticos se desarrollan y el ejercicio del poder choca inevitablemente con las normas constitucionales y legales que lo limitan. Bastará a estos efectos, puntualizar los no tan lejanos cimbronazos institucionales en los que se ha visto envuelta la Procuración General de la Nación. Específicamente, me refiero a la siguiente secuencia de hechos: la renuncia del Dr. Esteban Righi el 10 de abril de 2012, la candidatura propiciada por el Poder Ejecutivo del Dr. Daniel Reposo rechazada por el Senado de la Nación, la designación de la Dra. Alejandra Gils Carbó con fecha 29 de agosto 2012, el envío por parte del Poder Ejecutivo —y su sanción por el Poder Legislativo— de las leyes denominadas de "Democratización de la Justicia" (Reforma del Consejo de la Magistratura 26.855, Ingreso democrático al Poder Judicial y al Ministerio Público Fiscal 26.861, publicidad de los actos del Poder Judicial 26.856, creación de las Cámaras de Casación 26.853, publicidad y acceso directo a las Declaraciones Juradas 26.857 y de Medidas Cautelares contra el Estado 26.854), la renuncia de la Dra. Gils Carbó en diciembre de 2017 y la falta de designación expresa del procurador desde entonces, interinamente a cargo del Dr. Eduardo Casal **(226)**.

Considerando que el estudio racional del derecho es en gran parte un estudio de historia **(227)**, la verificación de cómo ha actuado la Procuración General de la Nación —y su rol institucional— ante dichos largos instantes de anormalidad constitucional podría ayudarnos a entender el presente de dicha Autoridad de la Nación, y proyectar qué caracteres esta debería tener en el marco de la democracia constitucional argentina.

A pesar de las normas constitucionales (arts. 29, 36 y 109) que pretenden proteger muy específicamente a la separación de poderes, señala Bianchi que el modelo argentino de separación de poderes es de una gran flexibilidad y la práctica nos ha llevado por otros caminos. Agrega dicho autor que la CS ha empleado un modelo dual: muy flexible para juzgar sobre las facultades legislativas y administrativas, aun con funciones superpuestas con las judiciales; y formal cuando se abstiene de invadir las funciones de los otros poderes **(228)**.

Así, en el escenario actual que tiene en el centro de la escena a la Procuración General de la Nación, una vez más estamos ante el choque del aspecto normativo señalado en el párrafo anterior, combinado con el art. 120 de la Constitución nacional, y el decisionismo de establecer un esquema que acentúe la concentración de poder con el riesgo que ello siempre supone para las libertades individuales.

Tal disyuntiva es la muestra cabal que la separación de poderes ha ensanchado considerablemente su campo de acción **(229)**, y que aun en tiempos de estabilidad democrática es necesario optar entre la Constitución nacional y sus principios basales o el poder ilimitado y la fuerza de los hechos.

(226) Al momento de revisar el manuscrito, se registran expresas manifestaciones de interés del partido oficialista de iniciar juicio político al Dr. Casal, y los proyectos de ley presentados para modificar el régimen legal de la Procuración General de la Nación con una manifiesta afectación a la independencia de dicho cuerpo orgánico.

(227) HOLMES, Oliver W., "La senda del derecho", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1975, p. 35.

(228) BIANCHI, Alberto B., "La separación de poderes: un estudio desde el derecho comparado", Ed. Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2019, ps. 358 y 362.

(229) CASSAGNE, Juan Carlos, "Los grandes principios del Derecho Público Constitucional y Administrativo", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, p. 146.

El control del Congreso sobre los decretos de necesidad y urgencia

El plazo para que las Cámaras se pronuncien

Daniel Horacio Aquino

Sumario: I. Exordio.— II. La reforma y los decretos de necesidad y urgencia.— III. El plazo para que las Cámaras se pronuncien.— IV. Vencimiento del plazo y presunción de inconstitucionalidad.— V. Conclusiones.

I. Exordio

Con la reforma de 1994 se incorporó a la Constitución Nacional (CN) la potestad del presidente para emitir disposiciones de carácter legislativo, dando así por terminada la discusión doctrinaria sobre la constitucionalidad de tal práctica política. No obstante, como consecuencia del texto dado al inc. 3 del art. 99, el debate continuó en torno a varios aspectos del instituto, entre los que podemos enunciar —a título ejemplificativo para evitar una casuística inagotable—, la amplitud de la potestad del presidente, los requisitos que habilitan al dictado de las normas de urgencia, la vigencia de tales normas antes de la sanción de la ley especial que reglara el trámite de control del Congreso, los alcances de la intervención y el plazo para que las Cámaras se pronuncien sobre los decretos de necesidad y urgencia (DNU); aspecto sobre el que versa este trabajo y en el que la sanción de la ley 26.122 no produjo innovaciones con respecto al texto constitucional.

En dicho contexto expondremos, y en el marco de un análisis general de los DNU, una interpretación del último párrafo del art. 99, inc. 3 de la CN, que concluye en que el plazo en el que las Cámaras deben pronunciarse por la aprobación o rechazo fenece con la primera sesión que cada una de ellas celebre con posterioridad a que el decreto esté en condiciones de ser sometido al control, de acuerdo a los arts. 19 y 20 de la ley 26.122. Sostenemos también que, fenecido el plazo sin que las Cámaras del Congreso se pronuncien, el DNU es portador de una presunción de inconstitucionalidad.

II. La reforma y los decretos de necesidad y urgencia

II.1. Ampliación de las atribuciones del Poder Ejecutivo. Impacto en la doctrina y jurisprudencia

La incorporación al texto constitucional de la competencia del presidente para emitir DNU, incursionando en materias que ordinariamente corresponden al Congreso, ha ampliado su aptitud de producción normativa, de modo que, aun cuando tal potestad fuera ejercida dentro de estrictos límites de razonabilidad, el declarado propósito de corregir el denominado "hiperpresidencialismo" por parte de los autores del "Núcleo de Coincidencias Básicas" (NCB) que se plasmara en la ley 24.309 y por parte de los Convencionales Constituyentes en sus exposiciones en las sesiones de la Convención, aparece hoy más como una proclama que como norma o principio del orden jurídico argentino, contribuyendo en gran medida a este resultado —contrario a los fundamentos de la reforma—

el texto dado al inc. 3 del art. 99 de la CN, particularmente en los párrafos 3ro. y 4to.

Si bien, advertida la frustración en este punto de los fines propuestos en el NCB, diversas son las objeciones que a la norma analizada pueden formularse, el objeto de este trabajo se circunscribe al cuarto y último párrafo del inc. 3 del art. 99 de la CN, en el que, apartándose de antecedentes del derecho comparado que, en algunos casos, fueron citados en los debates de la Convención Constituyente **(1)**, se delegó en el Congreso la definición de aspectos trascendentes de los límites de la competencia del poder ejecutivo para dictar decretos con sustancia de ley. Nada se dispuso en el texto constitucional sobre la forma jurídica en que deben expresarse las Cámaras, qué efectos produce el decreto antes de su tratamiento y aprobación o rechazo, ni cómo debe procederse cuando el decreto se dicta fuera del período de sesiones del Congreso. Tampoco se previó expresamente el plazo en que las Cámaras deben pronunciarse, los efectos del silencio, y los efectos que el rechazo produce **(2)**.

En el último párrafo del inc. 3° del art. 99 de la CN aparece la mínima regulación sobre el procedimiento que debe seguirse luego de dictado un DNU, disponiéndose que el jefe de Gabinete, dentro de los diez días y personalmente, deberá someterlo a consideración de la CBP, que tendrá una integración que respete las proporciones de las representaciones políticas de cada Cámara. La Comisión, dentro de los diez días de recibido el DNU, debe elevar el dictamen al plenario de cada Cámara para su "expreso tratamiento", el que "de inmediato" deberá ser considerado. Finaliza el inciso prescribiendo que una ley especial, sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara del Congreso regulará el trámite y los alcances de la intervención del Poder Legislativo.

En la interpretación de los alcances del art. 99, inc. 3, las divergencias de criterios fueron y son profundas. A tal punto lo son que puede afirmarse que, según se siga a unos u otros exponentes de las doctrinas elaboradas a partir de la reforma, podrá concluirse que si bien esta receptó en el texto constitucional una práctica política ejercida por el Poder Ejecutivo desde los albores de la organización constitucional del país, no modificó el sistema republicano de gobierno, la doctrina de separación de poderes y el reparto de competencias y equilibrio entre los departamentos del Estado **(3)**; o, por el contrario, que se produjo una modificación sustancial en el reparto de las competencias entre el Congreso y el presidente, por lo que este comparte con aquel la función de elaborar normas generales con sustancia de ley, habiéndose suprimido la rigidez en la separación de las funciones, lo que otorga al ejecutivo potestades legislativas más amplias, con las que puede incluso actuar como estimulador de la labor legislativa del

(1) "El régimen de los decretos de necesidad y urgencia que adoptamos, es el sistema español, no es el llamado sistema Bauzá. Es cierto que discutimos mucho acerca de cuál de los dos sistemas íbamos a adoptar, si el español o el italiano...". (Exposición del Senador Augusto Alasino, Diario de Sesiones de la Convención Constituyente de 1994, p. 2687).

(2) Las medidas provisionales con fuerza de ley de la Constitución de Italia deben presentarse el mismo día de su dictado a las Cámaras del Parlamento, que deben reunirse dentro de los cinco días, y si no es convertida en ley dentro de los sesenta días de su publicación, pierden vigencia ex tung. (art 77, Constitución de la República Italiana). Los decretos leyes de la Constitución del Reino de España, deben ser inmediatamente sometidos a votación y debate del Congreso de Diputados, que debe ser convocado especialmente si no estuviera en sesiones, y pronunciarse por su convalidación o derogación en el plazo de treinta días (art 86). La Constitución de la República Federativa de Brasil dispone que las medidas provisionales con fuerza de ley deben ser sometidas de inmediato al Congreso, que si está en receso debe ser convocado extraordinariamente a reunirse en el plazo de cinco días. Las medidas provisionales pierden eficacia, desde su adopción, si no son convertidas en ley en el plazo de treinta días, contados a partir de su publicación (art 62).

(3) "Que los constituyentes de 1994 no han eliminado el sistema de separación de las funciones del gobierno, que constituye uno de los contenidos esenciales de la forma republicana prevista en el artículo 1° de la Constitución Nacional. En este sentido, los arts. 23, 76 y 99 revelan la preocupación del poder constituyente por mantener intangible como principio un esquema que, si bien completado con la doctrina de los controles recíprocos que los diversos órganos se ejercen, constituye uno de los pilares de la organización de la Nación, por cuanto previene los abusos gestado por la concentración del poder. Considérese que la reforma fue fruto de una voluntad tendiente a lograr, entre otros objetivos, la atenuación del sistema presidencialista, el fortalecimiento del rol del Congreso y la mayor independencia del Poder Judicial" ("Verrocchi", Fallos 322:1726, considerando 7° del voto mayoritario).

Congreso **(4)**. Nos inclinamos por la primera de las posiciones expuestas, lo que está en línea con lo dispuesto en el segundo párrafo del inc. 3 del art 99 y responde a los objetivos propuestos con la reforma y expresados en el NCB.

Como ocurre de ordinario en situaciones análogas, en medio de las posturas que podemos ubicar en los extremos hay autores cuyas opiniones tienen elementos de ambas posiciones extremas **(5)**, pero con matices que concluyen en diferencias sobre el alcance de la potestad del presidente para dictar DNU. También, y como lógica derivación de la posición asumida con respecto a lo expuesto, la discusión doctrinaria se extendió a la amplitud del control que el Poder Judicial puede ejercer sobre tales normas.

Para quienes el inc. 3 del art. 99 de la CN ha convertido al presidente en un legislador que con su sola voluntad puede tomar la iniciativa de incursionar en materia que en principio es competencia del Congreso, estimulando su actuación posterior ante cualquier dificultad que pudiera tener el trámite de un proyecto de ley que considere de trascendencia para el gobierno, el análisis de los presupuestos para la el dictado del DNU —esto es, la verificación de la existencia de la necesidad y urgencia— está fuera de la competencia de los jueces **(6)**.

En cambio, para otra vertiente de la doctrina —a la que adherimos— la existencia de los presupuestos enunciados en la primera parte del tercer párrafo del inc. 3 del art. 99 de la CN, que habilitan al presidente para dictar disposiciones de carácter legislativo, es materia sujeta a control judicial, así como también lo es el avance sobre las materias vedadas por el texto constitucional, la razonabilidad de los medios empleados para atender la situación de necesidad y urgencia invocada para dictar la norma y el cumplimiento de los requisitos formales **(7)**.

---

(4) "Debe entenderse que la reforma constitucional de 1994 ha diseñado un juego de relaciones funcionales entre el presidente de la Nación y el Congreso, acentuando notablemente el papel conductor del primero, mientras se fortifica el papel controlador del segundo...Es una jefatura política, con un gran poder de impulso, de dirección y hasta de definición de la marcha general de los negocios públicos...Aquel poder de impulso tiene, entre otras manifestaciones, la de imponer decisiones normativas, como las que se expresan en los DNU, forzando la actuación del Congreso, el que, como veremos, debe aprobar o rechazar expresamente, so pena de que, ante el silencio, el DNU mantenga su vigencia normativa" (BARRA, Rodolfo C., "Derecho Administrativo. Acto administrativo y reglamento", op. cit., t. II, p. 436).

(5) En este sentido parece pronunciarse María Angélica Gelli. "En el sistema de división de poderes adoptado por la Constitución, le cabe al presidente de la Nación un papel relevante como colegislador". "La prohibición expresa de emitir disposiciones legislativas, establecidas en este inciso, va en la misma dirección del principio de legalidad consagrado en el art. 19 de la Ley Suprema. Pero la declaración se hace flexible párrafos más abajo, con la admisión de los decretos de necesidad y urgencia y con la promulgación parcial de leyes autorizada, esta, por el Art. 80 de la Constitución Nacional" (GELLI, María Angélica, "Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada", Ed. La Ley. Buenos Aires, 1918, 5ª ed. comentada y concordada, t. II, p 438,).

(6) "Más aún, consideramos que la excepcionalidad, que no es emergencia, siquiera es un concepto jurídico indeterminado, sino un concepto exclusivamente político, de valoración meramente política y no jurídica (ver supra cap. X), como los de "seguridad de fronteras"...y otros tantos utilizados por el Constituyente, que según la práctica constitucional y la misma jurisprudencia permanente de la Corte (así el supuesto de la declaración del estado de sitio), son ajenos a la valoración de los jueces y propios de la acción conjunta del presidente y del Congreso." (BARRA, Rodolfo C., "Derecho Administrativo. Acto administrativo y reglamento", ob. cit., t. II, p. 432); en similar sentido cfr. BARRA, Rodolfo, LICHT, Miguel, "Los decretos de necesidad y urgencia", La ley 2016-B, 660, AR/DOC/590/2016, y SARAVIA FRÍAS, Bernardo, "Los decretos de necesidad y urgencia", AR/DOC/729/2018.

(7) "A mi juicio los jueces poseen la atribución constitucional de controlar en plenitud tanto la efectiva existencia fáctica de "necesidad y urgencia" invocada por el Poder Ejecutivo, como el trámite de su dictado y, por supuesto, la razonabilidad de las medidas adoptadas para regularla" (Comadira, Julio R., "Los decretos de necesidad y urgencia en la reforma constitucional", La Ley 1995-B, 825). En similar sentido, aunque con matices acerca de la intensidad del control judicial sobre la necesidad y urgencia cuando los decretos hubieran sido aprobados por el Congreso, cfr. SANTIAGO (h), Alfonso, VERAMENDI, Enrique V., CASTRO VIDELA, Santiago M., "El control del Congreso sobre la actividad normativa del Poder Ejecutivo", ob. cit., p. 184 y ss. Por su parte, la Corte Suprema también se pronunció en favor de un control amplio sobre el presupuesto fáctico de los decretos de necesidad y urgencia en "Verrocchi" (Fallos 322:1726), "Consumidores Argentinos" (Fallos 333:633) y "Asociación Argentina de Compañías de Seguros" (Fallos 338:1048), entre otros.

II.2. La ley 26.122. Consolidación del control laxo

Los problemas generados por la incorporación de la potestad presidencial de emitir DNU, tanto por su existencia en nuestro régimen, como por la deficiente redacción del inc. 3 del Art. 99, no se solucionaron ni atenuaron con la sanción de la ley especial que regula el tratamiento de tales decretos por parte del Congreso.

El 20 de julio de 2006, casi doce años después de que entrara en vigencia de la Constitución reformada en 1994, se promulgó la ley 26.122, que regula el trámite y los alcances de la intervención del Congreso con respecto a los decretos de necesidad y urgencia, delegados y de promulgación parcial de leyes **(8)**.

Siguiendo las pautas del inc. 3 del art. 99 de la CN, en el art. 3° de la ley se dispuso que la CBP se integra con ocho diputados y ocho senadores, designados por el presidente de cada Cámara, a propuesta de los bloques parlamentarios, respetando la proporción de las representaciones políticas. Los integrantes de la referida Comisión duran en el ejercicio de la función hasta la siguiente renovación de la Cámara, y pueden ser reelectos (art. 4°). Sus autoridades (presidente, vicepresidente y secretario) son elegidas por períodos anuales, debiendo alternarse la presidencia, que corresponde un año a cada Cámara (art. 5°). Sesiona con la mayoría absoluta de sus miembros (art. 7°) y cumple funciones durante el receso del Congreso (art. 6°), aspecto este que, como analizaremos más adelante, tiene trascendencia en la interpretación de las prescripciones referidas a la determinación del plazo que tiene la Cámara para tratar los DNU sobre los que la Comisión hubo emitido el dictamen correspondiente.

En el art. 10, emplazado como Capítulo I del Título III de la ley, se dispone que la CBP debe expedirse sobre la validez o invalidez del decreto —en el plazo de diez [10] días hábiles contados desde la presentación del jefe de Gabinete (art. 19)— y remitir el dictamen a ambas Cámaras "para su expreso tratamiento". En caso de que el jefe de Gabinete no remita el decreto en el plazo de diez días establecido en el último párrafo del inc. 3 del art. 99 de la CN, la CBP debe abocarse de oficio a su tratamiento y, en tal caso, el plazo para emitir el dictamen se contará desde el vencimiento del que tenía el jefe de Gabinete para la presentación del decreto (art. 18).

En el dictamen la CBP debe expresar su opinión sobre el cumplimiento de los requisitos formales y sustanciales "establecidos constitucionalmente para su dictado". La expresión debe entenderse en el sentido de que, para el legislador, los requisitos constitucionales para el dictado de un DNU admiten la clasificación que la ley expresa —y que no aparecen en el texto constitucional—; pero que no define, puesto que no se enuncian cuáles son ni la categoría en que cada uno de ellos debe encuadrarse. La cuestión tiene trascendencia porque resultaría imposible que un decreto que careciera de un requisito que se clasificara como sustancial, superara el control de constitucionalidad de la CBP o del Poder Judicial. En cambio, el incumplimiento de un requisito formal no siempre acarrearía la sanción de nulidad de la norma **(9)**.

Según Santiago (h.), Veramendi y Castro Videla, son requisitos formales: "(i) Que el decreto haya sido dictado en acuerdo general de ministros; (ii) Que el decreto haya sido refrendado por el jefe de Gabinete y los demás ministros; y (iii) Que el jefe de Gabinete lo haya sometido dentro de los diez días a consideración de la Comisión Bicameral Permanente"; y son requisitos sustanciales: "(i) que al momento del dictado del decreto mediaren circunstancias excepcionales que hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por la Constitución para la

(8) Para un análisis crítico del régimen establecido en la ley 26.122 y de la práctica institucional de doce años de aplicación véase SANTIAGO (h), Alfonso, VERAMENDI, Enrique V., CASTRO VIDELA, Santiago M., "El control del Congreso sobre la actividad normativa del Poder Ejecutivo", La Ley, Buenos Aires, 2019, capítulos II y IV, respectivamente.

(9) "Mientras la inexistencia de refrendo de alguno de los ministros o del jefe de Gabinete será causal de nulidad del decreto, la falta de elevación a la Comisión Bicameral en el plazo de diez días no debería generar esa consecuencia, sin perjuicio de la eventual responsabilidad política o de otra índole que le corresponda al jefe de Gabinete por esa omisión" (SANTIAGO (h), Alfonso, VERAMENDI, Enrique V., CASTRO VIDELA, Santiago M., "El control del Congreso sobre la actividad normativa del Poder Ejecutivo", ob. cit., p. 99).

sanción de leyes, y (ii) que el decreto no regule materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos" **(10)**.

El art. 20 de la ley 26.122 dispone que, vencido el plazo de diez días hábiles que tiene la CBP para expedirse con respecto a un DNU sometido a su consideración, sin que se elevara el dictamen a las Cámaras del Congreso, estas se abocarán al "expreso e inmediato tratamiento" de la norma, de acuerdo con lo establecido "en los arts. 99, inc. 3 y 82 de la Constitución Nacional". El artículo de la ley en este punto, además de determinar las consecuencias que surgen del incumplimiento por parte de la CBP de la obligación de elevar el dictamen en el plazo establecido en la CN, disponiendo que las Cámaras deben abocarse al tratamiento del DNU, remite a las pautas del art. 99, inc. 3 en cuanto a la forma y tiempo en que deben cumplir su cometido: el tratamiento debe ser "expreso" e "inmediato", conceptos que analizaremos más adelante. Pero, además, con la remisión al art. 82 de la CN, se establece que la voluntad de las Cámaras debe manifestarse expresamente, excluyéndose en todos los casos la sanción ficta; de modo que el silencio, en ningún caso, conlleva la aprobación o desaprobación de un DNU sometido al control del Congreso **(11)**.

II.3. La vigencia de los decretos de necesidad y urgencia

El art. 17 de la ley 26.112 prescribe que los decretos a los que se refiere tienen vigencia de acuerdo con lo dispuesto en el art. 2° del Cód. Civil, que regía al momento de la sanción de aquella norma. En el Código Civil y Comercial se modificó la redacción del artículo, ubicado ahora como 5°, pero no los efectos; de modo que los decretos analizados rigen después del octavo día de su publicación oficial, o desde el día que en ellos se dispone.

La misma naturaleza de los DNU determina que en su texto, habitualmente, se establezca que rigen desde su dictado o desde su publicación oficial. Esto último ocurre de ordinario pocas horas después de emitidos. El sometimiento de este tipo de norma al régimen de vigencia de las leyes reglado en el Código Civil y Comercial, sin que se prescribiera su vigencia inmediata, en muchos supuestos pondría en crisis la concurrencia del "requisito sustancial" **(12)** o la "condición sustantiva" **(13)** de las circunstancias excepcionales que imposibilitaran seguir los trámites ordinarios para la sanción de leyes.

Aún en el caso de receso del Congreso, en un lapso de 8 días el presidente puede convocar a sesiones extraordinarias y remitir un proyecto de ley con las medidas que considere necesarias para su tratamiento y aprobación, si el mérito y la conveniencia de las medidas propuestas son compartidas por los legisladores. O puede remitir al Congreso un proyecto de ley con delegación de las facultades que se consideren pertinentes para afrontar la situación crítica, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 76 de la CN. Las leyes de emergencia 25.561 y 27.541 son buenos ejemplos de lo dicho, puesto el trámite de remisión de los proyectos del Poder Ejecutivo, tratamiento, aprobación por ambas Cámaras y promulgación, se cumplió en menos de una semana.

La vigencia del decreto en la forma descripta —previa al inicio del procedimiento de control por parte del Congreso—, genera un conjunto de diferentes efectos jurídicos posibles, según la suerte que siga el tratamiento de la norma. La ley 26.122 —repitiendo en el art. 20 lo establecido en el último párrafo del inc. 3 del art. 99 de la CN—, dispuso que las Cámaras deben abocarse

(10) Ibidem, ps. 98/99.

(11) En el debate previo a la sanción de la ley 26.122, en este punto, se advirtieron posturas antagónicas que atribuían un distinto significado al mismo texto del artículo 82 de la CN. Así "[p]ara la senadora Fernández de Kirchner, el art. 82 de la Constitución impide al Congreso asignar al silencio de las Cámaras el efecto de una convalidación, por lo que la ley 26.122, al no hacerlo y exigir, en cambio, la aprobación expresa (sin fijar plazos), se ajustaría al marco constitucional. Para el senador Terragno, en cambio, la nueva ley se encuentra en pugna con el citado art. 82, ya que el mantenimiento de la vigencia del decreto a pesar de que no exista un pronunciamiento favorable de las Cámaras equivale a consagrar la aprobación tácita de ese instrumento" SANTIAGO (h), Alfonso, VERAMENDI, Enrique V., CASTRO VIDELA, Santiago M., ob. cit., ps. 150/151).

(12) Ibidem, ps. 98/99.

(13) GELLI, María A., "Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada", ob. cit., t. II, p. 439.

"al expreso" e "inmediato" tratamiento del DNU. Se presenta así el mismo defecto del que adolece el texto constitucional: no menciona expresamente el plazo —que razonablemente debería ser breve— para que el Congreso apruebe o deseche la norma de sustancia legislativa dictada por el presidente. La incertidumbre así generada y las diferencias interpretativas se hubieran evitado con la incorporación al texto constitucional de prescripciones similares a las de las constituciones de España, Italia y Brasil, mencionadas con anterioridad.

Al consagrarse la aprobación del DNU con la resolución favorable de una sola de las Cámaras del Congreso, se optó por un sistema de extrema laxitud **(14)**, de debilitamiento de controles sobre la potestad del presidente para dictar normas con sustancia de ley **(15)**. La emisión de un DNU y el posterior trámite ante el Congreso, tienen menos requisitos que el proceso de sanción de leyes establecido en la CN, en el que las normas adquieren vigencia en la forma prevista en el art. 5° del Cód. Civ. y Com., luego de ser aprobadas con mayorías de votos en ambas Cámaras, y de sortear la posibilidad de veto por parte del presidente.

La debilidad del control establecido por la ley "también afecta el equilibrio federal ínsito en la configuración bicameral de nuestro Poder Legislativo" **(16)**. La solución legislativa no aparece ordenada al propósito de jerarquizar la función del Congreso enunciada en el NCB ni sigue los lineamientos de la doctrina y jurisprudencia sobre el rol del Poder Legislativo en el control de normas con sustancia de ley dictadas por el presidente, que se mantenía desde las últimas décadas del siglo XIX **(17)**. A este respecto y aún antes de la reforma constitucional de 1994, para los autores que admitían la constitucionalidad de los DNU **(18)**, respaldados por una jurisprudencia en general deferente a las incursiones del presidente en la competencia del Congreso, era necesaria la aprobación o ratificación posterior de este, lo que involucraba la intervención de ambas Cámaras; aunque tal requisito se vio severamente debilitado cuando en el caso Peralta **(19)** la CS se pronunció por la ratificación tácita. A partir de la vigencia de la ley 26.122, la resolución favorable de una sola de las Cámaras produce la aprobación del DNU.

III. El plazo para que las Cámaras se pronuncien

III.1. La solución, en la Constitución

A partir de la incorporación al texto constitucional de los DNU y las características del control del Congreso sobre tales normas, surge el problema de determinar el plazo en que las Cámaras deben pronunciarse, teniendo en cuenta que, tal como ya fuera dicho, no fue expresamente establecido.

Sin embargo, sostenemos que existe un plazo determinado en el inc. 3 del art. 99 de la CN, para que las Cámaras den tratamiento al DNU sometido a su consideración y emitan la resolución de aprobación o rechazo. También afirmamos que este plazo fue reiterado en la ley 26.122 y que las imperfecciones y omisiones en la redacción de los textos mencionadas no impiden que, a través de una interpretación integral del plexo normativo aplicable a la situación, se llegue a la conclusión que propiciamos.

(14) "Sobre el procedimiento del examen que debe ejercer el Congreso, el control establecido por la ley 26.122 es más aparente que real". GELLI, María Angélica, Constitución de la Nación Argentina, ob. cit., p. 460.

(15) En este sentido, a la luz del análisis del texto de la ley 26.122 y de la práctica institucional de doce años, se ha sostenido que "el relevamiento y análisis efectuado en relación a la actuación de la Comisión Bicameral Permanente y las Cámaras del Congreso evidencia que el régimen establecido por el artículo 24 de la ley 26.122, particularmente en lo que refiere a los decretos de necesidad y urgencia, permite prácticas institucionales que pueden afectar los principios de división de poderes y de corrección funcional que informan todo el texto constitucional y están particularmente presentes en los arts. 1º, 29, 76 y 99, inc. 3º. Prácticas que también resultan en definitiva contrarias a los propósitos de atenuación del presidencialismo y de consolidación del rol institucional del Congreso que persiguió la reforma constitucional de 1994" (SANTIAGO (h), Alfonso, VERAMENDI, Enrique V., CASTRO VIDELA, Santiago M., ob. cit., ps. 150/151).

(16) Ibidem, ps. 157/158.

(17) Fallos 2:88; 11:45; 23:57.

(18) Joaquín V. González, Marienhoff, Cassagne, Comadira, Bianchi, Sagüés, entre otros.

(19) Fallos, 313:1513.

Desde que un DNU adquiere vigencia de conformidad al art. 5° del Cód. Civ. y Com., según lo dispuesto en el 17 de la ley 26.122, no merece objeciones que se funden exclusivamente en la falta de las resoluciones por las que las Cámaras del Congreso deben pronunciarse por la aprobación o el rechazo, hasta el vencimiento del plazo para que se emita tal pronunciamiento **(20)**. Y ello es así, puesto que no se advierte en la CN argumento que debilite la entidad de una norma que, cumpliendo con el requisito sustancial del 3er párrafo del art. 99, no está afectada por omisiones de los departamentos que deben ejercer el control que mantenga el equilibrio del sistema republicano de gobierno. Particularmente, si no está vencido el plazo que tienen las Cámaras para expedirse.

Del mismo modo que la norma no está afectada, en este estado, por presunción contraria alguna —y particularmente la de inconstitucionalidad— tampoco debe presumirse que es constitucional **(21)**. Hay certeza de su vigencia, hasta que sea rechazada por resolución de ambas Cámaras del Congreso o declarada inconstitucional por un fallo judicial. Hemos expuesto a lo largo de este trabajo las objeciones a la incorporación de los DNU al texto constitucional, las críticas a la redacción dada al inc. 3 del art. 99 de la CN y las omisiones en que creemos se incurrió, tanto en esa cláusula constitucional como en la ley 26.122. Pero una vez que la norma forma parte del texto constitucional, las preferencias por determinado sistema no deben forzar la interpretación.

Y, pese a nuestras preferencias, no advertimos razón para que, mientras transcurren los plazos constitucionales para que las Cámaras del Congreso emitan una resolución, un DNU deba cargar con presunción adversa alguna. No debe desdeñarse en este análisis que se trata, precisamente, de una norma de "urgencia", que el presidente emite invadiendo la competencia que en principio le corresponde al Congreso, ante la imposibilidad de que este actúe inmediata y eficazmente. Los abusos en que reiteradamente ha incurrido el Poder Ejecutivo y los defectos de la ley 26.122 no son razones atendibles para que se considere, como regla general, presuntamente inconstitucionales a este tipo de normas **(22)**.

Vigente el DNU, sostenemos que permanece en esa condición, sin presunción sobre su constitucionalidad adversa o favorable, hasta la primera sesión de cada una de las Cámaras del Congreso que se celebre con posterioridad a la elevación del dictamen por parte de la CBP, en la forma prevista en el art. 19 de la ley 26.122; o hasta la primera sesión que cada una de las Cámaras celebre con posterioridad al vencimiento del plazo de diez días hábiles que la CBP tiene para emitir el dictamen y elevarlo, motivando la intervención del Congreso en la forma prevista por el art. 20 de la citada ley. En este último supuesto las Cámaras deben realizar el cálculo de los plazos sucesivos que la CN y la ley establecen, para determinar a partir de qué día debe considerarse expedito el abocamiento previsto el artículo citado. No parece tarea compleja para un cuerpo legislativo que tiene por función primordial sancionar leyes y realizar el control de los actos del poder ejecutivo, por lo que la obligación mencionada corresponde a su competencia específica.

La determinación del plazo para que las Cámaras del Congreso emitan la resolución prevista en el art. 22 de la ley 26.122, surge de las pautas dadas por la CN y reiteradas en la ley, cuando dispone que el dictamen de la CBP debe elevarse a para su "expreso tratamiento", el que

(20) El análisis se realiza sobre el supuesto de un decreto que no porte una presunción de inconstitucionalidad por un vicio manifiesto de otro tipo. A modo de ejemplo puede mencionarse un DNU que cree un impuesto.

(21) "La circunstancia de que una autoridad haya llevado adelante una determinada medida, nada dice sobre la validez de la misma. La mayor parte de los problemas que se intentarían evitar con la presunción de constitucionalidad dependen, en realidad, de otro elemento, relacionado pero distinto, como lo es la ejecutoriedad de los actos estatales. Pero una cosa es decir que el acto puede ser ejecutado por la Administración, y otra muy distinta es sostener que, además, el juez debe presumirlo válido.". (LAPLACETTE, Carlos José, "Teoría y Práctica del Control de Constitucionalidad", B de F, Buenos Aires-Montevideo, 2016).

(22) No compartimos la opinión de la Dra. Carmen Argibay, expuesta en el considerando 11) de "Consumidores Argentinos" (Fallos 333:633), cuando afirma: "Por lo tanto, cualquier disposición de carácter legislativo emitida por el Poder Ejecutivo debe reputarse prima facie inconstitucional...".

"de inmediato" debe producirse (inc. 3 del art. 99 de la CN). El art. 20 de la ley también dispone que las Cámaras se abocarán al "expreso e inmediato" tratamiento del decreto y el art. 21 refiere a que —una vez elevado el dictamen— dicho tratamiento debe ser "inmediato y expreso".

El vocablo "expreso" según el diccionario de la Real Academia Española, en la acepción aplicable al caso es un adjetivo que significa: "claro, patente, especificado". Por lo que el tratamiento del dictamen de la CBP y del decreto debe consistir en un análisis detallado, minucioso y profundo del que debe surgir un pronunciamiento por la aprobación o el rechazo. Néstor Pedro Sagüés agrega: "no es constitucionalmente lícito que el Congreso calle sobre un DNU: tiene que, explícitamente, convalidarlo o desaprobarlo. Si nada hiciera, su mutismo no deberá entenderse ni como aceptación ni como denegación. No rigen aquí adagios ni refranes al estilo del 'Quien calla, otorga'. No hay aprobaciones fictas, ni negativas fictas tampoco" **(23)**. Compartimos esta posición, que otorga una solución fundada a uno de los problemas originados por la falta de precisión tanto del inc. 3 del art. 99 de la CN como de la ley 26.122.

Con respecto al vocablo "inmediato", también ha sido el profesor Sagüés quien, entendemos, se ha aproximado a una solución adecuada al problema que generó la falta de incorporación a la CN de un plazo en días o meses (escasos, como los ejemplos de Italia y Brasil citados), que una vez cumplido, produzca la pérdida de vigencia del decreto si no fue aprobado. El citado autor sostuvo —en opinión que compartimos— que "[l]a directriz constitucional es sumamente clara, por lo que, en verdad no hay necesidad de determinar por ley el plazo: el dictamen de la Comisión Bicameral debe abordarse, por imperativo constitucional, dígalo o no la ley reglamentaria, sin la menor dilación, acto seguido de su recepción" **(24)**.

La interpretación de las normas que analizamos concluye en una aproximación a la solución del problema, que carece de definición precisa en el tránsito de un DNU por el proceso de control, puesto que no deriva en un momento determinado en que las Cámaras del Congreso deben tratar los decretos de necesidad y urgencia.

La solución a este interrogante se encuentra en el significado de la expresión "de inmediato", que según el Diccionario de la Real Academia Española es "inmediatamente", siendo una de las acepciones de este vocablo en el mismo Diccionario "sin interposición de otra cosa". Según el Diccionario Etimológico Castellano: "Es un adjetivo que corresponde al latín tardío *inmediatus* y se emplea para situar en el espacio o en tiempo una cosa, una acción muy cercanas. Descompuesta la voz, presenta un prefijo privativo -*im* (sin) y el término *medius,* cuya primera acepción es: lo que está en el medio y que también quiere decir intermediario, de modo que lo que está por venir se hace directamente".

Analizando el significado de la expresión y el origen etimológico de la palabra "inmediato", se puede concluir que las Cámaras deben tratar los DNU una vez remitido el dictamen de la CBP o vencido el plazo y aplicando el procedimiento del art. 20 de la ley, en la primera sesión que se celebre con posterioridad a los momentos mencionados y como primer tema del plan de labor.

En el proyecto de ley presentado por el Senador Ramón Saadi, con el propósito de regular el trámite y los alcances de la intervención del Congreso en la actividad legislativa del presidente, se propuso el mismo momento como de vencimiento del plazo analizado. Sin embargo, no se advierte en tal proyecto que el autor haya tenido por establecido el plazo en el último párrafo del inc. 3 del art. 99 de la CN, como propiciamos; de modo que, desde esa perspectiva, el plazo quedaría determinado por la ley y no por la norma constitucional **(25)**, como entendemos que ocurre.

(23) SAGÜES, Néstor P., "La regulación legislativa de los decretos de necesidad y urgencia", Jurisprudencia Argentina, Cita Online 0003/012879.

(24) Ibidem.

(25) Como destacan Santiago (h), Veramendi y Castro Videla, este hubiera sido un mecanismo tendiente a hacer efectivo el mandato del constituyente y, de hecho, había sido la solución prevista en varias iniciativas legislativas previas a la sanción de la ley 26.122, como por ejemplo, en "el proyecto del senador Ramón Saadi, el que establecía, con relación a las tres especies de decretos alcanzados por el régimen de control legislativo, que 'el dictamen de la Comisión será elevado al plenario

En línea con lo expuesto, ningún acto ni procedimiento propio de su competencia deben cumplir las Cámaras del Congreso, que se interponga o intermedie entre el instante en que está expedito el tratamiento de los DNU, luego de su paso por la CBP. Y por las razones expuestas, dada la exigencia constitucional así interpretada, no es necesario que expresamente se establezca el plazo para el tratamiento de los DNU en la ley que refiere la última parte del inc. 3 del art. 99 de la CN.

La determinación en el tiempo al momento de la primera sesión celebrada luego del paso de un DNU por la CBP se explica porque en la CN, además de no establecerse un plazo en número de días para el tratamiento, tampoco se estableció uno para la convocatoria a la sesión de las Cámaras del Congreso en las que deben tratarse tales decretos; dificultad que no se presenta en las constituciones de Brasil, Italia y España; tanto porque se fijó un plazo máximo para que el Congreso o el Parlamento —según el caso— se pronuncie, o porque se fijó un plazo para la convocatoria a sesiones, a lo que se agregaron los efectos del vencimiento de los plazos en las dos primeras.

Como consecuencia de esta interpretación del plexo normativo que rige el control de los DNU, el plazo para el tratamiento no se expresa en un número determinado de días, sino que quedará fijado al momento en que las Cámaras sesionen por primera vez, luego de agotado el procedimiento del decreto en la CBP. Este hecho podrá producirse en ocasiones en un lapso más prolongado, y en otras en uno muy breve —incluso al día siguiente de dictado el reglamento—, según las circunstancias del caso.

La flexibilidad temporal resultante no es una solución ideal —hemos explicado las carencias de la reforma de 1994 y de la ley 26.122 en este punto—, pero es la posible sin incurrir en una interpretación que conduzca a determinar un plazo en días o meses que la CN no prevé, sujetarse a un standard muy difícil de definir en un caso concreto como “el plazo razonable” o establecer convocatorias a sesiones del Congreso que tampoco surgen de las normas aplicables.

III.2. Un concepto jurídico indeterminado

El sintagma “de inmediato” puede analizarse a partir de la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados. Partiendo de esta premisa, la conclusión expuesta se impone sin dificultad y, como contracara de ello, el margen de discrecionalidad de las Cámaras para disponer en qué momento deben abocarse al tratamiento del DNU sometido a su control desaparece.

La teoría, originada en Alemania, parte de reconocer que existen conceptos incorporados al sistema jurídico que carecen, en abstracto y a priori, de una determinación precisa de su alcance y resultado de su aplicación al caso concreto; pero que analizados a través de un proceso cognitivo en relación con la situación que regulan, admite una única solución justa y conforme a derecho, por lo que la discrecionalidad del estado desaparece o se reduce a una mínima expresión. En estos casos, el estado no es titular de una potestad discrecional, en cuyo ejercicio puede elegir entre varios indiferentes jurídicos, en un proceso intelectual volitivo que concluye con la adopción de una de las soluciones posibles.

Como consecuencia del proceso racional que conduce a la única solución justa y el consecuente impacto demoledor sobres la discrecionalidad estatal, se produce también la retracción de todo mecanismo inhibidor del control judicial sobre los actos cumplidos en la ejecución del concepto jurídico indeterminado **(26)**, lo que en el tratamiento “de inmediato” de los decretos de necesidad y urgencia tiene importantes consecuencias.

Para una mejor ilustración de la caracterización de los conceptos jurídicos indetermina-

de ambas Cámaras, las que deberán incluirlo de inmediato en el plan de labor parlamentaria, a fin de iniciar su tratamiento expreso en la sesión más próxima' (arts. 17, 27 y 32, referidos respectivamente a los decretos de necesidad y urgencia, delegados y de promulgación parcial de leyes) (Ver Orden del Día N.º 509/06 de la Cámara de Senadores)" (SANTIAGO (h), Alfonso, VERAMENDI, Enrique V., CASTRO VIDELA, Santiago M., ob. cit., ps. 135-136, en especial nota al pie n° 238).

(26) Conf. GRECO, Carlos M., "La doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados y la fiscalización judicial de la actividad administrativa", LA LEY 1980-D, 1306, AR/DOC/16485/2001.

dos, es pertinente la cita que Bianchi hiciera de García de Enterría **(27)**: "En la aplicación de un concepto jurídico indeterminado la ley —por hipótesis— no nos da resuelta, como ocurre en los conceptos jurídicamente determinados (por ejemplo la fijación de la mayoría de edad), la solución concreta de cada caso, de modo que esta debe ser buscada acudiendo a criterios de valor o de experiencia, según la naturaleza del concepto; pero lo característico es que ese valor propio del concepto o esa experiencia a que el concepto remite deben ser objeto de una estimación jurídica según el sentido de la ley que ha creado el concepto jurídico indeterminado en cuestión, ley que ha configurado este con la intención expresa de acotar un supuesto concreto, aunque su precisión reste indeterminada; de ese modo la aplicación de esos conceptos será justamente un caso de aplicación de la ley. Por ello el proceso de constatación de si un concepto jurídico indeterminado se cumple o no se cumple, no puede ser nunca un proceso volitivo de discrecionalidad o de libertad, sino un proceso de juicio o estimación, que ha de atenerse, necesariamente, por una parte a las circunstancias reales que han de calificarse, por otra al sentido jurídico preciso que la ley le ha asignado, con la intención de que la solución posible sea solo una, al concepto jurídico indeterminado que su precepto emplea".

Aplicada la teoría al tratamiento de los DNU, el proceso cognitivo para aproximarnos a la conclusión parte de que la Constitución dispone imperativamente que las Cámaras deben abocarse a su tratamiento "de inmediato". Pero deben hacerlo de acuerdo a las normas y circunstancias particulares que regulan y condicionan la forma en que se toman las decisiones en el Congreso; en el caso en una sesión y través de una resolución de cada una de las Cámaras, convocada de conformidad a las reglas establecida en la CN y el Reglamento, de lo que se infiere que la circunstancia condicionante es la celebración de una sesión; pero para que el decreto y el dictamen sean tratados en esa sesión debe estar expedito el trámite de acuerdo con los arts. 19 o 20 de la ley 26.122; cumplido lo cual, ningún acto propio de la competencia de las cámaras del Congreso, que deba ser sometida a debate y votación, puede interponerse entre el inicio de la sesión y el tratamiento del decreto de necesidad y urgencia. La fuerza normativa de la CN y la operatividad de la prescripción del 4to párrafo del inc. 3ro del art. 99, debe imponerse a cualquier disposición del reglamento de las Cámaras o a cualquier otro reglamento —entre los que se incluye el Plan de Labor del día de la sesión— que permita o disponga el tratamiento de otra cuestión que deba someterse a votación en forma previa al decreto de necesidad y urgencia.

IV. Vencimiento del plazo y presunción de inconstitucionalidad

Transcurridas las primeras sesiones de las Cámaras en los supuestos mencionados en el punto anterior, sin que hubiera aprobación ni rechazo, el DNU debe considerarse afectado por una presunción de inconstitucionalidad, por lo que incumbirá a quien pretende hacerlo valer (v. gr., para aplicarlo), probar que este ha cumplido los requisitos formales y sustanciales previstos en el art. 99 inc. 3 de la CN.

Esta opinión difiere de la expuesta por la Dra. Carmen Argibay en el momento a partir del cual un DNU es portador de una presunción de inconstitucionalidad. Como fuera expuesto en la nota 22, no cualquier disposición de carácter legislativo emitida por el presidente debe reputarse prima facie inconstitucional. Pero sí aquellas en las que, vencido el plazo que la CN establece, no fueron objeto de control por parte de las Cámaras del Congreso.

La conclusión expuesta resulta de considerar que una vez vencido el plazo para que las Cámaras del Congreso realicen el control, sin que se produzca el tratamiento expreso exigido constitucionalmente, la norma no está aprobada, pero tampoco derogada, puesto que el art. 82 excluye, en todos los casos, la sanción tácita o ficta. Por lo tanto, en tales supuestos el DNU continúa vigente, sin que se haya efectuado el control correspondiente por el poder con competencia especialmente atribuida para la sanción de las leyes y para aprobar o derogar los decretos que —por razones excepcionales— pueden regular materias que en principio corresponden al

(27) BIANCHI, Alberto. B, "El "Writ of Certiorari" en nuestra Corte Suprema (La "Cuestión Federal Suficiente" como concepto jurídico indeterminado.", ED, 125: pp. 857-865.

Poder Legislativo. En consecuencia, el DNU se mantiene vigente sin que se hubiera cumplido tempestivamente con el último de los recaudos requerido en el 4º párrafo del inc. 3 del art. 99.

Una situación particular se presenta en el período de receso del Congreso, puesto que el art. 6° de la ley 26.122 establece que la CBP cumple funciones durante tal período, por lo que puede ocurrir que se dicte un DNU fuera del período de sesiones ordinarias, que este sea remitido en tiempo y forma por el jefe de Gabinete de Ministros a la referida Comisión, la que puede expedir también en tiempo y forma el dictamen correspondiente, que por mandato constitucional debe ser remitido a las Cámaras para su inmediato y expreso tratamiento. Sin embargo, solamente el presidente está facultado para convocar a sesiones extraordinarias del Congreso y no hay norma alguna en la CN —ni en la ley 26.122— que lo obligue a realizar la convocatoria para tratar el DNU, ni que disponga que su dictado importe la convocatoria automática a sesiones extraordinarias exclusivamente para su inmediato análisis, como sostiene Barra que debe interpretarse el texto constitucional **(28)**.

No desconocemos que, como el mismo autor señala, se trata de una norma de excepción, cuyo tratamiento "de inmediato" por las Cámaras está ordenado y precedido por un procedimiento de plazos sucesivos. Y agregamos que la misma urgencia que sustenta el decreto con el que el presidente invade una competencia que corresponde en principio al Congreso, requiere de la actuación inmediata de este para ejercer el control a que la CN obliga, lo que fortalecería el mecanismo de frenos y contrapesos del sistema republicano. Pero como de excepción es el DNU sujeto a control, también son de excepción las sesiones extraordinarias y el acto por el que se las convoca, de modo que —pese a destacar la conveniencia de que el presidente disponga la convocatoria al momento de emitir el decreto— no encontramos fundamento sólido en el texto constitucional para sostener que pueda darse en esos casos una "convocatoria automática y de pleno derecho" a sesiones extraordinarias del Congreso.

En el mismo DNU, o inmediatamente después de su dictado, el presidente puede convocar a sesiones extraordinarias para su tratamiento, y en tal caso la norma será rechazada o aprobada en poco tiempo. En el último supuesto, además de tener vigencia, cumplirá con el proceso constitucional exigido para su validez, quedando solo sujeta al control del Poder Judicial. Pero el presidente puede también omitir realizar dicha convocatoria, por lo que —en esta hipótesis— el DNU, conforme la postura que expusimos deberá ser tratado en la primera sesión de las Cámaras correspondiente al período de sesiones ordinarias inmediatamente posterior al receso en curso.

En el último supuesto analizado, la imposibilidad de control del decreto por las Cámaras no sería imputable a estas —dado que no encontrándose en sesiones extraordinarias, no podrían autoconvocarse—, pero sí importaría una omisión —de la convocatoria— por parte del presidente, al emitir un DNU a sabiendas de que se mantendrá vigente por un lapso prolongado, sin que pueda realizarse el control del Congreso que la Constitución exige de manera expresa e inmediata. En consecuencia, por su sola voluntad el presidente produciría así un desequilibrio en el sistema de frenos y contrapesos, suprimiendo temporalmente un mecanismo de control que la constitución nacional exige sea realizado sin dilación y de manera expresa, como hemos visto anteriormente.

En definitiva, y por estas razones, en tal caso el DNU continuará vigente pese a la falta de pronunciamiento del Congreso, pero —a nuestro entender— en la misma condición jurídica que aquel que, durante el período de sesiones ordinarias, no es tratado por las Cámaras del Congreso en la primera sesión posterior a la fecha del dictamen de la CBP (o del vencimiento del plazo para que lo emita). Estará vigente pero sujeto a una presunción de inconstitucionalidad en su contra.

(28) "Entonces: 1) El Congreso ya se encuentra interviniendo a partir de la mera remisión del DNU a la Comisión; 2) La Comisión debe enviar su despacho a ambas Cámaras "en un plazo de diez días", lo que puede ocurrir dentro del receso. Por ello es razonable interpretar que la sanción de un DNU durante el receso del Congreso supone la convocatoria automática y de pleno derecho a sesiones extraordinarias exclusivamente para el inmediato análisis de la validez de la legislación de excepción" (BARRA, Rodolfo C., "Derecho Administrativo. Acto administrativo y reglamento", ob. cit., t. II, ps. 454/55, 2018).

V. Conclusiones

Expuesta la interpretación que consideramos adecuada acerca de la expresión "de inmediato", y sobre su base, sostenemos que los DNU que no son tratados en la primera sesión de las Cámaras celebradas con posterioridad al dictamen de la CBP emitido en el plazo del art. 19 de la ley 26.122, son portadores de una presunción de inconstitucionalidad que, ante el planteo de la cuestión por parte de un afectado por la norma en un proceso judicial, solo puede ser desvirtuada por la parte interesada que acredite el cumplimiento de los requisitos sustanciales previstos en los párrafos 3ero y 4to del art. 99 de la CN. En la misma condición jurídica deben considerarse los DNU emitidos durante el receso del Congreso, cuando el presidente omite la convocatoria a sesiones extraordinarias para su tratamiento.

Se funda esta interpretación en que los DNU, son normas del alcance general y sustancia de ley, prohibidos bajo pena de nulidad como principio general, que solo excepcionalmente y cumpliendo requisitos sustanciales y formales estrictos pueden ser dictados por el presidente, pero posteriormente controlados expresamente y "de inmediato" por las Cámaras del Congreso, por lo que, ante la falta de este último acto, la norma no reúne todos los requisitos constitucionales para su validez **(29)**.

El acto de control por el Congreso es sustancial. Encuentra su fundamento en el sistema republicano de gobierno establecido por el art. 1° de la CN y en la separación de poderes con competencias distribuidas equilibradamente. El otorgamiento de una facultad sustancialmente legislativa al presidente, en forma excepcional y por lo tanto de interpretación restrictiva, conlleva su injerencia sobre atribuciones del Congreso en casos de necesidad y urgencia y cuando el órgano legislativo no puede seguir los trámites ordinarios para la sanción de leyes. Por este motivo, el control posterior es imprescindible para restablecer el equilibrio momentáneamente alterado por el ejercicio de la potestad excepcional y también para asegurar el sistema de distribución territorial del poder en el estado federal, puesto que se asegura la participación de los Senadores que representan a las provincias.

El Congreso tiene el imperativo constitucional de cumplir con el control, tanto por lo que expresamente dice el inc. 3 del art. 99 de la CN, como por los principios que surgen del mencionado art. 1°, del art. 29 y el espíritu de la reforma de 1994, que tuvo el declarado propósito de atenuar el presidencialismo y jerarquizar el rol del Poder Legislativo; ello así, pese a que la materialización de ese espíritu en normas de derecho positivo no estuvo a la altura de los objetivos propuestos, lo que no impidió que la CSJN, al realizar el control de constitucionalidad, señalara los límites del Poder ejecutivo al emitir DNU **(30)**.

Sin el necesario control del Congreso, una vez vencido el plazo constitucional para que aquel se produzca, un DNU adolece de un elemento sustancial y, por lo tanto, aún vigente, debe considerarse afectado por una severa presunción de inconstitucionalidad.

Ello así, en tanto carece de la aprobación del Departamento del Gobierno con mayor legitimidad democrática, sobre cuya competencia ha avanzado el Poder Ejecutivo, produciendo una grave alteración del sistema de frenos y contrapesos, y en tal condición no puede subsistir con la misma entidad que una ley formal. La fractura del sistema de controles y equilibrios previstos

(29) En un sentido análogo, aunque para los supuestos de prolongado "silencio" del Congreso (sea una o ambas Cámaras), se ha sostenido que "en los casos en los que se verifica un prolongado 'silencio' del Poder Legislativo, ello importa un incumplimiento del deber constitucional de las Cámaras de proceder al "inmediato" y "expreso" tratamiento del decreto de necesidad y urgencia. Por ende, en casos extremos de falta de pronunciamiento de las Cámaras del Congreso (o de alguna de ellas) por períodos que se estimen como excesivamente prolongados, esa omisión puede constituir un elemento determinante de la declaración judicial de invalidez del respectivo decreto de necesidad y urgencia" (SANTIAGO (h), Alfonso, VERAMENDI, Enrique V., CASTRO VIDELA, Santiago M., ob. cit., p. 159).

(30) "Que el contexto nuevo es elocuente y las palabras acogidas en su redacción no dejan lugar a dudas de que la admisión del ejercicio de facultades legislativas por parte del Poder Ejecutivo se hace bajo condiciones de rigurosa excepcionalidad y con sujeción a exigencias materiales y formales, que constituyen una limitación y no una ampliación de la práctica seguida en el país, especialmente desde 1989" (Considerando 8) de Verrocchi, Fallos: 322:1726).

en la CN se aprecia en toda su magnitud cuando un decreto en las condiciones descriptas está vigente y una ley del Congreso, para adquirir tal estatus jurídico, debe cumplir el tránsito del proyecto con sanción por las mayorías necesarias en ambas Cámaras y sortear la posibilidad de veto por parte del presidente.

Advertir la presunción de inconstitucionalidad que porta, abre el camino para restaurar el equilibrio alterado con el silencio del Congreso o con la omisión del presidente, cuando no hubiere realizado la convocatoria a sesiones extraordinarias para el tratamiento del DNU, si fue dictado durante el receso legislativo.

Los recursos directos y la doble instancia judicial en materia de sanciones administrativas

Germán Bernardi

Sumario: I. Introducción.— II. Las sanciones administrativas y el control judicial suficiente.— III. Los recursos directos y la doble instancia judicial.— IV. Conclusión.

I. Introducción

El derecho a impugnar las sentencias no fue reconocido por la Constitución nacional de 1853/1860. No figuraba expresamente en el catálogo de seguridades individuales enunciado por su art. 18, ni tampoco se derivaba implícitamente de la genérica garantía de defensa en juicio. La Corte Suprema de Justicia de la Nación repetía constantemente que la doble o múltiple instancia judicial no era una exigencia constitucional **(1)**.

Ese esquema perduró hasta al año 1992, cuando la CS afirmó que los tratados internacionales prevalecían sobre las leyes, modificando su tradicional jurisprudencia que sostenía la igualdad jerárquica entre ambos instrumentos normativos **(2)**.

Previamente, en 1984, la República Argentina aprobó la Convención Americana de Derechos Humanos, cuyo art. 8.2.h establece: "...Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:... derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior..." **(3)**, y, en 1986, incorporó al ordenamiento interno el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuyo art. 14.5 indica: "Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescripto por la ley" **(4)**.

De esta manera, el establecimiento de una o más instancias judiciales al momento de diseñar el sistema de enjuiciamiento penal dejó de ser una potestad discrecional del poder legislativo **(5)**.

Ese viraje jurisprudencial relativo al rango de los tratados impulsó una nueva visión del derecho a recurrir. A partir de entonces, en materia penal, la doble instancia pasó a formar parte de las reglas del debido proceso adjetivo, aunque sus alcances irían modificándose con el tiempo, máxime cuando en 1994 el constituyente otorgó jerarquía constitucional a aquellos convenios internacionales de derechos humanos (art. 75, inc. 22, CN). Por cierto, esta norma, además de asignarle estatus constitucional al

(1) Fallos 126:114 "Marsili"; 138:395 "Acuña"; 155:96 "Posse"; 157:386 "Mariño"; 187:79 "Costes"; 214:413 "Romero"; 220:543 "Eckell"; 238:715 "Scalino"; 246:363 "Medina"; 290:120 "Xanthopoulos"; 312:195 "Travaglio".

(2) Fallos 315:1492 "Ekmekdjián c. Sofovich"; 316:1669 "Fibraca Constructora SCA"; 317:1282 "Cafés La Virginia SA".

(3) Ley 23054.

(4) Ley 23313.

(5) BIDART CAMPOS Germán J., "La doble instancia en el proceso penal (La Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica)", ED 118-877; SAGÜÉS, Néstor P., "La instancia judicial plural penal en la Constitución Argentina y el Pacto de San José de Costa Rica", LA LEY 1988-E, 156.

derecho a recurrir, significó la recepción de los criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos **(6)**.

Aunque las cláusulas convencionales apuntan exclusivamente al derecho penal, ello no fue óbice para que la CS expandiera las garantías procesales de los arts. 8°, CADH y 14, PIDCP al derecho contravencional o derecho administrativo sancionador **(7)**, siguiendo la jurisprudencia del sistema interamericano **(8)**. En forma coincidente, la doctrina señaló que los requisitos básicos del debido proceso legal previstos en aquellas normas son abarcativos de todo tipo de proceso **(9)**, admitiendo explícitamente la vigencia del derecho a recurrir en materia contravencional **(10)**.

Estimo que el *holding* que emana de esos precedentes, si bien refiere al derecho a ser juzgado en un plazo razonable sin dilaciones indebidas (arts. 8.1, CADH y 14.3.c, PIDCP), resulta enteramente aplicable a la garantía de la doble instancia judicial (arts. 8.2.h, CADH y 14.5, PIDCP) **(11)**. Comparto que puedan existir matizaciones en lo que hace a la vigencia de las garantías judiciales en esa parcela del derecho represivo **(12)**. Pero no advierto motivos razo-

(6) Nuestra CS reconoció la obligatoriedad de la jurisprudencia de la Corte IDH en el ámbito interno, por lo que corresponde tener en cuenta tanto el texto de los tratados como la interpretación que de los mismos han efectuado los órganos internacionales competentes (Fallos 315:1492 "Ekmekdjián c. Sofovich"; 318:514 "Giroldi"; 319:1840 "Bramajo"; 327:3312 "Arancibia Clavel"; 327:5668 "Espósito"; 328:1146 "Verbitsky"; 328:2056 "Simón"; 330:3248 "Mazzeo"; 336:1024 "Carranza Latrubusse"). En materia de impugnaciones judiciales, no puede ignorarse la repercusión del sistema interamericano en la delimitación del derecho a recurrir, no limitándose sólo a la existencia de una doble instancia judicial sino exigiendo una doble conformidad judicial como garantía de un juicio justo ante la imposición de una pena (CIDH casos "Herrera Ulloa v. Costa Rica", 02/07/2004; "Barreto Leiva v. Venezuela", 17/11/2009; "Vélez Loor v. Panamá", 23-11-2010; "Mohamed v. Argentina", 23-11-2012; "Liakat Ali Alibux v. Suriname", 30-01-2014; "Norín Catrimán v. Chile", 29/05/2014).

(7) Fallos 332:1492 "Fiszman y Compañía SCA"; 334:1264 "Bossi y García SA"; 335:1126 "Losicer"; 336:2184 "Bonder Aaron". Incluso extendió la garantía a las decisiones adoptadas en la etapa de ejecución penal, específicamente respecto de sanciones disciplinarias penitenciarias (Fallos 327:388 "Romero Cacharane").

(8) CIDH, "Paniagua Morales y otros v. Guatemala" (Panel Blanca), 08/03/1998, párr. 148/149; "Tribunal Constitucional v. Perú", 31/01/2001; "Baena Ricardo y otros v. Panamá", 02/02/2001; "Ivcher Bronstein v. Perú", 06/02/2001; "Yatama v. Nicaragua", 23/06/2005; "Claude Reyes y otros v. Chile", 19/09/2006; "López Mendoza v. Venezuela", 01/09/2011.

(9) IBÁÑEZ RIVAS Juana María, en obra colectiva STEINER Christian/URIBE Patricia (Editores). "Convención Americana de Derechos Humanos. Comentario", ed. Eudeba-Konrad Adenauer Stiftung, Buenos Aires, 2014, ps. 211 y 232; LARSEN Pablo, "Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derecho Humanos", ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2016, ps. 193/195; SPISSO Rodolfo R., "Acciones y Recursos en Materia Tributaria", ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005, ps. 253 y 272; THEA Federico G., en obra colectiva ALONSO REGUEIRA Enrique M. (dir.), "La Convención Americana de Derechos Humanos y su Proyección en el Derecho Argentino", ed. La Ley, Buenos Aires, 2013, ps. 132/135.

(10) GARCÍA Luis M., "El derecho a recurrir contra la sentencia en la Convención Americana de Derechos Humanos. La Corte IDH. habla sobre su alcance pero se queda a mitad de camino", Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, Lexis Nexis, 2005-9-594; GARCÍA PULLÉS Fernando, "Principios del Derecho Administrativo Sancionador", ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2020, ps. 217/219; GUIRIDLIAN LAROSA Javier D., "Los recursos judiciales directos, el control de la Administración Pública y el derecho a la tutela jurisdiccional", JA 02-03-2016; GUTIÉRREZ COLANTUONO Pablo Á., "Doble instancia: aplicación a los ámbitos extrapenales y extrajudiciales", LA LEY 2015-D, 1090; MÉNDEZ Sebastián A., TAMAGNO Lucas F., "El caso Marchal y la garantía a la doble instancia jurisdiccional", ED 06-11-07. Por supuesto, existen autores que entienden que dicha garantía es extraña a las sanciones administrativas (BALBÍN Carlos F., "Tratado de Derecho Administrativo", ed. La Ley, Buenos Aires, 2011, t. IV, p. 163).

(11) Cabe reconocer que, con anterioridad a esos fallos, la CS descartó la vigencia de la doble instancia en el derecho contravencional o administrativo sancionatorio; expresamente afirmó que esa garantía no regía en los casos de sentencias que condenen o absuelvan con motivo de la imputación de faltas, contravenciones o infracciones administrativas (Fallos 323:1787 "Sociedad Anónima Organización Coordinadora Argentina OCA"; 325:2711 "Laboratorios Butyl"; "Auchán Argentina SA", 07/09/2004. En uno de los últimos precedentes sobre la materia, si bien la mayoría descalificó la sentencia definitiva del superior tribunal provincial merced a la doctrina de la arbitrariedad sin ingresar al fondo de la cuestión, a modo de obiter dictum e invocando jurisprudencia de la Corte IDH, dos jueces expresaron que resultaban aplicables en el orden contravencional las garantías judiciales penales del art. 8 de la CADH (Fallos 330:1427 "Marchal").

(12) BALBÍN Carlos F., "Tratado de Derecho Administrativo", ed. La Ley, Buenos Aires, 2011, t. II, p. 455;

nables para negar el derecho a recurrir en materia de sanciones administrativas de naturaleza punitiva **(13)**.

II. Las sanciones administrativas y el control judicial suficiente

La exigencia de revisión judicial de las sanciones administrativas fue producto de una construcción pretoriana de la CS. El Alto Tribunal condicionó la validez constitucional de los tribunales administrativos a la observancia de lo que denominó "control judicial suficiente" **(14)**. Toda sanción, independientemente de su clase y cuantía, debe ser pasible de revisión judicial (arts. 1°, 17, 18, 29, 33, 109 y 116, CN; 8° y 25, CADH; 2° y 14, PIDCP) **(15)**.

A raíz de esa doctrina jurisprudencial, mantenida inalterada hasta la fecha, los diferentes cuerpos normativos que asignan potestades sancionatorias a la administración —que son innumerables **(16)**— establecen algún tipo de recurso **(17)**, a fin de que un tribunal judicial cumpla con dicha revisión **(18)**. Por cierto,

---

GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo, FERNÁNDEZ Tomás-Ramón, "Curso de Derecho Administrativo", ed. Thomson Civitas - La Ley, Buenos Aires, 2006, t. II, p. 168; NIETO Alejandro, "Derecho Administrativo Sancionador", ed. Tecnos, Madrid, 2008, ps. 51 y 180; TOLEDO Pablo R., "El proceso judicial según los estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos", ed. Ad-Hoc, 2017, p. 136. Esas modulaciones o flexibilizaciones en la aplicación de las garantías penales y procesales penales en el ámbito del derecho administrativo sancionatorio o contravencional también parecen hacer sido admitidas por la CS (Fallos 328:940 "Federación de Empresarios de Combustible de la República Argentina"; 330:1855 "Comisión Nacional de Valores c. Establecimiento Modelo Terrabusi SA"; 334:1241 "Volcoff").

(13) No resulta criterio seguro para determinar el carácter punitivo de una sanción administrativa acudir a la definición legal (USLENGHI Alejandro, "Control judicial de las sanciones administrativas", en AA.VV. "Cuestiones de Control de la Administración Pública. Administrativo, Legislativo y Judicial", Ediciones RAP, Buenos Aires, 2010, págs. 49/50). La nota saliente que la distingue de otras respuestas estatales está dada por la finalidad puramente represora o esencialmente retributiva (ASCÁRATE Andrés, "Tipificación de la infracción administrativa", ed. Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2019, págs. 64 y 90; GARCÍA PULLÉS Fernando, "Principios del Derecho Administrativo Sancionador", ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2020, pág. 12). La CSJN se ha enrolado históricamente en posiciones esencialistas sobre el tema, restándole trascendencia al nomen juris con que el legislador puede nominar una pena (Fallos 329:3680 "Gramajo"). Reiteradamente ha destacado el carácter netamente punitivo que presentan diversas sanciones -como multa, clausura, arresto, decomiso- aplicadas por la administración en el ámbito infraccional tributario y aduanero (Fallos 182:364 "Ricossa Hnos"; 192:229 "García"; 202:476 "All América Cables and Radio Inc."; 247:225 "Bemberg"; 255:354 "Cámara Gremial de Productores de Azúcar"; 267:457 "Wolczanski Hersch"; 271:297 "Parafina del Plata SA"; 277:128 "Soulerguez"; 287:76 "Guillermo Mirás SACIF"; 290:202 "Linch"; 303:1548 "Usandizaga, Perrone y Juliarena SRL"; 314:376 "Dr. García Pinto p/Mickey SA"; 316:1190 "Buombicci"; 321:1043 "Lapiduz"; 322:519 "Casa Elen").

(14) Fallos 247:646 "Fernández Arias c. Poggio". Ese estándar ha sido reiterado invariablemente hasta la actualidad (Fallos 267:97 "Fernández"; 284:150 "Dumit"; 301:1103 "Ojeda"; 301:1217 "Diario Los Andes SA Calle Hnos"; 308:1557 "Avenida Independencia 2131 SRL"; 308:2133 "Derna"; 308:2236 "Salort"; 310:360 "César y Antonio Karam SCICA"; 310:674 "Clemente Lococo SA Industrial y Comercial"; 311:334 "Di Salvo"; 314:1220 "Capranzano"; 319:1210 "Castillo"; 321:776 "Litoral Gas SA"; 324:803 "Edenor SA"; 324:3184 "Baterías Sil-Dar SRL"; 324:3686 "Transportadora de Gas del Norte SA"; 326:4087 "Henin"; 328:651 "Ángel Estrada y Cía. SA").

(15) Los límites cualitativos (por el tipo de sanción) o cuantitativos (por el monto de la sanción), de existir, son inválidos. La CS ha descalificado, por inconstitucionales, regímenes normativos que excluían del control judicial los actos punitivos de ciertos organismos administrativos (Fallos 301:1149 "Superintendencia de Seguros de la Nación"; 305:129 "Madala"; 310:2159 "Casa Enrique Schuster SAIC"; 327:367 "Gador SA").

(16) Una sistematización de manifestaciones punitivas en el ordenamiento jurídico argentino puede cotejarse en ASCÁRATE, Andrés, "Tipificación de la infracción administrativa", ed. Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2019, ps. 82/85.

(17) En algunas ocasiones se deja abierta la posibilidad de una acción judicial, es decir, se prevé una instancia de revisión que no se produce mediante un recurso, lo que generalmente acontece ante el fuero contencioso administrativo de conformidad con las disposiciones de la ley nacional de procedimientos administrativos (arts. 25 decreto-ley 19549 y 99 decreto reglamentario 1759/72).

(18) No tiene mayor importancia quien oficia de control judicial suficiente, si un juez de primera instancia o una cámara de apelación, como tampoco el fuero al que pertenezca ese órgano. Lo relevante es que el particular pueda ejercitar una pretensión excitando la intervención de la justicia y que la revisión judicial del acto sancionatorio tenga carácter sustantivo. Imperan en la materia múltiples reglamentaciones sectoriales (USLENGHI, Alejandro, "Control judicial de la potestad sancionatoria de la administración", en AA.VV. "Control de la Adminis-

el contralor fue atribuido a órganos judiciales de distinto fuero **(19)** y también de diferente instancia —en algunos casos el recurso habilita directamente la intervención exclusiva de las cámaras de apelaciones, mientras que en otros intervienen magistrados de primera instancia **(20)**—; en aquellos casos en que el sistema jurídico no admitía algún tipo de acción o recurso contra la decisión administrativa, el interesado tenía expedita la vía del recurso extraordinario federal, justamente para atacar la irrevisibilidad de la sanción **(21)**.

Por otra parte, generalmente, la legislación vigente solo contempla una instancia judicial de contralor, guardando silencio sobre eventuales recursos ante tribunales superiores, o señalando que el recurso judicial agota la revisión de la sanción **(22)**; excepcionalmente, de cumplirse los requisitos legales y jurisprudenciales, resulta procedente la impugnación por ante la CS a través del carril procesal del art. 14, ley 48 **(23)**.

Sin duda este esquema va a sufrir un fuerte impacto con la reforma de 1994, y la consiguiente jerarquía constitucional otorgada a los tratados internacionales de derechos humanos por el art. 75, inc. 22, CN, en cuanto reconoció el derecho a recurrir o garantía del doble conforme en materia penal, prontamente extendido por decisiones jurisdiccionales al campo administrativo sancionatorio (arts. 8.2.h, CADH y 14.5, PIDCP).

Empero, así como antes las normas constitucionales no bastaron para asegurar el control judicial suficiente de los actos sancionatorios de los tribunales administrativos, sino que ello fue obra de la jurisprudencia de la CS, tampoco la mera existencia de las reglas convencionales garantizaría de manera inmediata el acceso a una doble revisión judicial. Nuevamente, será el Alto Tribunal quien, interpretando el sentido y los alcances del derecho a recurrir, permitirá trazar las coordenadas del sistema de impugnación de las sanciones administrativas.

III. Los recursos directos y la doble instancia judicial

Teniendo en cuenta que los tribunales administrativos se encuentran emplazados en la órbita del poder ejecutivo —sea de la administración centralizada o descentralizada—, la resolución

---

tración Pública. Administrativo, legislativo y judicial", Ediciones RAP, Buenos Aires, 2003, p. 223). No existe un texto orgánico general aplicable a todas las sanciones administrativas (ASCÁRATE, Andrés, "Tipificación de la infracción administrativa", ed. Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2019, p. 59). La proliferación de estos recursos, regulados en diversos cuerpos normativos (preferentemente leyes, pero también decretos-leyes y simples decretos), interfieren en el objetivo de certeza y seguridad jurídica que debe brindar todo ordenamiento jurídico (TAWIL, Guido Santiago, "Administración y Justicia. Alcance del control judicial de la actividad administrativa", ed. Depalma, Buenos Aires, 1993, t. I, ps. 184/185).

(19) El criterio distributivo de la competencia revisora no responde a criterios científicos sino prácticos (BIANCHI Alberto B., "Apuntes en torno al concepto de juez natural con particular referencia a los jueces administrativos", ED 127-933). Imperan en la elección razones de índole política privativas del legislador e irrevisables judicialmente.

(20) No existe un fundamento único para el establecimiento de los recursos directos, debiendo buscarse en cada régimen aplicable su correspondiente justificación (ZAYAT, Valeria E., "Los recursos directos" en TAWIL Guido Santiago (dir.), "Derecho Procesal Administrativo", ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, ps. 792/793).

(21) Fallos 200:383 "Yerba Salus (Mackinnon y Coelho SA Ltda.)"; 213:449 "Vargas Galíndez"; 255:354 "Cámara Gremial de Productores de Azúcar"; 261:36 "Volcán Cuareta". En la actualidad, la mayoría de las leyes que instauran tribunales administrativos, crean diversas vías recursivas, a lo que debe añadirse el sistema de impugnaciones generales previsto en el decreto-ley 19549 (LAPLACETTE, Carlos José, "Recurso Extraordinario. Análisis Teórico y Práctico", ed. La Ley, Buenos Aires, 2011, ps. 22/23), lo que ha hecho perder prácticamente virtualidad al art. 257 CPCCN (PALACIO Lino Enrique, "El Recurso Extraordinario Federal", ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010, pág. 63). En definitiva, en principio, se exige la previa intervención de un tribunal judicial como paso previo a la promoción de la instancia extraordinaria de la CS (PALACIO DE CAEIRO, Silvia B., "Recurso Extraordinario Federal", ed. La Ley, Buenos Aires, 2013, ps. 27 y 31).

(22) Lo que para la CS no generaba agravio constitucional (Fallos 323:1787 "Sociedad Anónima Organización Coordinadora Argentina OCA"; 325:2711 "Laboratorios Butyl"; "Auchán Argentina SA", 07-09-04; 330:1427 "Marchal"). Por supuesto, si la ley hubiera fijado una doble instancia judicial de revisión de dichas resoluciones, el acceso a esa segunda instancia integraría el derecho constitucional de defensa del recurrente (Fallos 303:1929 "Loza"; 307:966 "Bonorino Peró").

(23) Fallos 301:919 "Menna"; 301:1053 "Llaneza"; 310:1715 "La Prensa"; 311:1633 "Ferracutti"; 317:635 "Passalacqua".

que concluye el procedimiento sancionatorio no puede ser considerada una sentencia **(24)**. De este modo, la intervención judicial ulterior lejos está de importar realización del doble conforme. Lo actuado ante el organismo administrativo no comporta una primera instancia **(25)**.

Así como la resolución del tribunal administrativo puede ser objeto de revisión judicial, también la sentencia que la efectiviza es pasible de contralor por parte de otro tribunal judicial. Los arts. 8.2.h de la CADH y 14.5 del PIDCP, según la interpretación jurisprudencial vigente, aseguran la doble conformidad judicial de las sanciones administrativas **(26)**.

Independientemente de lo prescripto en las normas que regulan la materia —sea que nada digan sobre una eventual impugnación de la sentencia judicial, o que directamente establezcan la irrecurribilidad de dicha decisión—, en la actualidad la instancia judicial única no puede subsistir en materia sancionatoria **(27)**.

Cuando un tribunal administrativo impone una sanción sustancialmente punitiva, el infractor tiene derecho a que dicha penalidad sea objeto de contralor judicial y, en caso de que esa sanción no fuera revocada o anulada, tiene derecho a que la sentencia —confirmatoria del acto administrativo sancionatorio— sea a su vez revisada por otro tribunal judicial de superior jerarquía, lo que se conoce como doble conforme. No queda exceptuado de ello lo actuado por una cámara de apelación en instancia originaria. Cualquiera sea el órgano judicial encargado de llevar adelante el control suficiente de la sanción administrativa, contra su resolución cabe un recurso ordinario, accesible y eficaz, que garantice un reexamen integral de la decisión jurisdiccional impugnada **(28)**.

Pueden distinguirse dos conceptos de "recurso directo", uno amplio y otro estricto **(29)**. La noción amplia refiere a la intervención de cualquier tribunal judicial encargado del control de una sanción impuesta en sede administrativa. La noción estricta apunta a la actividad revisora llevada a cabo directamente por un órgano judicial de segunda instancia. Ahora bien, más allá del concepto que se utilice, por imperativo constitucional, toda sanción aplicada por un tri-

(24) Los jueces administrativos no son jueces naturales en los términos del art. 18 CN (BIANCHI, Alberto B., "Apuntes en torno al concepto de juez natural con particular referencia a los jueces administrativos", ED 127-933). En rigor, aunque a veces la ley dispone que contra la "sentencia" del tribunal administrativo la persona sancionada podrá apelar, interponer recurso o deducir recurso de apelación, esa decisión final constituye un acto administrativo, si se quiere de carácter sancionatorio o de contenido jurisdiccional, pero acto administrativo al fin de cuentas (BALBÍN, Carlos F., "Tratado de Derecho Administrativo", ed. La Ley, Buenos Aires, 2011, t. III, p. 17; MARIENHOFF, Miguel S., "Tratado de Derecho Administrativo", ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, t. II, p. 204).

(25) Para la doctrina, aun cuando un recurso abra la competencia del órgano judicial, la pretensión de que se revise una sanción -a fin de que sea revocada, modificada o anulada- importa el ejercicio de una acción procesal (CANOSA Armando N., "La pretensión procesal administrativa y su vinculación con el concepto de recurso en el derecho administrativo", en CASSAGNE Juan Carlos -director-, "Tratado de Derecho Procesal Administrativo", ed. La Ley, Buenos Aires, 2007, T. I, pág. 452; DE LA RÚA Fernando, "Jurisdicción y administración", ed. Lerner, Córdoba, 1979, págs. 114 y 142; GALLEGOS FEDRIANI Pablo, "Recursos directos [aspectos sustanciales y procesales]", Ediciones RAP, Buenos Aires, 2008, págs. 147/148; GORDILLO Agustín, "Tratado de Derecho Administrativo", ed. Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2006, T. 1, IX-19/20 y T. 2 XIII-40). También la CSJN parece sostener que el término apelar debe ser entendido como sinónimo de ocurrir, pues pese a la denominación de recursos, no deben ser tratados como una apelación en sentido estricto (Fallos 1:309 "Benites y Compañía"; 183:389 "Contardi"; 310:1129 "Oddone").

(26) El administrado tiene derecho constitucional a la revisión del fallo -confirmatorio de la sanción- sin importar las razones o motivos, es decir, puede denunciar vicios fácticos, probatorios o jurídicos.

(27) Reconozco que la CS ha negado explícitamente la aplicación de la garantía del doble conforme a las faltas y contravenciones, pero precedentes posteriores, referidos a la garantía del plazo razonable, también contemplada dentro del abanico de seguridades judiciales, extendieron su aplicación al campo del derecho administrativo sancionador (véase notas a pie de página n° 7 y 11).

(28) El recurso no puede limitarse exclusivamente al contralor de las cuestiones jurídicas -y mucho menos las de derecho federal-, rigiendo la directriz jurisprudencial de la máxima capacidad de revisión (Fallos 328:3399 "Casal"; 328:3741 "Martínez Areco"; 329:318 "Benítez"; 329:530 "Salto"; 335:817 "Carrera"; 342:2319 "Rojas").

(29) MURATORIO Jorge I., "Algunas consideraciones acerca del recurso judicial directo", en CASSAGNE Juan Carlos (dir.), "Tratado de Derecho Procesal Administrativo", ed. La Ley, Buenos Aires, 2007, t. II, ps. 635 y 637.

bunal administrativo —cualquiera sea su gravedad— es pasible de control judicial suficiente por el órgano establecido reglamentariamente y, la sentencia que en su caso mantenga —en forma total o parcial— esa sanción administrativa, también podrá ser objeto de revisión por parte de otro tribunal judicial **(30)**. La elección del órgano judicial que habrá de ejercer el control constituye el ejercicio de una facultad privativa irrevisable jurisdiccionalmente **(31)**.

Cuando el "recurso directo" habilita la intervención de un magistrado de primera instancia, no resulta complejo precisar el órgano judicial que tendrá a su cargo la revisión de aquella sentencia. En tal caso, será la cámara de apelación —del fuero correspondiente— la encargada de garantizar el doble conforme, siendo el recurso de apelación y/o de nulidad el instrumento de acceso a la alzada **(32)**.

En esta hipótesis, si el régimen jurídico aplicable dispone expresamente la irrecurribilidad del fallo, el interesado deberá plantear la inconstitucionalidad de dicha restricción (arts. 18, CN; 8°, CADH; 14, PIDCP; 14, ley federal 48 y acordada CS 04/2007) **(33)**. En cambio, si guarda silencio, podrá deducir el recurso de apelación, acudiendo supletoriamente al código procesal respectivo, ello merced a la técnica de la interpretación conforme de la ley **(34)**, pues ninguna ley debe ser declarada inconstitucional en la medida que pueda ser interpretada en consonancia con la Constitución nacional **(35)**. Cuando el criterio de la inapelabilidad del fallo no se deduzca en términos expresos e inequívocos de la ley, deberá optarse por una interpretación armonizante del régimen procesal aplicable —que no prohíbe deducir recurso contra la sentencia del tribunal judicial— con la garantía constitucional —que establece la obligatoriedad de prever una doble instancia judicial—, echando mano del código de procedimiento que rige la actividad del tribunal revisor, que siempre contiene un capítulo dedicado al sistema de impugnaciones de resoluciones judiciales **(36)**.

Ahora bien, en los casos mediante los cuales por el "recurso directo" se accede a una cámara de apelación —siendo este el tribunal en el que se materializa el control judicial suficiente de la sanción administrativa—, la cuestión del órgano judicial que deberá garantizar el doble conforme se torna más compleja. Ello obedece a que, en el organigrama federal, las cámaras resultan ser el superior tribunal de la causa, es decir, contra su sentencia definitiva únicamente procede el recurso extraordinario federal **(37)**.

(30) La concepción histórica del recurso directo como proceso a desarrollarse en instancia única ha perdido virtualidad.

(31) Lo determinante de la validez no es la vía sino la concreta extensión e intensidad de la revisión que se permita. Los recursos directos en sí no son contrarios al bloque de constitucionalidad; en todo caso será su particular regulación lo que lo ponga en pugna con los preceptos constitucionales. En la medida que exista control judicial suficiente y en el proceso se asegure efectivamente el derecho de defensa y la garantía del debido proceso adjetivo, el sistema procesal pasará airoso el test de constitucionalidad (SORIA, Daniel Fernando, "Consideraciones sobre el acceso a la justicia administrativa", en CASSAGNE Juan Carlos (dir.), "Cuestiones del Contencioso Administrativo", ed. Lexis Nexis Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2007, ps. 70/71).

(32) El recurso de apelación -que puede comprender el de nulidad en caso de no encontrarse previsto autónomamente- constituye el medio impugnativo ordinario que permite una revisión amplia del fallo.

(33) Fallos 318:514 "Giroldi"; 318:1234 "Cattonar"; 318:1788 "Montero"; 319:567 "Spinoza Melo"; 319:699 "Martins"; 325:1235 "Fiscal c. García".

(34) La interpretación conforme se da cuando el juez opta por la interpretación que permita cumplir de mejor forma (de manera más completa) con algún mandato constitucional. Desde luego, la interpretación conforme también significa que, ante una interpretación de la ley que vulnera el texto constitucional u otra interpretación de la misma ley que no lo vulnera, el juez siempre prefiere esta última" (CARBONELL, Miguel, estudio preliminar a libro de ZAGREBELSKY Gustavo, "Historia y constitución", ed. Trotta, Madrid, 2005, p. 20).

(35) SAGÜÉS, Néstor Pedro, "Teoría de la Constitución", ed. Astrea, Buenos Aires, 2001, p. 151.

(36) La CS ha dejado sin efecto resoluciones que confirieron a las disposiciones legales aplicables -que no contenían una norma expresamente restrictiva que impidiera a la cámara conocer, como natural tribunal de alzada, respecto de sentencias definitivas dictadas por los jueces de primera instancia- una interpretación constitucional insostenible (Fallos 337:813 "Ojeda Hernández").

(37) En lo que hace a la organización judicial provincial, cabe señalar que las estructuras no son uniformes, imperando en algunas provincias tres instancias judiciales (siendo la última la Corte local) y en otras dos (donde el Superior Tribunal de Justicia, mediante alguna sala,

Empero, este constituye un medio impugnativo limitado, en principio, a las cuestiones de derecho federal, por lo que no basta para asegurar la observancia del derecho fundamental a recurrir **(38)**.

La dificultad para determinar quién deberá acometer la tarea de revisar el fallo de un tribunal de apelación, producto lógicamente de la falta de reglamentación legal, no puede significar desconocimiento de la garantía constitucional del doble conforme judicial, aun frente a sanciones administrativas o penas contravencionales, según la terminología que se prefiera.

En ausencia de un diseño normativo moderno, compatible con las reglas convencionales, nuevamente ha sido la Corte Federal la encargada de trazar las directivas a fin de dar cumplimiento con la garantía constitucional y evitar la responsabilidad internacional del Estado argentino **(39)**.

La CS, interpretando los arts. 8.2.h, CADH y 14.5, PIDCP, elaboró un criterio para determinar cuál debe ser el tribunal revisor en aquellos casos penales en que la sentencia condenatoria no proviene del órgano de juicio, sino que es producto de un tribunal de segunda instancia —cámara de apelación o de casación, según el ordenamiento jurídico—, a consecuencia del éxito del recurso acusatorio contra la absolución **(40)**. Inicialmente consagró lo que se denomina revisión horizontal **(41)**, encomendando el conocimiento del recurso contra la primera condena emanada del tribunal intermedio a otra sala del mismo tribunal, descartando en consecuencia la idoneidad del recurso extraordinario federal a tales fines **(42)**. Seguidamente precisó que la herramienta procesal para garantizar esa doble instancia amplia era la deducción de un nuevo recurso de casación, no siendo necesario interponer un recurso extraordinario federal ni elevar las actuaciones a la Corte Federal **(43)**.

Entiendo que estos precedentes resultan perfectamente aplicables al derecho administrativo sancionatorio o contravencional, y prestan suma utilidad en materia de recursos contra sanciones de tribunales administrativos que tramitan directamente ante una cámara de apelación. Estimo que en "Duarte" y en "P. S. M." la CS adoptó una medida de carácter arquitectónica en el organigrama judicial a fin de asegurar la observancia del derecho fundamental a recurrir **(44)**.

---

cumple labores de segunda instancia). Una reseña al respecto puede consultarse en SBDAR, Claudia Beatriz (dir.), GUTIÉRREZ, Rafael Francisco (Codir.), "Los Recursos Extraordinarios en las Provincias Argentinas y CABA", ed. La Ley, Buenos Aires, 2019.

(38) Fallos 318:514 "Giroldi"; 328:3399 "Casal"; 337:901 "Duarte"; 342:2389 "P. S. M.". En las jurisdicciones provinciales, aun cuando no es posible brindar una conclusión general pues habría que analizar cada ordenamiento estatal en particular, puede decirse que, en principio, los recursos extraordinarios locales no parecen ser la vía adecuada para garantizar el doble conforme judicial, salvo que se los interprete sin rigorismos formales y en tanto permitan la revisión del fallo de un modo amplio, habilitando el control de los hechos y la prueba sin tener que recurrir a la doctrina de la arbitrariedad de sentencia.

(39) Lo hizo respecto de la jurisdicción federal, pero su doctrina -la obligación de asegurarle al imputado una revisión integral de la sentencia condenatoria- es enteramente aplicable en las jurisdicciones provinciales, bien que, en respecto de las autonomías locales, la CSJN no fijó en esos casos quién y cómo debe garantizar el doble conforme (véase dictamen de Procuradora General, en fecha 04-10-2013, en relación a la provincia de Neuquén, en autos "Chambla", fallado el mismo día que "Duarte").

(40) La hipótesis de agravamiento de pena por el tribunal revisor, cuando el órgano de juicio le hubiera impuesta una menor, no es de interés para el estudio de los "recursos directos", por cuanto por imperio del principio de prohibición de reformatio in peius no resulta posible que el tribunal, en ejercicio del control judicial suficiente de una sanción administrativa, pueda modificar la misma en perjuicio del recurrente, incrementando la reacción estatal (arts. 17, 18 y 33 de la CN; 21 de la CADH).

(41) FREIRE, Manuel, "La impugnación del fiscal contra las sentencias definitivas. Su configuración en el diagrama recursivo bonaerense", LLBA 2019 (agosto), 1.

(42) Fallos 337:901 "Duarte"; 340:1094 "Sarlenga". En la misma fecha de Duarte resolvió en forma idéntica otros dos casos, "Chabán" y "Chambla", que no figuran en la colección de fallos (05/08/2014).

(43) Fallos 342:2389 "P. S. M."; 344:161 "Cerrón Ruíz".

(44) Suscribió a la idea de tribunal superior en sentido material para el caso, mandando a que la revisión la hagan mediante un control horizontal jueces de otra sala del mismo tribunal que sentenció. Quienes interpretan el término "tribunal superior" en sentido material o funcional (no orgánico o jerárquico), destacan que lo importante es si el tribunal tiene capacidad para revisar íntegramente la sentencia, con el imperium necesario para dejarla sin efecto (BINDER, Alberto M., "Introducción al

Conforme a ellos, cuando los tribunales de segunda instancia confirmen o modifiquen una sanción, el infraccionado tendrá derecho a interponer un recurso para que la misma cámara —con otra integración en caso de existir una única sala, o mediante la intervención de otra sala de ser posible— pueda llevar a cabo el doble conforme judicial, sin otras limitaciones que los agravios del recurrente. Ese recurso —normalmente de apelación—, catalogado como ordinario, permitirá un examen integral y amplio de la sentencia, tanto en los aspectos fácticos y probatorios como jurídicos **(45)**.

IV. Conclusión

El derecho a la tutela judicial efectiva no se conforma con la existencia del control judicial suficiente de las sanciones administrativas de naturaleza punitiva, sino que requiere del doble conforme judicial (arts. 18 y 33, CN; 1°, 2°, 8° y 25, CADH; 2° y 14, PIDCP).

La existencia de un derecho a recurrir surge de los arts. 8.2.h, CADH y 14.5, PIDCP y no depende de lo que diga ley doméstica (arts. 27, 28, 31 y 75, inc. 22, CN). Por supuesto que los Estados disponen de un amplio margen de discrecionalidad a la hora de reglamentar esa garantía procesal, pero lo que está absolutamente vedado, a la luz de la jurisprudencia reinante, es no asegurar una doble conformidad judicial en materia de derecho contravencional o administrativo sancionador **(46)**.

La competencia para reglar el procedimiento recursivo corresponde preferentemente al poder legislativo (arts. 14, 18, 19, 28, 75, incs. 12, 20 y 32, CN; 1°, 2° y 9°, CADH; 2° y 15, PIDCP). Sin embargo, la ausencia de cláusulas legales específicas no puede obstar a que la persona sancionada acceda a una doble instancia judicial ordinaria, amplia e integral. En nuestro ordenamiento jurídico, los jueces son los custodios y garantes del sistema de derechos (arts. 1°, 31, 43 y 116, CN; 2°, 8° y 25, CADH y 2.2. y 14, PIDCP).

La laguna normativa imperante en materia de régimen de impugnaciones del ejercicio de potestades sancionatorias de los tribunales administrativos debe ser suplida por un prudente activismo judicial **(47)**, consistente en aplicar analógicamente, en el campo del derecho contravencional, la doctrina jurisprudencial creada en el ámbito del derecho procesal penal (fallos "Casal", "Duarte" y "P. S. M.") **(48)**.

De esta manera, cuando el control judicial suficiente es llevado a cabo por un tribunal de apelaciones, el doble conforme deberá practicarse por la misma cámara, a través de otra sala o por medio de otros integrantes, en lo que se da en llamar revisión horizontal. En cambio, cuando esa fiscalización es efectuada por un juez de primera instancia, será la alzada de ese fuero, por

---

derecho procesal penal", ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, p. 287; SOLIMINE, Marcelo A., "Tribunal revisor de la condena por absolución revocada. Jerarquía vs. horizontalidad", LA LEY 2015-08-18). En contra, se dice que esa creación pretoriana viola el derecho constitucional a que la revisión del fallo lo realice un tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica (GÓMEZ, Andrés G., "El órgano revisor ante casos de casación positiva. La utilización de las piezas de la IPP para emitir una sentencia en el proceso penal bonaerense", LLBA 2017 (febrero), 3).

(45) En las provincias serán los superiores tribunales de justicia los que definan el modo de garantizar el doble conforme si ello no viene asegurado por los códigos de procedimientos.

(46) Si bien la Corte ha reconocido que los Estados tienen un margen de apreciación para regular el ejercicio de ese recurso, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir del fallo (CIDH casos "Herrera Ulloa v. Costa Rica", 02/07/2004; y "Barreto Leiva v. Venezuela", 17/11/2009).

(47) Se dice que "una sentencia es propia de un ejercicio activista de la judicatura cuando el tribunal, además de solucionar el caso concreto traído a su juzgamiento, envía señales innovadoras a los demás poderes, a los jueces inferiores y a la sociedad en general, tendientes a generar un cambio en la legislación, o en la jurisprudencia, o en las costumbres (respectivamente)" (MANILI, Pablo Luis, "El Activismo -bueno y malo-", en GOZAÍNI Osvaldo (coord.) -, "Proceso y Constitución", ed. Ediar, Buenos Aires, 2009, p. 369).

(48) Obviamente, las provincias se encuentran obligadas a organizar su sistema de enjuiciamiento de faltas y contravenciones de modo que aseguren las exigencias del bloque de constitucionalidad (arts. 1, 5, 6, 31, 121, 122 y 128 CN; 28 CADH y 50 PIDCP). Lo que la CSJN exige en materia de revisión judicial para el derecho público federal vale también para las provincias (VANOSSI, Jorge Reinaldo A., "Recurso extraordinario federal. Control de constitucionalidad", ed. Universidad, Buenos Aires, 1984, p. 376).

las vías recursivas previstas en el ordenamiento procesal, quien deberá asegurar el derecho a recurrir.

Si bien el derecho al recurso vino a complementar y reforzar la defensa en juicio, transformándose en un elemento imprescindible del debido proceso adjetivo, vale subrayar que la clave de bóveda sigue siendo el control judicial suficiente. Lo exhaustivo de esta revisión es la verdadera garantía del administrado contra una sanción ilegal, arbitraria, injusta o errónea. Justamente, el doble conforme puede servir de instrumento para cotejar el cumplimiento de aquel estándar, evitando que, bajo la excusa de haberse realizado un control judicial suficiente, en rigor se toleren o convaliden revisiones meramente formales o superficiales **(49)**.

(49) Una última reflexión. Es cierto que los tratados internacionales de derechos humanos reconocen derechos y garantías a las personas físicas (arts. 1.2 y 29 CADH). Pero, admitido un sistema de responsabilidad penal comprensivo del comportamiento de las personas jurídicas, por imperio del principio de igualdad ante la ley, no podría otorgarse el derecho a recurrir sólo a una clase de persona sancionada (arts. 16 CN, 24 CADH y 26 PIDCP).

El Consejo Privado inglés y su comparación con el Consejo de Estado francés

Pablo J. Majul

Sumario: I. Introducción.— II. El Consejo Privado inglés (The English Privy Council).— III. Diferencias entre la monarquía en Inglaterra y Francia.— IV. La Administración inglesa y la Administración francesa.— V. El Consejo de Estado francés y el Consejo Privado inglés.— VI. Conclusión.— VII. Bibliografía complementaria.

I. Introducción

Las dos grandes potencias que constituyen la fuente inagotable del derecho occidental moderno han influenciado [y aún hoy lo siguen haciendo **(1)**] en la conformación e interpretación del derecho administrativo: Inglaterra y Francia, a través de sus organizaciones, sistemas políticos y jurídicos, penetraron profundamente en los ordenamientos jurídicos de otros países, como en la República Argentina.

En esta oportunidad, sin desconocer la vastedad de la influencia jurídica, política, cultural, religiosa y social (aunque estas dos últimas en menor medida debido al vínculo *sanguíneo* que nos une a la España católica) desplegada por Inglaterra y Francia, vamos a analizar dos órganos que hunden sus raíces en el medioevo europeo y, sin embargo, continúan vigentes aunque con distintos alcances y matices: El Consejo Privado inglés (The English Privy Council) y el Consejo de Estado francés (Le Conseil d'Etat).

En un estudio comparativo, dentro del acotado límite que permite este trabajo, vamos a detectar que —como casi todas las cosas— el contexto político, social, cultural, económico y hasta geográfico juega un papel crucial para contornear determinadas instituciones y organizaciones de los sistemas políticos nacionales que impactan, de una u otra manera, en otras latitudes como la nuestra.

II. El Consejo Privado inglés (The English Privy Council)

II.1. Historia

Analizando los poderes de la Corona británica se puede observar que mientras el Parlamento inglés desarrollaba sus atributos legislativos, a la vez, se fue gestando un consejo para controlar al rey en el ejercicio de sus prerrogativas (*executive prerogatives*). Este consejo surgió de la antigua *curia regis*.

Mientras el Parlamento desde el inicio estuvo focalizado en ejercer un control sobre los poderes tributarios y legislativos de la Corona, el consejo se originó más para auxiliar al rey en el ejercicio de sus deberes administrativos y judiciales que para controlar sus acciones.

Durante el reinado de Enrique I (Henry I) **(2)** podemos detectar una organización de tipo judicial denominada *curia regis*, que se organizaba separadamente y atendía también a la administración financiera. Sin embargo, no fue

(1) Basta con hacer una lectura transversal de la doctrina y la jurisprudencia nacional para advertir la profusa cita —muchas veces de forma abusiva y descontextualizada— de los precedentes norteamericanos, ingleses, franceses, alemanes, italianos y españoles.

(2) Período de su reinado 1100-1135.

hasta la minoridad de Enrique III (Henry III) **(3)** que se puede hablar de un consejo realmente importante **(4)**. A partir de ese momento su existencia es clara y su acción es rastreable en todos los departamentos de trabajo, volviéndose permanente y continua su labor.

Desde entonces, el consejo contó con los funcionarios del Estado y de la *household*, todo el personal judicial, varios obispos, barones y otros miembros simplemente llamados *councillors*.

Se desconoce cuáles eran las calificaciones de sus miembros. Sus funciones eran variadas, pero su principal misión, o la más característica, fue la de funcionar como tribunal (el término *court*, en el derecho anglosajón, está reservado para los tribunales judiciales). No obstante, también tenían deberes (*duties*) administrativos y ejecutivos. Así se originó lo que se conoce actualmente como el Consejo Privado (Privy Council) que desde los tiempos de Enrique III incrementó constantemente sus poderes y sus funciones. En ocasiones, quedaba un poco en segundo plano bajo reyes fuertes y se destacaba bajo reyes débiles o impopulares, pero siempre creciendo en poder hasta que llegó a ser reconocido como un poder casi coordinado con la corona.

En la época del reinado de Enrique VII (1485-1509), el consejo del rey se había convertido en el instrumento de la corona; estaba integrado por el Consejo Privado, los tribunales de prerrogativa de Cancillería, la Cámara Estrella (Star Chamber), la Alta Comisión (High Commission) y sus subsidiarias locales.

En las colonias americanas con gobernadores reales (*royal governors*) —el número de esas colonias creció de una en 1650 a ocho en 1760— la corona poseía un mecanismo para asegurar que se hiciera cumplir la política real. El Consejo Privado emitió a cada gobernador real de América un conjunto de instrucciones que definían cuidadosamente los límites de la autoridad provincial. Los gobernadores reales debían tener el poder de decidir cuándo convocar a las asambleas provinciales, prorrogar o disolverlas y vetar cualquier legislación aprobada por ellas.

Desde entonces, y en su actual composición, el Privy Council ha perdido gran parte de sus poderes. La mayoría de sus funciones judiciales le fueron arrebatadas en el momento de la abolición de la Star Chamber **(5)**.

El Parlamento ha tomado (*robbed*) sus funciones legislativas más importantes, mientras que un organismo informal conocido como el gabinete (*cabinet*) le ha quitado en realidad, aunque no legalmente, la mayor parte de sus poderes como asesor (*adviser*) de la Corona en el trabajo de la administración **(6)**.

El Consejo Privado hace tiempo que dejó de ser un órgano activo, perdió la mayor parte de sus funciones judiciales y políticas desde mediados del siglo XVII. Esta atrofia fue el resultado de la disminución de la responsabilidad del soberano en las decisiones políticas a medida

(3) Período de su reinado 1207-1272.

(4) Enrique, hijo mayor y heredero del rey Juan (gobernó entre 1199 y 1216), tenía nueve años cuando murió su padre. En ese momento, Londres y gran parte del este de Inglaterra estaban en manos de barones rebeldes liderados por el príncipe Luis (más tarde el rey Luis VIII de Francia), hijo del rey francés Felipe II Augusto. Se formó un consejo de regencia presidido por el venerable William Marshal, primer conde de Pembroke, para gobernar por Enrique; en 1217 los rebeldes habían sido derrotados y Luis se vio obligado a retirarse de Inglaterra. La brecha entre el rey y sus barones comenzó ya en 1237, cuando los barones expresaron su indignación por la influencia ejercida sobre el gobierno por los parientes de Enrique en Saboya. El matrimonio arreglado (1238) por Henry entre su hermana, Leonor, y su brillante joven favorito francés, Simón de Montfort, conde de Leicester, aumentó la influencia extranjera y despertó aún más la hostilidad de la nobleza. En 1242, los medio hermanos Lusignan.

(5) La corte inglesa de Star Chamber fue creada por el rey Enrique VII en 1487 y recibió su nombre de una habitación con estrellas pintadas en el techo del palacio real.

(6) El sistema de consejos funcionó bien siempre que el rey fuera capaz de elegir a los hombres adecuados y proporcionar liderazgo. Los reyes de la casa de Stuart no pudieron hacer esto, y los celos y la ira por las actividades políticas del consejo crecieron entre los parlamentarios y abogados comunes. En medio de las controversias religiosas y constitucionales de mediados del siglo XVII, el sistema de consejos fue barrido, pero el Consejo Privado nunca fue abolido formalmente. Fue revivido bajo Carlos II (1660-85), pero después de eso, la corona se volvió cada vez más hacia el gabinete. En el Acta de Liquidación de 1701 (Sucesión Hannoveriana) se hizo un intento de devolver el poder al Consejo Privado, pero resultó inútil.

que el poder pasó del monarca al primer ministro y al gabinete. En los tiempos modernos, las reuniones del Consejo Privado se llevan a cabo para la toma de decisiones formales.

II.2. Organización

Desde el momento de la adhesión de Jorge I (1714-1727), el Privy Council se convirtió en una reunión de cuerpo puramente formal para realizar transacciones formales. En 1960 había más de 300 miembros, en su mayoría dignatarios que ocupaban o habían ocupado altos cargos políticos, judiciales o eclesiásticos, junto con una persona eminente ocasional en ciencias o letras **(7)**.

Hay una oficina del Consejo Privado (Privy Council Office), con el presidente principal del consejo como ministro responsable (Lord President). Se ocupa de la elaboración de órdenes en el consejo (*orders-in-council*) y la emisión de cartas reales, principalmente a corporaciones municipales y organismos caritativos dedicados a la educación, la investigación y el fomento de la literatura, la ciencia y las artes. El consejo tiene la responsabilidad principal de la investigación a través del departamento de investigación científica e industrial. Por lo general, funciona a través de comités, el más notable es el Comité Judicial del Consejo Privado (The Judicial Committee of the Privy Council), que fue establecido por estatuto y escucha las apelaciones de los tribunales eclesiásticos, tribunales de presas y tribunales de las *colonias*, así como algunos miembros independientes del Commonwealth.

Legalmente, el cargo de consejero privado (*privy councillor*) es solo durante la vida del monarca reinante y seis meses después; pero la reelección, al llegar al trono de su sucesor, se realiza de forma natural. La membresía del Privy Council es de por vida. Técnicamente, un *privy counsellor* no puede renunciar; una solicitud de renuncia se interpreta como una solicitud *buscando el consentimiento de la reina* para la eliminación del nombre de la persona de la lista de consejeros privados. Al igual que con las citas para el Consejo Privado, la destitución sería un asunto de la reina, actuando con el consejo del primer ministro. Ejemplos de consejeros privados que han sido permitidos a "renunciar" de la lista en los últimos años incluyen a Jonathan Aitken en 1997 y Chris Huhne en 2013, ambos condenados por ofensas criminales **(8)**. Lord Prescott también fue destituido del *Privy Council* en 2013, en su solicitud, en protesta por los retrasos en los cambios en la forma en que la prensa ser regulado tras el escándalo de la piratería telefónica **(9)**. El Privy Council también puede —aunque es poco frecuente— remover a sus miembros. Por ejemplo, Elliot Morley fue eliminado de la lista de consejeros privados después de haber sido condenado por fraude en relación con sus gastos parlamentarios **(10)**.

El Consejo Privado se reúne en promedio una vez al mes y estas reuniones se llevan a cabo en presencia de la reina. Solo los actuales ministros del Gobierno (ellos mismos Consejeros Privados) asisten a las reuniones (*meetings*). El quórum para una reunión del Consejo Privado es de tres consejeros, aunque normalmente asisten cuatro ministros a cada reunión. Ellos son el Lord President y los otros ministros en de acuerdo si su asistencia puede tenga algo que ver con la naturaleza del asunto en cuestión. Por convención, los ministros permanecen de pie durante la reunión, que dura unos 30 minutos. La mayor parte de los negocios realizados en estas reuniones es una formalidad constitucional.

Un informe de Patrick O'Connor QC sobre el papel del *Privy Council*, describe una reunión típica:

"The Lord President stands to the right of the monarch and reads out the titles of any propo-

(7) Su conformación es, en la actualidad, prácticamente la misma que durante la Edad Media: integrada por los chiefs de los diversos departamentos y, como el nombramiento es prácticamente vitalicio, los jefes de departamentos de administraciones anteriores, ciertos funcionarios judiciales y otros funcionarios importantes, como el Presidente de la Cámara de los Comunes (Speaker of the House of Commons), el Comandante en jefe (Commander-in-Chief) y una amplia representación de la nobleza secular y eclesiástica.

(8) "Right honourable no more: The Privy Council quitters'", BBC News, 12/02/2013.

(9) "John Prescott quits Privy Council in press regulation protest", BBC News, 06/07/2013.

(10) Privy Council Office, Orders in Council 2011, 08/06/2011; Orders in Council 2013, 09/10/2013.

sed OICs [Orders in Council]. The monarch assents by saying 'Approved'. She may ask the occasional question. The orders are then signed and sealed by officials" **(11)**.

II.3. Funciones

El principal deber que tiene ahora el Consejo es asesorar a la Corona en cuanto a la cuestión de las ordenanzas (*ordinances*) que, para la ley inglesa, se conocen como "órdenes en consejo" (*orders in council*). La importancia de su intervención se puede verificar en el hecho que las ordenanzas emitidas sin su aprobación no son válidas. Este poder es realmente muy importante, ya que, muchos asuntos están regulados por *órdenes en consejo* que en ese país son atendidas por la legislatura.

Además, como resultado del desarrollo de un control administrativo central, se impone al Consejo el deber de examinar una serie de ordenanzas emitidas por las autoridades locales cuya validez se hace depender de su aprobación.

Finalmente, sus miembros son los únicos consejeros constitucionales de la corona y es solo como miembros del Consejo Privado que los diversos ministros pueden asesorarla. Como cada miembro del gabinete debe ser, a la vez, consejero privado, se deduce que la acción y el consejo del Consejo Privado están controlados por el gabinete, de modo que la existencia del Consejo Privado no debilita en modo alguno esa responsabilidad de los ministros por la acción de la Corona, que juega un papel tan importante en el sistema gubernamental inglés.

A partir de este Consejo Privado se han desarrollado varias juntas que, en realidad, son departamentos ejecutivos. Algunos de ellos, como la junta de comercio (*board of trade*) y la junta de agricultura (*board of agriculture*), están ahora completamente separados del Consejo, mientras que otros aún no han alcanzado una independencia similar, pero el presidente del Consejo es considerado responsable de su acción [v.gr. *the committee of council for education*, comúnmente conocido como Education Department; también podemos mencionar *the judicial committee of the Privy Council* **(12)**, que funcionaba como tribunal de apelación para casos eclesiásticos y provenientes de las *colonias* **(13)**].

Con frecuencia se solicita al Consejo Privado que decida cuestiones de derecho constitucional. Esto tiene mucho que ver con el hecho de que muchas de las jurisdicciones para las que el Consejo Privado sirve y ha servido como la última corte de apelación han escrito —bajo el modelo de Westminster— constituciones **(14)**.

En su papel de tribunal constitucional, que ha sido descrito como de "considerable importancia" **(15)**, el Privy Council ha tenido que considerar y decidir una serie de cuestiones que incluyen temas tan diversos como la compatibilidad de medidas legislativas, ejecutivas y judiciales con el principio de separación de poderes **(16)** la protección constitucional de la

(11) O' CONNOR, "Constitutional Role of the Privy Council", p. 8.

(12) En 1833, a instancias de Lord Brougham, el Lord Canciller, el Parlamento aprobó la Judicial Committee Act 1833. La Ley estableció un comité estatutario del Consejo Privado, conocido como Comité Judicial del Consejo Privado, para escuchar las apelaciones al Rey-en-el-Consejo (King-in-Council). Además de las apelaciones coloniales, la legislación posterior otorgó al Comité Judicial jurisdicción de apelación sobre una variedad de asuntos diversos, como patentes, asuntos eclesiásticos y juicios por premios.

(13) Actualmente son las naciones que conforman el Commonwealth. El Privy Council escucha los llamamientos de varias naciones del Commonwealth incluyendo a naciones independientes, podemos mencionar: Antigua y Barbuda; Las Bahamas; Territorio Británico del Océano Índico; las Islas Cook y Niue; San Vicente y las Granadinas Granada; Jamaica; San Cristóbal y Nieves; Santa Lucía y Tuvalu.

(14) PENNINGTON-BENTON, Rowan — MASOOD, Hafsah, "The Judicial Committee of the Privy Council — Contribution to Judicial Review and Public Law", Judicial Review, 1, vol. 23, 2018, 65-82. 19. Véase Privy Council Practice (Oxford University Press, 2017), párr. 6.03 donde se explica que el término "modelo de Westminster" "se refiere a constituciones, redactadas en gran parte en Westminster con alguna consulta local, que tenían la intención de garantizar, en la medida de lo posible, la continuidad de algunas reglas y reflejar ciertas características básicas asociadas con lo "no escrito" en el sistema legal del Reino Unido.

(15) Ibídem.

(16) 21 por ejemplo: "Linyage v. The Queen" [1967] 1 AC 259; "Hinds v. The Queen" [1977] AC 5; "Ahnee v. DPP"

judicatura inferior y los funcionarios públicos contra los pedidos de destitución **(17)**, el contenido y alcance de varios derechos fundamentales **(18)**, la disponibilidad y principios para la evaluación de daños constitucionales **(19)**, y cuestiones procesales, por ejemplo, si es un abuso de proceso presentar una moción constitucional cuando hay un remedio alternativo disponible **(20)**.

En el ámbito académico británico se ha señalado que la jurisprudencia del Consejo Privado contiene una gran cantidad de debates interesantes y profundos sobre los temas detallados. Con una tendencia creciente en los últimos años a reconocer y desarrollar derecho *consuetudinario constitucional* **(21)**.

Por otro lado, históricamente se ha mencionado un gabinete **(22)** que prácticamente controla la actuación del Privy Council. Este organismo se desarrolló en gran parte por la razón de que el Consejo Privado era un organismo demasiado grande para atender eficazmente el trabajo de la administración. Por lo tanto, era costumbre del rey elegir un cierto número de sus miembros en los que tenía especial confianza y a quienes pedía consejo.

Esta práctica, después de la Restauración (Restoration) **(23)**, se consideró peligrosa, pero el gabinete creció cada vez más en el poder hasta que finalmente atrajo hacia sí los principales poderes ejecutivos del gobierno y ahora se considera como una característica esencial de la política inglesa.

III. Diferencias entre la monarquía en Inglaterra y Francia

El desarrollo del absolutismo en Francia siguió un curso bastante similar en algunos aspectos al de Inglaterra. Aunque Francia permaneció católica, sus gobernantes debieron luchar contra una oposición calvinista (hugonote) casi tan formidable como la de los puritanos en Inglaterra. Tenían también una clase media próspera a la cual debían acudir en procura de apoyo, en ocasiones, contra la nobleza. Ambas

---

[1999] 2 AC 294; "Mauritius v. Khoyratty" [2006] UKPC 13, [2007] 1 AC 80; "Ferguson v. Attorney General of Trinidad and Tobago" [2016] UKPC 2; "Brantley v. Constituency Boundaries Commission" [2015] UKPC 21, [2015] 1 WLR 2753.

(17) Por ejemplo: "Thomas v. Attorney General of Trinidad and Tobago" [1982] AC 113; "Fraser v. Judicial and Legal Services Commission" [2008] UKPC 25; "Inniss v. St Christopher and Nevis" [2008] UKPC 42.

(18) Ver más recientemente: "Maharaj v. Prime Minister of Trinidad & Tobago" [2016] UKPC 37; "Brantley v. Constituency Boundaries Commission" [2015] UKPC 21, [2015] 1 WLR 2753 at [28]-[29] (concerning the right of an individual to "the protection of the law"); "Commodore of the Royal Bahamas Defence Force and others v. Laramore" [2017] UKPC 13, [2017] 1 WLR 2752 (on the right to freedom of conscience, thought and religion); and "Madhewoo v. Mauritius" [2016] UKPC 30, [2016] 4 WLR 167 (the right to respect for private life).

(19) "Maharaj v. Attorney General of Trinidad and Tobago (No. 2)" [1979] AC 385; "Ramanoop v. Attorney General of Trinidad and Tobago" [2005] UKPC 15, [2006] 1 AC 328; "James v. Attorney General of Trinidad and Tobago" [2010] UKPC 23; "Alleyne v. Attorney General of Trinidad and Tobago" [2015] UKPC 3.

(20) "Harrikissoon v. Attorney General of Trinidad and Tobago" [1980] AC 265; "Johnatty v. Attorney General of Trinidad and Tobago" [2008] UKPC 55.

(21) La Corte Suprema del Reino Unido (UK Supreme Court) ha indicado en varios casos que el punto de partida para que un tribunal considere una cuestión como de "derechos individuales" (individuals rights), estos derechos deben tratarse del derecho consuetudinario (common law) y solo a partir de entonces, si es necesario, será la intervención de la Comisión Europea de Derechos Humanos (CEDH): ver "Osborn v. Parole Board" [2013] UKSC 61; "Kennedy v. Information Commissioner [2014] UKSC 20; Re BBC [2014] UKSC 25, [2015] AC 588; and "R (Unison) v. Lord Chancellor" [2017] UKSC 51, [2017] 3 WLR 409.

(22) Estos se reunían en una sala o gabinete interior del palacio, y por esta circunstancia se le dio el nombre de gabinete al cuerpo de ministros que el rey eligió para asesorarlo.

(23) En 1660 el Parlamento recién elegido logró que el príncipe Carlos volviera a Inglaterra y ocupara el trono de su padre. Carlos se comprometió a no gobernar como un déspota, sino a respetar al Parlamento y observar la Carta Magna y la Petición de Derechos, pues admitía que no deseaba "reanudar sus viajes". Inglaterra comenzó así la etapa llamada de la Restauración que abarcó los reinados de Carlos II (1660-1685) y su hermano Jacobo II (1685-1688). Recién en 1688-89, cuando tuvo lugar la Revolución Gloriosa, el Parlamento logró su triunfo final sobre el rey y, en consecuencia, la sentencia de muerte de la monarquía absoluta en Inglaterra y dio el golpe de gracia a la teoría del derecho divino de los reyes. La Revolución Gloriosa contribuyó mucho a que se produjeran las revoluciones norteamericana y francesa a fines del siglo XVIII.

naciones tenían sus firmes defensores del absolutismo entre los abogados y filósofos políticos.

Pero existía una notable diferencia. Inglaterra gozaba de la ventaja del aislamiento geográfico que la resguardaba del peligro extranjero. Su suelo no había sido invadido desde la conquista normanda, en 1066. Como consecuencia, su pueblo se sentía seguro. Francia, por otra parte, como la mayoría de las naciones continentales, enfrentaba casi constantemente amenazas de invasión. Obviamente, la situación geográfica no fue la causa principal que marcó las diferencias entre estas dos monarquías, pero fue sin duda un factor importante.

Los Tudor fueron los verdaderos fundadores del gobierno despótico en Inglaterra. El primer rey de esa dinastía, Enrique VII, subió al trono en 1485, al final de la Guerra de las Dos Rosas (War of the Roses) **(24)**, en la que dos facciones de nobles rivales habían luchado hasta el agotamiento. Era tan grande el descontento originado por esas luchas que muchos ciudadanos recibieron de buen grado el establecimiento de la monarquía absoluta como alternativa de la anarquía. La clase media, especialmente, quería la protección de un gobierno firme. Hay que agregar que los miembros más célebres de la dinastía, Enrique VIII (1509-1547) e Isabel (1558-1603), adquirieron parte de su poder simulando astutamente que ejercían un gobierno popular. Cuando deseaban tomar medidas que "no estaban muy seguros", recurrían regularmente a la formalidad de obtener la aprobación parlamentaria. O cuando necesitaban más dinero, se las arreglaban para proceder de modo que pareciese que las asignaciones eran concesiones voluntarias de los representantes del pueblo. Bajo el reinado de esos soberanos la rama legislativa del gobierno era poco más que un sello de goma. Convocaban al Parlamento de manera irregular y circunscribían sus sesiones a períodos muy breves; interferían en las elecciones y llenaban las dos cámaras con sus favoritos. Por otra parte, adulaban, halagaban o insultaban a los parlamentarios, según lo exigía el caso, para conseguir su apoyo **(25)**.

El absolutismo real en Francia fue el resultado de una evolución gradual. Algunos de sus antecedentes se remontan a los reinados de Felipe Augusto, Luis IX y Felipe IV, en los siglos XIII y XIV. Esos reyes consolidaron el poder real reclutando soldados mercenarios, sustituyendo los derechos feudales con los impuestos nacionales, arrogándose la facultad de administrar justicia y restringiendo la autoridad del papa para dirigir los asuntos eclesiásticos en el reino de Francia. La Guerra de los Cien Años (1337-1453) aumentó todavía más el poder de los reyes franceses. Estos podían ya establecer nuevas formas de impuestos, mantener un gran ejército permanente y abolir la soberanía de los señores feudales. Estos se vieron reducidos poco a poco a la categoría de cortesanos y sus títulos, y hasta su prestigio dependían principalmente de la voluntad del monarca.

En Francia, la monarquía absoluta llegó a su apogeo durante los reinados de los tres Borbones anteriores a la Revolución. El primero de la serie fue Luis XIV (1643-1715), quien encarnó el ideal absolutista más total que cualquier otro soberano de su época. Orgulloso, pródigo y dominante, tenía el concepto más alto de su posición como rey. No solo consideraba que Dios le había encomendado la tarea de gobernar, sino que, además, pensaba que el bienestar del Estado se vinculaba íntimamente con su propia personalidad. La frase famosa que se le atribuye "l'état c'est moi" ("El Estado soy yo") quizás no constituyan sus palabras exactas, pero expresa con mucha claridad lo que pensaba de su autoridad. Sus sucesores, Luis XV (1715-1774) y Luis XVI (1774-1792), también creían gobernar por derecho divino. Pero ninguno de esos reyes trató de imitar al Gran Monarca en su "entusiasmo" por el trabajo y su atención dedicada a los asuntos de Estado. El día de 1789 en que el pueblo tomó la Bastilla, Luis XVI escribió en su diario "Nada". Pero ambos monarcas gobernaron de forma más arbitraria que sus antecesores. Aceptaban que sus ministros encerraran sin juicio previo a personas de cuya deslealtad se sospechaba; suprimían los tribunales que se oponían a la aprobación de sus decretos y pu-

(24) 1455-1487.

(25) McNALL BURNS, Edward, "Western civilizations. Their history and culture", W.W. Norton and Company Inc. New York, 1947, traducción de Rubén A. Laporte, Ed. Siglo Veinte, Buenos Aires, 1980, p. 510.

sieron al país al borde de la bancarrota con sus guerras costosas y sus prodigalidades **(26)**.

Con elocuente nitidez, el profesor Dr. Alberto Bianchi señaló que toda la sucesión de los hechos acaecidos durante la Revolución de 1789 indica claramente que los franceses se sienten cómodos bajo una autoridad ejecutiva fuerte. Pensemos —reflexiona Bianchi— que Napoleón no creó el Consejo de Estado para autolimitarse, sino para dejar de estar sometido a los jueces del Antiguo Régimen y, a merced de ello, la Administración francesa hoy en día continúa exenta en muchos casos de la revisión judicial de sus actos.

Consecuentemente, a diferencia de los ingleses, que muy temprano sintieron la necesidad de controlar al rey por medio de un Parlamento; los franceses han apoyado sus instituciones en la fortaleza del rey, del emperador o del presidente, según los casos **(27)**.

IV. La Administración inglesa y la Administración francesa

En Inglaterra surge tardíamente una Administración estatal; no era necesaria una Administración con grandes órganos y surgió como producto de la industrialización, en torno al Estado democrático moderno, el que se vio en la obligación de asumir ciertas prestaciones de regulación y de servicios. El camino que recorrieron los ingleses —señala Barraza **(28)**— estuvo signado durante un largo período por el sistema del *self government* que significó que el sistema de los jueces de paz, prefectos de circunscripción, jefes locales y oficiales de la milicia, nombrados por el rey y, por ello, conformaban una "nobleza rural" y ejercían sus cargos como ocupación secundaria y gratuitamente, o por una remuneración mínima.

Este sistema no alentaba una Administración profesionalizada, sino que los dignatarios locales deseaban acceder a tales cargos por el honor que significaba obtener el nombramiento real. El acceso al cargo público era una cuestión honorífica.

El hecho que en Inglaterra no existiera una Administración centralizada como en Francia fue también fruto de la labor parlamentaria inglesa, la que desde el siglo XII, se opuso implacablemente a una Administración que estuviera centralizada en manos del monarca y bajo su dirección **(29)**.

Hasta el siglo XIX Inglaterra no contaba con la moderna organización ministerial que ya existía en Europa continental, en especial Francia y Alemania. No obstante, si bien Inglaterra partió de una administración poco profesionalizada, las necesidades de la vida moderna, paulatinamente, fueron imponiendo cuerpos administrativos remunerados y estables; sin embargo, nunca alcanzaría a la completa y profesionalizada organización ministerial francesa.

Es interesante —a modo comparativo— que mientras los ingleses accedían a los cargos públicos por el honor, el sistema judicial francés prerrevolucionario fue producto de criticables formas de nombramiento. A partir de los siglos XIV y XV fue habitual y legal que los jueces vendieran sus cargos a un tercero por una suma de dinero; práctica que se extendía también a los puestos de la Administración, lo que generaba importantes ingresos para el Tesoro, ya que, mientras más cargos públicos se creaban, más ingresos se obtenían **(30)**.

Sea como sea, Francia es un ejemplo notable del proceso de centralización del poder. Desde la época de Luis XIV se pueden detectar atisbos de este proceso, como, por ejemplo, la fundación de la Oficina para el Control de las Finanzas en la que convergían los ingresos provenientes de los impuestos, dominios y regalías. A partir de este sistema de órganos administrativos superiores se formó antes de la revolución y durante

(26) McBURNS, Edward, ob. cit., ps. 520 y ss.

(27) BIANCHI, Alberto B., "Breve historia de la formación constitucional francesa", RDA 2011-75, 33; Cita Online: AR/DOC/9967/2012.

(28) BARRAZA, Javier I., "Tratado de derecho administrativo", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2016, 1ª ed., p. 99.

(29) Ibídem.

(30) BIANCHI, Alberto, "Breve historia de la formación constitucional francesa", RDA 2011-75, 33; Cita Online: AR/DOC/9967/2012, p. 3.

el primer período revolucionario, el modelo de la moderna organización ministerial **(31)**.

A diferencia de Inglaterra, Francia organizó una estructura jerárquica de funcionarios especializados **(32)**.

V. El Consejo de Estado francés y el Consejo Privado inglés

En las monarquías francesa, inglesa y española **(33)** (por mencionar las tres principales del mundo occidental) era común que un gabinete, cámara o consejo de expertos entibe las decisiones del monarca mediante el ejercicio de una atribución de tipo consultivo.

Le Conseil d'Etat, a diferencia del Privy Council y del Consejo de Estado español **(34)**, además de ejercer una función consultiva lleva a cabo la función *jurisdiccional* sobre algunos temas de la Administración **(35)**; erigiéndose —así— en un órgano no solo de consulta, sino también de control **(36)** —por fuera del Poder Judicial— de L'administration. No desconocemos que el Consejo Privado inglés también ejerce funciones jurisdiccionales, pero no tienen las mismas características y naturaleza que la que lleva a cabo el Consejo francés; en este último caso, tiene la prerrogativa especial de controlar y juzgar a la Administración.

Por ello, el sistema legal francés es de dualidad de normas y dualidad de jurisdicción, a diferencia de Estados Unidos, Inglaterra, España y Argentina en donde impera un sistema judicialista.

En el caso argentino, donde existe dualidad de normas (hay normas especiales que se aplican en las relaciones entre el Estado y los particulares) y unidad de jurisdicción (el único que resuelve los conflictos con carácter de cosa juzgada es el Poder Judicial). Esta última característica, producto del amalgamiento criollo entre el sistema constitucional tomado de Estados Unidos y el régimen administrativo francés heredado de España, se encuentra un poco diluida

(31) BARRAZA, Javier I., ob. cit., p. 100.

(32) El 9 de octubre de 1945, después de la Segunda Guerra Mundial, por ordenanza del Gobierno Provisional de la República Francesa, entonces, presidido por el General de Gaulle, se crea en Francia la Escuela Nacional de la Administración (École nationale d'administration). La misión de ENA es democratizar la contratación de altos funcionarios gubernamentales y profesionalizar su formación (https://www.ena.fr/Ecole/Qui-sommes-nous/Histoire).

(33) El desarrollo de la monarquía absoluta en España fue más rápido e ininterrumpido que en Francia. En el siglo XIII lo que es actualmente España estaba dividida en cinco partes. Cuatro reinos cristianos —Aragón, Castilla, León y Navarra— tenían una existencia precaria en el norte, en tanto que la mitad sur del país estaba en poder de los moros. En el siglo XV la unificación de facto se llevó a cabo mediante el matrimonio de Fernando de Aragón e Isabel de Castilla. Como sus antecesores, continuaron la lucha contra los moros, consiguiendo la captura de Granada.

(34) Art. 107, Constitución española: "El Consejo de Estado es el supremo órgano consultivo del Gobierno. Una ley orgánica regulará su composición y competencia".

(35) No obstante, como señalamos anteriormente, el Comité Judicial del Privy Council (JCPC) es el tribunal de apelación más alto para ciertos territorios británicos, algunos países de la Commonwealth y algunos organismos del Reino Unido. En los reinos de la Commonwealth, las apelaciones se hacen nominalmente a "Su Majestad en Consejo" (es decir, el monarca británico según lo aconsejado formalmente por sus Consejeros Privados), quien luego remite el caso al Comité Judicial para que lo "asesore", mientras que en las repúblicas de la Commonwealth se mantiene el JCPC como su último tribunal de apelación, las apelaciones se hacen directamente al Comité Judicial mismo. El panel de jueces (típicamente cinco en número) que escucha un caso en particular se conoce como "la Junta". El "informe" de la Junta siempre es aceptado por la Reina en el Consejo como juicio (HOWELL, P. A., "The Judicial Committee of the Privy Council, 1833-1876: Its Origins, Structure, and Development, Cambridge", Cambridge University Press, UK, 1979).

(36) Comparto el interesante enfoque dado por Roberto E. Luqui, quien, siguiendo a Bielsa, señaló que en nuestro sistema jurídico-político es en cierto modo incorrecto hablar de "control judicial de la Administración pública", cuando en realidad, en el orden nacional el Poder Judicial no ejerce un verdadero control sobre la actividad administrativa. La justicia juzga a la Administración, pero no la controla. Controlar implica verificar, fiscalizar, intervenir en la acción de otro, sobre el cual el controlador ejerce su autoridad, por el mando o preponderancia que tiene. Cuando la justicia resuelve un juicio promovido por un administrado para atacar un acto de la Administración pública y lo declara ilegítimo, su función se limita a resolver la contienda que generó en acto impugnado (LUQUI, Roberto E., "Revisión judicial de la actividad administrativa", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2005, t. 1, ps. 139-140).

en nuestro país porque si bien los jueces son los únicos que tienen la atribución constitucional de resolver contiendas o casos, cuando se trata de dirimir cuestiones de derecho público en que están implicados los intereses del Estado, entra en funcionamiento un fuero judicial especializado que lo denominamos *contencioso administrativo*.

En el sistema anglosajón todas las personas, el Estado y sus organismos están sometidos al mismo derecho, *common law*. Es evidente —señala Ernesto Marcer— que aquí la división de poderes se ha interpretado en forma totalmente distinta que, en Francia, aceptándose una coordinación entre los órganos del Estado, donde cada órgano posee algo de cada una de las funciones y puede influir sobre los otros a través del sistema de frenos y contrapesos **(37)**.

No obstante, explica el profesor Marcer, este sistema admitirá la existencia de tribunales administrativos **(38)**, es decir, de órganos que al formar parte de la Administración resuelven conflictos que vinculan a esta y a particulares, especialmente en lo que hace al control de determinadas actividades económicas. Este sistema lo denomina de "unidad de jurisdicción" y de "unidad de normas", toda vez que los conflictos entre la Administración y los particulares son resueltos por el órgano judicial de acuerdo con el *common law* **(39)**.

Recordemos que el Consejo de Estado en Francia, producto de la Constitución del año VIII, fue el órgano encargado de redactar los proyectos de ley y los reglamentos de la Administración pública (art. 52). No obstante, la ley de los revolucionarios del 16-24 de agosto de 1790 fue la que dio forma a la instauración dogmática del derecho administrativo. La ley —aún vigente—, establece:

"Art. 10. Los Tribunales no podrán tomar directamente o indirectamente parte alguna respecto del ejercicio del poder legislativo, ni impedir o suspender el ejercicio de los decretos de los Cuerpos legislativos, sancionados por el Rey, bajo pena de abuso de autoridad [*forfaiture*]".

"Art. 13. Las funciones judiciales son distintas y permanecerán siempre separadas de las funciones administrativas. Los jueces no podrán, bajo pena de abuso de autoridad, molestar, de cualquier forma, que sea, las operaciones de los cuerpos administrativos, ni citar ante ellos a los administradores en razón de sus funciones".

Durante el Antiguo Régimen, los Estados generales, a diferencia del sistema inglés, nunca pasaron de ser reuniones ocasionales y breves, dotadas de meras funciones informativas y consultivas, convocadas y clausuradas por voluntad del rey.

Por otro lado, en lo atinente a la organización judicial existían, en Francia dos órganos: a) el Consejo Privado y b) el Parlamento de París, ambos derivados —al igual que en Inglaterra— de la *curia regis*. Este órgano del medioevo tenía una competencia e integración similar a la de los ingleses.

En este esquema histórico-político, podemos observar que mientras Le Conseil d'Etat, adquiere su actual conformación y característica luego del golpe de Estado del 18 de Brumario del Año VIII a través de la figura central de Napoleón Bonaparte que pretendió dar cobertura institucional a una sola realidad política: el dominio de un nuevo monarca; contrariamente, el Privy Council inglés fue perdiendo fuerzas y competencias a la vez que el poder de la Corona se iba diluyendo al compás del fortalecimiento del Parlamento, reduciéndose a un mero *cabinet* de asesoramiento con limitadísimas atribuciones de jurisdicción en asuntos locales y provenientes de las colonias. Además, el Consejo Privado, a diferencia de lo que aconteció con el Consejo de Estado francés, se gestó para asesorar al monarca y auxiliarlo; mientras que la intención de la instauración del organis-

(37) MARCER, Ernesto A., "Demandas contra el Estado", Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2013, 2ª ed., p. 34.

(38) Tales tribunales administrativos suelen ser denominados de esa manera (tribunals), o también boards, committee, commission, authority y -hasta en ciertos casos- también courts, siempre ajenos al Poder Judicial ("Parpwoth; Constitucional & administrative law", p. 60; citado por BARRA, Rodolfo C., Derecho Administrativo. Acto administrativo y reglamentos, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2018, t. 1, ps. 483-484).

(39) MARCER, Ernesto A., ob. cit., p. 35.

mo en Francia fue —justamente— para que el futuro emperador no esté constreñido ni controlado por los jueces en el marco de *Les constitutions de l´Empire* que impusieron la llamada democracia cesarista en el país galo.

En definitiva, la gran diferencia entre estos dos organismos, radica —como ya lo expusimos— en que mientras el Consejo Privado inglés actúa preponderantemente como un órgano asesor o consulta del soberano (Su Majestad) al estilo de un gabinete, también desempeña una *jurisdiction* limitada y especial (*court of appeal*) sobre algunos temas provenientes de organismos y territorios británicos, pero su poder no alcanza —a diferencia del Consejo de Estado francés— a la Administración central, la cual está sujeta al *common law* y a los tribunales de justicia.

	Consejo Privado inglés	**Consejo de Estado francés**
Denominación oficial	Her Majesty's Most Honourable Privy Council	Conseil d'État
Origen	El actual Consejo Privado del Reino Unido data del 1 de enero de 1801. Antes de esa fecha existía un Consejo Privado para Gran Bretaña y un Consejo Privado separado para Irlanda. Antes de 1708, existían tres consejos privados distintos para Inglaterra, Escocia e Irlanda.	13 de diciembre de 1799 (Constitución del 22 de Frimario del año VIII) - Napoleón Bonaparte
Antecedente/Precedente	- *Curia regis* (medioevo) - Privy Council of Scotland, Ireland and the Privy Council of England	- *Curia regis* (medioevo) - El Consejo de Estado que era una sección del Consejo Real en la época de Luis XIV (Antiguo Régimen).
Fin de su constitución	- Auxilio y consejo del rey. También ejercía una forma de control. - El Privy Council actuaba anteriormente como el Tribunal Superior de Apelaciones para todo el Imperio Británico (excepto para el propio Reino Unido).	- Etapa prerrevolucionaria: máxima autoridad administrativa. - Etapa posrevolucionaria: control y juzgamiento de la Administración.
Funciones	Asesoramiento real, emisión de instrumentos ejecutivos (*orders in council*), ciertas funciones jurisdiccionales domésticas a travésdel The Judicial Committee of the Privy Council. Continúa escuchando apelaciones judiciales de algunos otros países independientes de la Commonwealth, así como dependencias de la Corona y Territorios Británicos de Ultramar	El Consejo de Estado ejerce dos misiones históricas: asesor del Gobierno para la elaboración de proyectos de ley, decreto, etc., es también el juez supremo administrativo que resuelve los litigios relacionados con actos administrativos. El Consejo de Estado también es responsable degestionar toda la jurisdicción administrativa.

	Consejo Privado inglés	**Consejo de Estado francés**
Composición	El oficial principal del cuerpo es el Lord President del Consejo, que es el cuarto Gran Oficial de Estado más alto, un miembro del Gabinete y normalmente, el Líder de la Cámara de los Lores o de la Cámarade los Comunes. Otro funcionario importante es el secretario, cuya firma se adjunta a todos los pedidos realizados en el Consejo. Actualmente, los miembros del Consejo Privado son nombrados porla Reina con el asesoramiento del Primer Ministro.	El presidente del Consejo de Estado es el Primer Ministro o el Ministro de Justicia. En la práctica, el Consejo de Estado está encabezado por su vicepresidente. Los auditores de segunda clase se contratan exclusivamente después de dejar la Escuela Nacional de Administración (École nationale d'administration).
Sede	Middlesex Guildhall, Westminster,Londres.	Palais-Royal, París.
Sistema jurídico	Unidad de jurisdicción y unidad denormas (*common law*).	Dualidad de jurisdicción y dualidad de normas.
Ubicación institucional	Depende del soberano (Her Majesty), no integra el Poder Judicial.	Órgano nacido en la órbita de la Administración, con independencia, no integra el Poder Judicial.

VI. Conclusión

Las diferencias entre Francia e Inglaterra son notables desde varios puntos de vista. El auge y la supremacía de estas dos naciones **(40)** marcaron la historia del mundo occidental; el contexto social, político, religioso y económico de los hechos históricos que se sucedieron fueron dirimentes para comprender sus instituciones políticas y jurídicas que muchas veces pretenden ser incrustadas forzadamente a nuestra realidad criolla.

No obstante, todo estudio que se pretenda llevar a cabo sobre el derecho administrativo debe apuntar a la persona humana y al logro de su libertad **(41)**.

Desde tales coordenadas, cabe preguntarse ¿cuál es la mejor civilización? Considero que la respuesta es la siguiente: la que tiene menos desigualdades y más tolerancia.

En efecto, retomando los datos históricos entre las dos potencias europeas aludidas, vemos que, en Inglaterra, luego de la revolución, no aumentaron los gravámenes directos sobre los pobres, como ocurrió en Francia; las clases medias se beneficiaron de los préstamos de guerra y los más influyentes consiguieron hacer fortuna por caminos dudosos. Existía menos corrupción en las altas esferas que durante el régimen anterior, pero —como contracara— se produjo una mayor difu-

(40) La supremacía de Francia (1648-1688) y el auge de Gran Bretaña (1688-1725).

(41) GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco, "Derecho Administrativo Español", EUNSA, Pamplona, 1987, 1ª ed., t. I, p. 40. citado por COVIELLO, Pedro, "Una introducción iusnaturalista al Derecho Administrativo", A&C: Revista de Direito Administrativo & Constitucional, 11, año 3, Belo Horizonte: Fórum, 2003, jan.-mar. 2003, p. 6.

sión del materialismo y una actitud más positiva frente a la vida.

La revolución inglesa se vio seguida por un régimen de tolerancia, lo que sin duda fue una de las bazas secretas de Inglaterra en su lucha contra la intolerante Francia de Luis XIV. Si bien la civilización inglesa era la que tenía sometida a la comunidad católica a un mayor ostracismo legal, en la práctica la tolerancia empezó a arraigar más que en cualquier otra sociedad europea. Contrariamente a los que sucedería en Francia hasta la revolución **(42)** las torturas en los interrogatorios eran algo desconocido **(43)**.

Tanto en teoría como en la práctica la autoridad real seguía siendo una poderosa fuerza de gobierno. La *bill of rights* declaró ilegal la suspensión de las leyes sin el consentimiento del parlamento como se hiciera en tiempos de Jacobo II. Una de las limitaciones de las prerrogativas reales aún más seria fue que el rey venía obligado a convocar el parlamento regularmente y a no obstaculizar los debates desde el exterior.

En Argentina, por conducto de la influencia de nuestra madre patria instauramos el sistema francés en el derecho administrativo y civil, observamos con admiración un órgano creado por un *cesarista,* como lo fue Napoleón Bonaparte con el fin de sustraerse al control de los jueces (el Consejo de Estado); todo ello en nuestra marcada tendencia a vanagloriar a los líderes personalistas que dirigen los poderes ejecutivos. A la vez que nos esforzamos en compatibilizar —muchas veces sin éxito— este derecho *iuspublicista* importado del derecho continental europeo con la Constitución nacional que tomamos, estructuralmente al menos, de los Estados Unidos.

Sin embargo, no con ello pretendo desconocer los importantes aportes que los precedentes (*arrêts*) del Consejo de Estado francés han significado y significan en el desarrollo doctrinal de nuestro derecho administrativo; el cual, mientras lo haga al calor y prudencia de la Constitución, no perderá el rumbo al cual está dirigido: la persona humana, su dignidad y libertad **(44)**.

Como contrapartida, tampoco podemos soslayar —en el juego de la división de poderes— que, en el pensamiento de la mayoría de los convencionales constituyentes norteamericanos, alineados al pensamiento de Madison, estaba marcado por una profunda desconfianza hacia el Poder Legislativo **(45)**.

En un recomendable trabajo de Alberto Bianchi **(46)** se analizan los tres modelos básicos de la separación de poderes. El británico, el francés y el de los Estados Unidos. Todos ellos reconocen —en teoría— la existencia de poderes separados, pero difieren sustancialmente en su instrumentación. En el Reino Unido rige todavía la llamada "soberanía o supremacía del Parlamento". En el modelo francés, en cambio, el poder fuerte es el Ejecutivo, característica espe-

(42) La Revolución Francesa tuvo como consecuencia un menosprecio lamentable de la vida humana. La matanza de millares de personas durante el Reinado del Terror (se intentó suprimir el cristianismo y reemplazarlo por el culto de la razón, adoptándose un nuevo calendario que suprimía el domingo cristiano), a menudo sin haber cometido delito, sino como método para atemorizar a los enemigos de la revolución, ayudó a crear la impresión de que la vida humana valía muy poco con lo elevados objetivos del partido que se hallaba en el poder.

(43) La Habeas corpus amendment act de 1679, aunque suspendida por el parlamento durante breves períodos de crisis (como en 1689 y en 1715) aseguraba que, salvo traición o felonía, cualquier detenido pudiese acogerse al derecho de ser puesto en libertad bajo fianza y nadie podía estar indefinidamente detenido sin que se celebrase el juicio.

(44) Para ampliar recomendamos la lectura de un artículo publicado por Patricio Sammartino en el que, el destacado profesor, desarrolla con mucha elocuencia y claridad la denominada "área de estabilidad" señalando, dentro de la teoría del acto administrativo, que "el acto administrativo cuyo objeto concretiza directamente la satisfacción de un derecho fundamental indisponible (art. 75, inc. 22, CN) es inalterable en sede administrativa" (SAMMARTINO, Patricio, "La estabilidad del acto administrativo en el Estado Constitucional. De la cosa juzgada administrativa al área de estabilidad", LA LEY, 20/05/2019; año LXXXIII, nro. 93; Cita online: AR/DOC/1470/2019).

(45) GARCÍA-MANSILLA, Manuel J., "'Marbury v. Madison' y los mitos acerca del control judicial de constitucionalidad", Revista Jurídica Austral, 1, vol. 1, junio de 2020, 9-89; p. 26.

(46) BIANCHI, Alberto, "Los modelos de separación de poderes y su influencia en el modelo de administración pública"; publicado el 10/11/2017; elDial.com - DC2441.

cialmente visible en la Constitución de la Quinta República. Solamente en los Estados Unidos ha tenido arraigo el "modelo puro" de la separación de los poderes. Allí —al menos en teoría— los tres poderes están equiparados, separados y actúan coordinadamente. La Constitución establece tres poderes separados, los cuales, tal como explicaba Madison en El Federalista, actúan coordinadamente y están constitucionalmente equiparados. Y si bien los jueces son la "rama menos peligrosa", pues no tienen el poder político del presidente, ni el poder económico del Congreso, compensan ese déficit institucional con el control de constitucionalidad, que han ejercido sobre las leyes y los reglamentos.

De modo que, en realidad, no importa tanto de qué lado el poder hace más peso, sino en procurar que la inclinación sea equilibrada mediante el ejercicio de un control de pesos y contrapesos con una Constitución como guía.

VII. Bibliografía complementaria

BRITANNICA, T., "Editors of Encyclopaedia" (12/11/2020). Henry III. Encyclopedia Britannica.

BROMLEY, S., "Historia del Mundo Moderno", Ed. Sopena, Cambridge University Press, Barcelona, 1979, t. VI.

GOODNOW, Frank J., "Comparative Administrative Law: An Analysis of the Administrative Systems, National and Local, of the United States, England, France, and Germany", G. P. Putnam's Sons, 1893.

HOUSE OF COMMONS LIBRARY, BRIEFING PAPER, *Number* CBP7460, 8 february 2016.

MARCER, Ernesto A., "Demandas contra el Estado. Razonabilidad de las condiciones especiales de su admisibilidad", Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2013, 2ª ed.

MCNALL BURNS, Edward, "Civilizaciones de Occidente. Su historia y su cultura", Ediciones Siglo Veinte, Buenos Aires, 1980, t. II.

https://www.conseil-etat.fr/

https://privycouncil.independent.gov.uk/

Estado nacional, orden público y arbitraje (*)

Primera parte

Jimena Vega Olmos

Sumario: I. Introducción.— II. La prórroga de jurisdicción en las disputas en las que el Estado es parte.— III. Conclusiones.

"El orden público es un potro indomable y una vez que se logra montarlo, no se sabe dónde lo llevará. Puede alejar del buen derecho. Nunca es argumentado más que cuando los demás puntos fallan" (**).

I. Introducción

Durante décadas la Argentina vivió un fuerte debate jurídico acerca de si correspondía o no la prórroga de jurisdicción en favor de tribunales arbitrales en aquellos casos que involucraban al Estado nacional **(1)**. Ese debate fue evolucionando, junto con la normativa, hasta el reconocimiento de tal posibilidad y, en la actualidad —sujeto al cumplimiento de ciertas condiciones— la prórroga de jurisdicción en favor de tribunales arbitrales es, generalmente, admitida.

La posibilidad de someter eficazmente una disputa contra el Estado nacional a arbitraje se encuentra condicionada a ciertas limitaciones, algunas de las cuales se vinculan con el concepto de orden público, como ser, en primer lugar, las restricciones respecto de la arbitrabilidad de cuestiones vinculadas con el orden público y, en segundo lugar, la inadmisibilidad del reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales cuando se considera que estos afectan o contravienen el orden público.

Usando las palabras de Corrá, el orden público se transforma en la "llave de paso" para la eficacia de los procedimientos arbitrales en casos en que el Estado nacional es parte por cuanto a través de la invocación de este concepto podría intentarse un inadmisible reexamen de los méritos de la decisión arbitral **(2)**.

La determinación del correcto alcance del concepto de orden público adquiere, entonces, una trascendental importancia ya que de tal in-

(*) Este trabajo es una versión ampliada y actualizada de la tesis de especialización "El rol del orden público en los arbitrajes en que el Estado Nacional es parte", presentada en 2014 en la Carrera de Especialización de Derecho Administrativo Económico de la Universidad Católica Argentina. Por ello, se incluye un agradecimiento especial al Dr. Oscar Aguilar Valdez, tutor de la tesina, por todo el tiempo, conocimiento y consejos dedicados. Dada su extensión, dicha tesina se publica dividida en cuatro. En esta primera parte se analizará, principalmente, el centro de la temática en estudio y la evolución de la legislación, doctrina y jurisprudencia argentina acerca de la viabilidad de que el Estado Nacional se someta a arbitraje.

(**) Juez Burroughs, Richardson c. Mellish, 1824, 130, Eng. Rep., 294, 303, citado en Murphy, Kent, The traditional view of public policy and order public in private international law, 11 GA J. Intl. Law, 592, 1981. La cita, en su idioma original, lee: "Public policy — it is an unruly horse and when once you get astride of it, you never know where it will carry you. It may lead you from the sound law. It is never argued at all but when other points fail".

(1) A los fines de este trabajo, se utiliza el término Estado Nacional para referir en general a la Administración Pública Nacional centralizada y descentralizada.

(2) CORRÁ, María Inés, "El arbitraje internacional como mecanismo de control de la Administración, Cuestiones de Control de la Administración Pública", Ed. RAP, Buenos Aires, 2010.

terpretación dependerá, en gran medida, la viabilidad y eficacia de la prórroga de jurisdicción a favor de tribunales arbitrales en aquellos casos en que el Estado nacional es parte.

Sin embargo, y a pesar de su relevancia, en la doctrina y en la jurisprudencia —tanto local como extranjera— no existe uniformidad sobre el significado y alcance de este concepto. Quizás una buena descripción del estado actual de la cuestión es la que diera Luqui: "la mayoría de los abogados, jueces y legisladores tienen una idea del orden público y hacen referencia a él frecuentemente. Las leyes y las sentencias lo invocan. Saben para qué se emplea, pero no verdaderamente lo que es..." **(3)**. Esta situación no es exclusiva del derecho argentino, ya que las mismas discusiones y debates sobre el alcance y significado del orden público han tenido lugar, y continúan, en todo el mundo.

En nuestro país, y a los fines que interesan este trabajo, el análisis sobre el significado y los contornos del orden público toma mayor relevancia a la luz de ciertas decisiones judiciales dictadas por tribunales locales en los últimos años en las cuales se realizó una interpretación muy extensiva del concepto de orden público a fin de rechazar la arbitrabilidad de ciertas cuestiones o el reconocimiento y ejecución de laudos dictados por tribunales arbitrales en procedimientos en los que era parte el Estado nacional. Estas decisiones generaron inquietudes y fueron criticadas por diversos autores, en tanto sus consideraciones —de generalizarse— podrían amenazar seriamente la eficacia de la prórroga de jurisdicción y, en definitiva, la de la ejecución del eventual laudo, en aquellas disputas en que el Estado nacional es parte.

En ese marco, el objeto de este trabajo es intentar delinear cuál es el significado y alcance del concepto de orden público que debería aplicarse a los fines del análisis de la arbitrabilidad de una disputa y de la aplicación de la llamada "excepción de orden público" prevista en nuestro ordenamiento procesal y en las convenciones internacionales de las cuales la Argentina es parte.

II. La prórroga de jurisdicción en las disputas en las que el Estado es parte

De acuerdo con el derecho argentino, como principio corresponde a los tribunales judiciales federales locales entender en aquellas controversias en que el Estado nacional es parte. Sin embargo, este principio no es absoluto. La posibilidad de modificar esta regla general y, por ende, la validez de la prórroga de jurisdicción en aquellas controversias en que el Estado nacional es parte, ha sido una cuestión ampliamente debatida durante años en nuestro país tanto a nivel jurisprudencial y doctrinario como en el plano legislativo.

El origen del debate puede encontrarse en las disposiciones del art. 110 de la Constitución nacional de 1853-1860 (actualmente, art. 116 de la Constitución nacional reformada en el año 1994) que establece la competencia de la justicia federal para entender en los casos en que la Nación sea parte al disponer: "Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de... todos los asuntos en que la Nación sea parte". Esta disposición, por su parte, fue reglamentada por el art. 12 de la ley 48 que estableció: "la jurisdicción de los tribunales nacionales... será privativa excluyendo a los tribunales de provincia".

A partir de estas disposiciones se plantearon dudas acerca de si, en las controversias en las que fuera parte, el Estado nacional podía someterse a una jurisdicción que no fuera la jurisdicción exclusiva y excluyente de los tribunales federales mencionados en el art. 110 (hoy, art. 116) **(4)**.

II.1. La cuestión en la doctrina

La validez de la prórroga de jurisdicción en casos en que el Estado nacional es parte fue ampliamente debatida a nivel doctrinario. Una parte de la doctrina entendía que la jurisdicción de los tribunales federales prevista en el actual art. 116 de la Constitución nacional era exclusiva, no admitiéndose su prórroga en ningún caso y bajo ningún supuesto. Además del entonces procurador Matienzo, a cuyo dictamen se hace

(3) LUQUI, Roberto Enrique, "Reflexiones sobre el concepto de orden público", AR/DOC/283/2016.

(4) BIANCHI, Alberto B., "El Estado Nacional ante el arbitraje", LA LEY 2005-B, 1405.

referencia más abajo, se enrolaba en esta postura el entonces procurador Bacigalupo y la Academia Nacional de Derecho.

Así, en un dictamen de fecha 25 de junio de 1973, el Dr. Bacigalupo expresó que "...al estar dispuesto en la Constitución que las causas en la Nación es parte son de competencia de la justicia nacional (Art. 100), es claro que ello no solo no resulta modificable por la voluntad de las partes (Art. 1197 Cód. Civ.) sino que tampoco lo es por ley del Congreso, dado que estas no pueden alterar lo reglado por la Constitución". Por su parte, la Academia Nacional de Derecho sostuvo: "No pueden ser sometidos a arbitraje los pleitos en que por ser parte la Nación o alguna provincia, corresponden a la jurisdicción federal, según el art. 100 de la Constitución" **(5)**. Para esta corriente, las disposiciones del art. 110 (hoy, art. 116) debían leerse de manera absoluta y literal.

La posición reseñada fue resistida por numerosos autores. El criterio contrario, si bien con diversos matices, fue sostenido por, entre otros, Bielsa, Bidart Campos, Marienhoff, Zavalía, Fiorini y Spota **(6)**.

Bielsa entendía que "todo el que en caso contencioso-judicial debe someter sus decisiones a la justicia federal, puede obligarse, por contrato, a un compromiso arbitral, a menos que sea una cuestión de orden público, o que la ley expresamente lo prohíba" **(7)**. Sin embargo, el autor tenía una visión muy restringida de las materias que podían someterse a arbitraje por cuanto Bielsa excluía de tal posibilidad a las materias que importaban "el ejercicio de un poder de autoridad o de imperio", "todo lo que emane del poder de policía" y consideraba que tampoco podía someterse a árbitros "la interpretación de los contratos ni la determinación de las obligaciones... pues ello contraría la naturaleza misma de los actos administrativos, que son manifestaciones de voluntad dirigidas a crear, modificar o extinguir derechos administrativos". Para el autor solo quedaban a salvo de estas exclusiones "las cuestiones que sobrevengan en la ejecución de un contrato, o en su disolución, es decir, cuestiones puramente patrimoniales, que impliquen examen de hechos y que deban ser consideradas, no desde el punto de vista jurídico estricto, sino para lograr un equilibrio económico compensador, sin lesionar ni declinar un derecho irrenunciable".

Por su parte, Spota sostenía que no existía incapacidad alguna para que el Estado nacional pudiera concertar una cláusula compromisoria dentro de los límites que rigen para todo particular y consideraba que esos límites se encontraban bastantes dilatados cuando se trataba del poder público. Por ende, así como un particular no podía dejar de lado las disposiciones de aquellas leyes en cuya observancia estuvieran interesados el orden público y las buenas costumbres, el Estado nacional "no [podía] comprometer en árbitros nada que proceda incluir en esa materia donde se cierne la publica utilitas... cuando dicha estipulación [la cláusula compromisoria] tiene un objeto que interesa al orden público, el arbitraje no procede" **(8)**.

Una posición similar adoptaba, como "principio", Marienhoff. Para este autor el arbitraje también procedía con relación a aquellos contratos en los cuales el Estado nacional actuara en el ámbito del derecho privado. es decir, el arbitraje, como mecanismo de resolución de disputas, era admisible respecto de los llamados contratos de "derecho común" de la Administración, pero no así respecto de los contratos administrativos propiamente dichos. Sin perjuicio de ello, Marienhoff remarcaba que en la práctica la jurisprudencia muchas veces omitió dis-

(5) Dictámenes 125:382. Respecto de la opinión de la Academia Nacional de Derecho, la misma es citada en SPOTA, Alberto, "La cláusula compromisoria en el derecho administrativo", JA 1943-I-603, nota al pie 5.

(6) Ver obras citadas en nota al pie 11 de CORRÁ, María Inés, ob. cit.

(7) BIELSA, Rafael, "La administración pública y el compromiso arbitral — Observaciones críticas", JA 45-22.

(8) SPOTA, Alberto, ob. cit. Escola, por su parte, distinguía por el tipo de disputa y señalaba que la discusión doctrinaria sobre la procedencia del arbitraje se había focalizado "...exclusivamente, en lo que se refiere a los contratos administrativos, ya que existe acuerdo pacífico en el sentido de que cuando la administración pública ha celebrado un contrato de derecho privado, no hay ningún impedimento que se oponga a que las diferencias que se susciten entre las partes puedan ser sometidas a la decisión de árbitros" (ESCOLA, Héctor Jorge, "Tratado Integral de los Contratos Administrativos", Editorial Depalma, Buenos Aires, 1977, vol. I, p. 493).

tinguir con precisión si se trataba de contratos administrativos o de derecho común de la Administración. En consecuencia, sin perjuicio de la invocación del referido principio, en muchas oportunidades los tribunales confundieron la naturaleza del contrato en cuestión y, en consecuencia, la regla general no siempre fue acertadamente aplicada **(9)**. Por otra parte, y como excepción al principio general, Marienhoff entendía que aun tratándose de contratos administrativos propiamente dichos era posible para el Estado nacional someter a arbitraje ciertas cuestiones en la medida en que estas no afectaran el orden público, ni el orden y sistema constitucional ni implicaran un agravio o afectación a la autoridad del Estado ni a su soberanía **(10)**, como podrían ser cuestiones de tipo técnico, o vinculadas con la determinación de hechos o de aspectos financiero-patrimoniales.

II.2. La cuestión en la jurisprudencia

El debate en cuestión no fue privativo de la doctrina, sino que también tuvo lugar ante los tribunales locales.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación (la "Corte Suprema") abordó esta cuestión en numerosos casos. En palabras de Velar de Irigoyen, de la lectura de los distintos precedentes de nuestro Máximo Tribunal sobre la materia, se observa en la Corte Suprema "una tendencia favorable, en general, a la capacidad del Estado para obligarse" **(11)**. A continuación, repasaremos algunos de los fallos más importantes en los que la Corte Suprema fue delineando su posición.

II.2.a. "Gobierno Nacional c. The Argentine Land and Investment Co. Ltd." (1905) **(12)**

El caso se refería a la nulidad de un laudo arbitral dictado en una disputa entre la Nación y la empresa actora. En el fallo, la Corte Suprema estableció que a fin de comprometer en árbitros al Estado nacional se requería la intervención directa del Poder Ejecutivo y no solamente la de un ministro.

II.2.b. "Otto Franke y Cía. c. Provincia de Buenos Aires" (1918) **(13)**

En el caso se discutió la vigencia de un compromiso arbitral acordado en un contrato entre la actora y la Provincia de Buenos Aires **(14)**. La Corte Suprema entendió que la declaración de caducidad del contrato en cuestión no era un impedimento para la formación del tribunal arbitral y obligó a la Provincia a constituir dicho tribunal expresando que "pactada la jurisdicción arbitral con la amplitud que lo ha sido en el caso de autos, no es admisible que la provincia se atribuya la facultad de declarar por sí lo que tiene que ser materia de un pronunciamiento de los árbitros arbitradores que las mismas partes se obligaron a designar a efectos de dirimir 'todas las cuestiones' que pudieran surgir entre ellas".

II.2.c. "Fisco Nacional c. Cía. Dock Sud de Buenos Aires" (1919) **(15)**

Se trataba de un arbitraje en los términos de la ley 2346 de concesión de obras para la construcción del Dock Sud **(16)**. En el caso, el Máximo Tribunal equiparó los árbitros de derecho a los jueces, al expresar que los árbitros "proceden y fallan con arreglo a las leyes, como los jueces ordinarios". Sin perjuicio de ello, la Corte Suprema rechazó el arbitraje por entender que la cuestión sometida a arbitraje excedía las limitaciones de la competencia arbitral fijadas en la mencionada ley.

El entonces procurador general José Nicolás Matienzo emitió un dictamen en el cual esbozó

(9) MARIENHOFF, Miguel S., "Tratado de Derecho Administrativo", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983, 3ª ed., t. III, p. 596/7.

(10) Ibidem, p. 602.

(11) VELAR DE IRIGOYEN, Bernardo, "El Estado y la Cláusula Arbitral", LA LEY 60-950.

(12) Fallos 103:239.

(13) Fallos 128:402.

(14) Se trataba de un contrato para la construcción y explotación de un ferrocarril eléctrico a gran velocidad, cuya celebración había sido autorizada por ley de la legislatura provincial.

(15) Fallos 129:243.

(16) La ley preveía que las cuestiones que surgieren entre los concesionarios y el Poder Ejecutivo sobre la manera de cumplir las obligaciones impuestas por la concesión serían sometidas a juicio de árbitros.

una opinión contraria al arbitraje. En dicho dictamen, el procurador se focalizó, principalmente, en las diferencias que, a su entender, existían entre los jueces y los árbitros y en el hecho de que las decisiones de estos últimos no se encontraban sujetas a las garantías de verdad e imparcialidad que poseen los fallos judiciales. En el conocido dictamen, dijo el entonces procurador: "Los jueces permanentes de la Nación son nombrados por el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado, sin relación con ningún asunto determinado, funcionan bajo el control del foro y la opinión pública y son legalmente responsables ante el Congreso. Sus fallos están rodeados de garantías de verdad y de imparcialidad y la Nación puede entregarles con confianza la solución de sus contiendas con el interés privado. Pero los árbitros deben su nombramiento al interés inmediato de las partes en el asunto que motiva el nombramiento y no están sujetos a las fiscalizaciones y responsabilidades permanentes. Nacen para la decisión que dictan y mueren con ella, sin que el público lo advierta casi, ni pueda apreciar su idoneidad por una serie de sentencias dictadas en casos y circunstancias diversas, como ocurre con los jueces. De ahí que, salvo raras excepciones, el árbitro no obra como juez sino como defensor del litigante que lo nombra, y de ahí que el tercero en discordia prefiere casi siempre las soluciones aparentemente equitativas que evitan dar todo su derecho a quien lo tiene. Así no es extraño que los laudos resulten, por lo general, arbitrarios, no solo por su origen, sino por su contenido. Se explica que los particulares poco seguros de su derecho pongan más esperanzas en los árbitros y arbitradores que en los jueces permanentes; pero no es en mi concepto, razonable que los gobiernos procedan lo mismo, con menoscabo del decoro del Poder Judicial de la Nación, que aparece apartado como inútil o ineficaz".

II.2.d. "Pagano c. Nación Argentina" (1920) **(17)**

En el caso se demandó al Estado nacional para constituir el tribunal arbitral pactado en el contrato que subyacía a la controversia **(18)**. La Corte Suprema resolvió en favor de la pretensión de la actora ordenando la constitución del tribunal arbitral. Para así decidir expresó que "ningún principio de orden público se opone a que la institución del arbitraje sea practicada por el Estado como persona jurídica, a los fines de dirimir sus controversias con los particulares y establecida esta institución por la ley **(19)** e incorporada a un contrato, como en el caso de autos, debe producir los efectos que en términos generales establece el artículo 1197...".

Similares principios a los aplicados en Pagano fueron reiterados por la Corte Suprema en "SA del Puerto del Rosario c. Gobierno Nacional" (1926) **(20)**, y "Compañía Argentina de Navega-

(17) Fallos 133:61.

(18) Se trataba del contrato para la construcción del Hospital Regional de Allen, en la Provincia de Río Negro.

(19) Respecto del requisito de existencia de una ley previa que autorice al Estado Nacional a someter las controversias a arbitraje, en general se han invocado dos argumentos: en primer lugar, lo dispuesto por el art. 1881 del Código Civil de Vélez, que exigía poder especial para comprometer en árbitros una controversia; y en segundo lugar, el hecho de que la expresión de voluntad del Estado Nacional (en este caso, para someterse a la jurisdicción arbitral) debe ser efectuada por los órganos competentes para ser válida y por ende, dado que el Congreso Nacional es la única autoridad con facultades para establecer excepciones al fuero federal, resulta necesaria su autorización para declinar la jurisdicción federal en favor de la jurisdicción arbitral. Marienhoff disentía con este criterio al entender que, en la medida en que dada la naturaleza de la cuestión en juego el sometimiento a arbitraje fuera admisible, la facultad de recurrir a ese mecanismo de solución de controversias corresponde directa y originariamente al Poder Ejecutivo Nacional por constituir el ejercicio de una facultad vinculada con la administración general del país. Por otra parte, el autor descartaba la aplicación del art. 1881 del Código de Vélez en tanto la Administración Pública no es representante ni mandataria del Poder Legislativo ni actúa en dicho carácter. Por ende, las reglas del mandato serían, para Marienhoff, irrelevantes e inaplicables para la solución de la cuestión. Cfr. MARIENHOFF, Miguel S., ob. cit., ps. 598/600.

(20) Fallos 146:373. La Corte Suprema confirmó la sentencia de segunda instancia que había ordenado a la Nación proceder a la constitución del tribunal arbitral conforme lo acordado en el contrato para la construcción y explotación del puerto del Rosario. La Corte Suprema tuvo en cuenta la existencia de una autorización legislativa para someter a proceso arbitral las cuestiones que pudieran surgir bajo el contrato de concesión y que el Estado Nacional no actuaba en el caso como una entidad política, soberana y exclusivamente pública sino como "persona del derecho privado que se ha sometido voluntariamente por el hecho de la celebración del contrato con el concesionario a las disposiciones del derecho común y a las decisiones de la justicia arbitral libremente pactada".

ción Nicolás Mihanovich Ltda. c. Fisco Nacional" (1931) **(21)**.

II.2.e. "Cía. Ítalo Argentina de Electricidad c. Gobierno Nacional" (1937) **(22)**

En el caso se analizaba la validez de una cláusula arbitral inserta en un contrato para el suministro de energía eléctrica en el puerto de la Ciudad de Buenos Aires. La Corte Suprema indicó que la sumisión de una discusión jurídica a la decisión arbitral era un reflejo de la autonomía de la voluntad que solo puede estar limitada por cuestiones que afectan al orden público y que, por ello, en aquellos casos en que el Estado nacional era parte no podían someterse a arbitraje aquellas cuestiones que lo afectaran como poder público o que involucraran atribuciones de su soberanía. Sin embargo, considerando que la controversia se centraba en la discusión del precio de la unidad eléctrica suministrada y que, en su opinión, ello no comprometía "ningún atributo de la soberanía", la Corte Suprema entendió que la vía arbitral era admisible para resolver la contienda. Asimismo, al ratificar que el Estado nacional podía ser parte de un procedimiento arbitral la Corte Suprema aclaró que el art. 100 de la Constitución nacional (actual art. 116) establecía la jurisdicción de la Corte para aquellos juicios en que la Nación era parte, pero "no ha excluido la jurisdicción arbitral".

II.2.f. "Simonini c. Gobierno Nacional" (1942) **(23)**

En el caso se demandaba el cumplimiento del compromiso arbitral y la constitución del tribunal arbitral previsto en un contrato de concesión del servicio público de electricidad. La mayoría de la Corte Suprema opinó en favor de la validez de la posibilidad de prorrogar la jurisdicción de los tribunales judiciales federales en favor de un tribunal arbitral siempre que una ley lo autorizara. El Máximo Tribunal expresó: "Que esta Corte Suprema en diversos pronunciamientos ha declarado la validez del compromiso arbitral en los contratos en que es parte el Gobierno de la Nación, cuando este, autorizado por una ley, ha creído conveniente pactarlo, porque, se dijo, el compromiso arbitral tiende, más que a crear una nueva jurisdicción, a establecer un procedimiento de avenimiento entre las partes". Sin perjuicio de ello, la Corte Suprema entendió que, en el caso en cuestión, el ente municipal que había suscripto el contrato de concesión que subyacía a la disputa no tenía facultades para comprometer en árbitros y por ello la cláusula arbitral inserta en el contrato era nula **(24)**.

II.2.g. "Paino, Cayetano c. Nación y Sociedad Arrigo Hnos." (1956) **(25)**

En este caso, la Corte Suprema reiteró la validez de la prórroga de jurisdicción en favor de tribunales arbitrales en controversias en que la Nación es parte en la medida que exista una ley que así lo autorice o la Nación actúe como persona jurídica. Dijo la Corte Suprema: "en materia de competencia, el texto constitucional invocado [ex art. 100] establece que la tendrán los tribunales nacionales para conocer y decidir de todos los asuntos en que la Nación sea parte, principio general que ha sido interpretado por esta Corte en el sentido de que no obsta al sometimiento de estos asuntos a la jurisdicción arbitral cuando así se hubiere pactado en contrario de acuerdo con leyes especiales dictadas por el Congreso o cuando la Nación actuare como persona jurídica".

Sin embargo, en el caso se rechazó la validez de la prórroga pues la jurisdicción arbitral no había sido pactada en el contrato ni podía in-

(21) Fallos 160:134. La Corte Suprema admitió la validez de la jurisdicción arbitral que preveía el ex art. 1269 del Código de Comercio para las cuestiones suscitadas con motivo de choques de buques. La Corte Suprema expresó que "Que existiendo en las leyes generales la determinación del juicio arbitral... nada se opone a que el Fisco, como persona jurídica, se someta a la jurisdicción arbitral, toda vez que dentro de aquel carácter y en sus relaciones con los particulares le comprenden los Códigos comunes. Que... no es el representante del Fisco quien compromete en árbitros...; es la ley la que le obliga a adoptar ese temperamento...".

(22) Fallos 178:293.

(23) Fallos 194:155.

(24) En el voto en disidencia, los ministros Nazar Anchorena y Ramos Mejía, con cita, entre otros, del dictamen del procurador Matienzo arriba transcripto, se pronunciaron en contra de la validez de la prórroga de jurisdicción en favor de tribunales arbitrales en las causas en que la Nación es parte.

(25) Fallos 235:940.

terpretarse que la Nación actuaba en dicho caso como persona jurídica **(26)**.

II.2.h. "Yacimientos Petrolíferos Fiscales c. SARGO" (1974) **(27)**

El caso se vinculaba con la construcción de un oleoducto y gasoducto en Campo Durán. En su dictamen, el entonces procurador fiscal Freire Romero retomó el análisis de estas cuestiones y concluyó que: (i) la prórroga de la jurisdicción federal en causas en que la Nación es parte solo podía ser dispuesta por una ley del Congreso nacional; (ii) ante la inexistencia de una ley específica, la prórroga era admisible solo cuando estuviera autorizada en términos genéricos por ley y (iii) el Congreso nacional solamente podía prorrogar la jurisdicción federal en el caso de los jueces inferiores, pues esta nacía de la ley, pero no respecto de la jurisdicción apelada de la Corte Suprema que tiene origen constitucional. En su fallo, el Máximo Tribunal omitió expedirse sobre estas cuestiones pues consideró que el laudo arbitral objeto de recurso era nulo.

II.2.i. "Techint c. ENACE" (2007) **(28)**

En este caso, fallado luego de la reforma constitucional de 1994 que mantuvo la redacción del anterior art. 100, la Corte Suprema volvió a expedirse en favor de la prórroga de jurisdicción en favor de tribunales arbitrales en casos en que la Nación era parte siempre que existiera una ley que autorizara dicha prórroga.

Sobre el particular, la Corte Suprema aclaró que la exigencia de una ley que autorizara la prórroga se fundaba en que, como principio, de conformidad con el art. 116 de la Constitución nacional, el Estado nacional solo podía ser llevado ante sus propios tribunales y que, por ello, toda excepción a esta regla debía estar claramente establecida. El Máximo Tribunal entendió que el sometimiento del Estado nacional a la jurisdicción arbitral sin una ley que lo autorizara vulneraba las disposiciones del art. 116 de la Constitución nacional e involucraba una cuestión de orden público que podía ser planteada en cualquier etapa del proceso e incluso de oficio.

Al repasar estos fallos **(29)** se observa que el criterio de la Corte Suprema es que el actual art. 116 de la Constitución nacional no impide o prohíbe al Estado nacional pactar la prórroga de jurisdicción en favor de tribunales arbitrales siempre que dicha prórroga se encuentra autorizada por ley y se trate de disputas en las cuales se debata la actuación del Estado nacional en el campo del derecho comercial. Surge que, según el Máximo Tribunal, no podría el Estado nacional comprometer en árbitros cuestiones que hacen al orden público o en las que se encuentren en juego los poderes públicos o los atributos de su soberanía.

Como explican Tawil y Minorini Lima, de la revisión de los precedentes judiciales disponibles se observa que más que fundarse en la naturaleza del contrato o la materia que subyace a la controversia, la Corte Suprema parece haberse centrado en declarar que las cuestiones que afectan el orden público no son susceptibles de ser comprometidas en árbitros independientemente del ámbito —público o privado— de la actuación estatal **(30)**.

La Procuración del Tesoro de la Nación también se ha expedido en favor de la validez de la prórroga de la jurisdicción federal en favor de tribunales arbitrales (o tribunales extranjeros). Por ejemplo, en Dictámenes 263:362 (2007), el entonces procurador Scrinzi expresó que (como veremos más adelante) la prórroga se encuentra prevista en el art. 1° del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación ("Cód. Proc. Civ. y Com.") para aquellos asuntos exclusivamente patrimoniales. Indicó también que la posibilidad de que el Estado someta eventuales controversias a tribunales extranjeros es jurídicamente viable, en la medida en que se cumpla con los siguientes requisitos: (i) la actividad

(26) Se trataba de una acción por abordaje en el que había intervenido un buque de la marina de guerra en misión.

(27) Fallos 290:458.

(28) Fallos 330:2215.

(29) RIVERA, Julio César, "El arbitraje en la Argentina a través de la jurisprudencia de su Corte Suprema", Academia Nacional de Derecho 2007 (agosto).

(30) TAWIL, Guido S., y MINORINI Lima, Ignacio J., "El Estado y el arbitraje: Primera aproximación", RAP (337), Sección Doctrina.

revista carácter patrimonial, y (ii) la eventual demandabilidad del Estado se enmarque en la denominada competencia territorial por razón de las personas, susceptible de prorrogarse. Asimismo, en el dictamen consideró que, contrariamente a lo sostenido por los detractores de la prórroga, el art. 116 de la Constitución nacional no establece una exclusividad de la que pueda inferirse la negativa a deferir el conocimiento de esos asuntos a tribunales extranjeros. Finalmente, se tuvo en cuenta lo establecido por otras normas que autorizan la prórroga como ser la ley 11.672 Complementaria de Presupuesto y la ley 24.156 de Administración Financiera.

Estos criterios han sido reiterados por la Procuración del Tesoro de la Nación en numerosos dictámenes **(31)**. En estos dictámenes la Procuración ha hecho eco de las disposiciones del art. 1° del Cód. Proc. Civ. y Com., de las previsiones legislativas pertinentes incluidas en la Ley Complementaria de Presupuesto y del hecho de que esta postura es compatible con las disposiciones de la ley 24.188 sobre Inmunidad de Jurisdicción de Estados Extranjeros, en cuanto establece que dicha inmunidad no podrá ser invocada por los Estados Extranjeros cuando hubieren consentido expresamente la jurisdicción de los tribunales judiciales argentinos a través de un contrato o declaración en un caso determinado. La Procuración ha entendido que la prórroga de jurisdicción "debe entenderse como una decisión voluntaria, derivada de un proceso de negociación y avalada por las leyes del país en función de la naturaleza de los actos involucrados, por medio de la cual el Estado asume la posibilidad de ingresar en un sistema jurisdiccional extranjero [o arbitral] pero no por ello imprevisible" y que "en términos de soberanía entender la prórroga de la jurisdicción de un país hacía otro como una interrelación de ordenamientos jurídicos y permitirla en términos de reciprocidad, supone afirmar el presupuesto de la igualdad jurídica de los Estados" **(32)**.

II.3. La cuestión en la legislación

En el plano legislativo argentino la regulación de la prórroga de jurisdicción fue variando a lo largo del tiempo.

Originalmente existían diversas normas que, en diferentes asuntos, autorizaban el sometimiento a arbitraje de cuestiones que pudieran suscitarse, por ejemplo, con relación a contratos en los que la Nación o sus reparticiones eran parte.

Sin embargo, en 1933 se dictó el decreto del 15/12/1933 que prohibió a la Administración incorporar cláusulas arbitrales en los contratos por ella celebrados, estableciendo que "las reparticiones nacionales no concertarán contratos con particulares en los cuales se estipule el juicio de árbitros o de amigables componedores para dirimir las divergencias que se susciten con motivo de la interpretación o ejecución de los mismos".

Este decreto fue seguido de un proyecto de ley (no sancionado) por medio del cual se declaraba la nulidad de todas las cláusulas arbitrales incluidas en los contratos celebrados por la Administración **(33)**. Años después, en 1947, con la sanción de la ley 13.064 de Obras Públicas se eliminó el arbitraje como mecanismo de solución de controversias en este tipo de contratos.

Luego, en 1967, mediante una reforma **(34)** al Cód. Proc. Civ. y Com., se prohibió la prórroga de jurisdicción de los tribunales nacionales. Así, el art. 1° del (entonces) nuevo código comenzaba con una rígida prohibición de prorrogar la jurisdicción que se extendía incluso a los juicios de árbitros.

A su vez, en 1972, se emitió el dec. 5720/1972 que —reglamentando el art. 61 de la Ley de Contabilidad— estableció el régimen de contrataciones del Estado nacional entonces vigente. El inciso 85 de la reglamentación establecía que en las cláusulas particulares de las distintas contrataciones que celebrara el Estado no po-

(31) Ver, por ejemplo, Procuración del Tesoro de la Nación, Dictámenes 253:55 (13/04/2009), Dictámenes 252:787 (23/12/2004), Dictámenes 273:65 (23/04/2010).

(32) Dictámenes 301:008.

(33) BIANCHI, Alberto B., "El Estado Nacional ante el arbitraje", LA LEY 2005-B, 1405.

(34) Aprobada por ley 17.454, 20/09/1967, publicada en el Boletín Oficial el 07/11/1967.

dría estipularse el juicio de árbitros o amigables componedores para dirimir las divergencias que se produjeren con motivo de la interpretación de los contratos.

Luego de varios años de restricción normativa, en 1973 volvió a retomarse el camino hacia la admisibilidad de la prórroga de jurisdicción en las controversias en que el Estado nacional fuera parte. Así, a través de la ley 20.548 se modificó la ley 11.672 Complementaria de Presupuesto, autorizando al Poder Ejecutivo a "someter eventualmente controversias con personas extranjeras a jueces de otras jurisdicciones, tribunales arbitrales con dirimente imparcialmente designado o a la Corte Internacional de Justicia de La Haya". Vale aclarar que esta redacción se mantiene en la actualidad **(35)**.

Respecto del alcance de esta disposición, surgieron dos interpretaciones **(36)**. Una interpretación restringida sostenía que la autorización para pactar la prórroga de jurisdicción solo era válida respecto de aquellos convenios celebrados por el Estado nacional — como prestatario o garante — con personas de derecho internacional público.

La postura opuesta, postulada por ejemplo por Goldshmidt, sostenía que la autorización debía interpretarse de manera amplia, comprensiva de convenios celebrados con personas de derecho público y privado, pues la disposición en cuestión no califica las contrapartes de los convenios en cuestión sino su objeto (desplazamiento de capitales).

En el año 1976, mediante el dictado de la ley 21.305, se modifica una vez más el art. 1° del Cód. Proc. Civ. y Com. La modificación mantuvo el principio la improrrogabilidad de la competencia atribuida a los tribunales nacionales, pero exceptuó de esa regla la competencia territorial en asuntos exclusivamente patrimoniales disponiendo que, en tal caso, la jurisdicción podrá ser prorrogada por acuerdo de partes, incluso a favor de jueces extranjeros o de árbitros que actuaran fuera del país salvo en aquellos casos en que los tribunales nacionales tuvieran jurisdicción exclusiva. En esta oportunidad, se estableció también que el acuerdo de prórroga en favor de jueces extranjeros o árbitros que actuaran fuera de la República sería válido solo si era celebrado con anterioridad a los hechos que dieran origen a la disputa.

En 1981 vuelve a reformarse el Cód. Proc. Civ. y Com. **(37)** y, si bien se mantiene como regla la improrrogabilidad de la jurisdicción, se establecieron algunas excepciones autorizándose la prórroga de la competencia territorial en asuntos exclusivamente patrimoniales, cuando mediara conformidad de partes. Por otra parte, en asuntos de índole internacional se autorizó la prórroga de jurisdicción a favor de árbitros extranjeros salvo en aquellos casos en que los tribunales argentinos tuvieran jurisdicción exclusiva o cuando la prórroga de jurisdicción estuviera prohibida por ley **(38)**.

La posibilidad de prorrogar jurisdicción en disputas que involucran al Estado se reitera en el año 1992 con la sanción de la ley 23.982 de Consolidación de Deudas. El art. 18, segundo párrafo, de esta norma autorizó al Poder Ejecutivo nacional o sus ministros —con el asesoramiento previo del servicio jurídico permanente— a someter a arbitraje las controversias que mantengan con los particulares cuando los asuntos fueran trascendentes o el sometimiento a arbitraje fuera conveniente para los intereses del Estado **(39)**.

Fuera de las normas por las cuales se aprobaron contratos de crédito público o las normas que aprobaron tratados internacionales con otros países, puede citarse el dec. 1299/2000 que reguló la participación privada en el desarrollo de infraestructura y el dec. 967/2005 que estableció un régimen de asociación público-privada **(40)**. La posibilidad de some-

(35) Art. 40 de la ley 11.672, en su redacción actual.

(36) GARCÍA PULLÉS, Fernando, "La prórroga de jurisdicción a favor de jueces extranjeros como cláusula inserta en condiciones generales de la contratación, Régimen de la Administración Pública", Año 13, abril 1992, N° 163, Editorial Ciencias de la Administración.

(37) Aprobada por ley 22.434, 16/03/1981, publicada en el Boletín Oficial el 26/03/1981.

(38) Art. 1 del Cód. Proc. Civ. y Com., redacción actual.

(39) Ley 23.982, art. 18, segundo párrafo.

(40) Art. 30 del dec. 1299/2000, por el que se aprobó el régimen para la promoción de la participación privada

ter a arbitraje controversias que involucran al Estado nacional se establecía también en el DNU 786/2002 de creación del Fondo Fiduciario para Subsidios de Consumos Residenciales de Gas **(41)**, que dispone que las disputas que puedan ser promovidas por, o involucrar a, beneficiarios del fideicomiso referido, serán sometidas a arbitraje conforme las reglas establecidas en la cláusula trigésimo cuarta del contrato de fideicomiso aprobado por la mentada norma. Puede citarse también el art. 9 de la ley 27.249 **(42)** a través del cual se autorizó al Ministerio de Hacienda y Finanzas Públicas a "incluir cláusula que establezcan la prórroga de jurisdicción a favor de tribunales extranjeros... con relación a los acuerdos que se suscriban y a las emisiones de deuda pública que se realicen, de conformidad con lo previsto en la presente ley...".

Por otra parte, con vigencia a partir del 01/08/2015, y en línea con lo previsto en el Cód. Proc. Civ. y Com., el art. 2605 del Código Civil y Comercial de la Nación aprobado por ley 26.994 (el "Código Civil y Comercial") reafirmó la validez de los acuerdos de prórroga de jurisdicción en favor de tribunales judiciales y arbitrales extranjeros al establecer: "En materia patrimonial e internacional, las partes están facultadas para prorrogar jurisdicción en jueces o árbitros fuera de la República, excepto que los jueces argentinos tengan jurisdicción exclusiva o que la prórroga estuviese prohibida por ley".

Más recientemente puede hacerse referencia a la ley 27.328 de Contratos de Participación Público-Privada. El art. 25 de esta ley dispone que respecto de todas las controversias que pudiesen surgir con motivo de la ejecución, aplicación y/o interpretación de los contratos de participación público-privada, los pliegos y contratos podrán determinar la posibilidad de establecer mecanismos de avenimiento y/o arbitraje. En caso de optarse por el arbitraje con sede en el exterior, la prórroga de jurisdicción deberá ser aprobada expresa e indelegablemente por el Poder Ejecutivo nacional y comunicada al Congreso de la Nación **(43)**.

III. Conclusiones

De lo expuesto hasta aquí, se observa que, de conformidad con el marco normativo vigente y la interpretación que de aquel ha realizado la doctrina y jurisprudencia argentina, la posibilidad de que el Estado nacional someta a tribunales arbitrales eventuales controversias derivadas de algunas de sus actividades será jurídicamente viable en la medida que se cumplan ciertos requisitos y condiciones.

Estas condiciones incluyen que la actividad que origina la controversia tenga carácter patrimonial y no se trate de disputas que correspondan a la jurisdicción federal por la materia (en cuyo caso la jurisdicción es improrrogable) sino que se enmarquen en la competencia territorial por razón de las personas, susceptible de prorrogarse **(44)**. En las cuestiones patrimoniales (como, por ejemplo, aquellas vinculadas con la responsabilidad estatal en materia de deuda pública), la demandabilidad del Estado no in-

en el desarrollo de la infraestructura. El art. 9 del Anexo I del dec. 967/2005 estableció que los contratos que se celebren en el marco del régimen de asociación público-privada aprobado por este decreto podrían prever el arbitraje como mecanismo de resolución de disputas.

(41) Publicado en el Boletín Oficial el 10/05/2002.

(42) Publicada en el BO. el 01/04/2016. La ley 27.249 derogó la llamada "Ley Cerrojo" y aprobó los acuerdos celebrados con ciertos tenedores de deuda pública que decidieron no participar de los canjes de deuda pública de los años 2005 y 2010.

(43) El Decreto reglamentario 118/2017 aclara que los pliegos y contratos podrán encomendar la administración del arbitraje y la designación de árbitros a asociaciones civiles u otras entidades nacionales o extranjeras de reconocida trayectoria siendo aplicables, en dichos casos, los reglamentos de arbitraje de talas entidades. La reglamentación también aclara que en los contratos de participación público-privada en los que se pacte arbitraje, las partes deberán reconocer en el contrato que la cláusula compromisoria es autónoma respecto del contrato con el que se relaciona, por lo que la eventual ineficacia del contrato no obsta a la validez del pacto arbitral, que los árbitros conservarán su competencia aun en caso de nulidad del contrato, y que el tribunal arbitral tiene la atribución para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia, el alcance o validez de las cláusulas o contrato de arbitraje o cualesquiera otras cuya determinación impida entrar en el fondo de la controversia.

(44) Ver, por ejemplo, Procuración del Tesoro de la Nación, Dictámenes 251:652 (7 de diciembre de 2004) y 253:55 (13 de abril de 2005).

gresaría dentro de la zona de competencia exclusiva de los tribunales locales **(45)**.

Salvada entonces la admisibilidad de llevar al Estado nacional a arbitraje, el concepto de orden público adquiere un rol fundamental en tanto, en definitiva, determinará la eficacia de ese mecanismo de resolución de controversias en disputas con el Estado, atento a las limitaciones aplicables (restricciones respecto de la arbitrabilidad de ciertas cuestiones o disputas y la excepción de orden público en el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales) **(46)**.

(45) A ese efecto, se destaca que la Constitución Nacional no prevé la exclusividad de la competencia local con excepción de aquellas cuestiones que corresponden a la competencia originaria de la Corte Suprema. Procuración del Tesoro de la Nación, Dictamen 251:652 (7 de diciembre de 2004).

(46) Haremos referencia a estas cuestiones en las siguientes partes de este trabajo.

Un futuro cercano

Una justicia inteligente en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (con especial referencia al proceso de ejecución fiscal)

María Milagros Flores

Sumario: I. Introducción al tema.— II. Definiciones.— III. El Poder Judicial ante la cuarta revolución industrial.— IV. Experiencias recientes.— V. Aplicación de la inteligencia artificial en el proceso de ejecución fiscal.— VI. Bondades y posibles inconvenientes.— VII. Marco jurídico.— VIII. Palabras finales.

I. Introducción al tema

En el presente trabajo, se estudiará la implementación de nuevas herramientas tecnológicas, tales como la automatización en el proceso de ejecución fiscal (en adelante "EJF" o "ejecuciones fiscales") que se desarrolla en el fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, "fuero CAyT") **(1)**.

Para comenzar y, con el fin de precisar algunos conceptos terminológicos se explicará qué son los juicios ejecutivos y, dentro de estos, qué son las ejecuciones fiscales, añadiendo una somera explicación de cómo es su trámite en el ámbito del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, "PJCABA"). Asimismo, se definirán conceptos propios de la rama informática, tales como inteligencia artificial (en adelante "IA"), algoritmo y automatización.

Luego se traerán a colación las experiencias de otros países como así también los avances tecnológicos que han tenido lugar en el territorio nacional (principalmente, en el Poder Judicial de la provincia de Buenos Aires).

Seguidamente, se describirán aquellos avances tecnológicos que al corriente año, se sucedieron en el PJCABA.

En el punto siguiente, se individualizarán los actos procesales que tienen lugar en el referido proceso —haciendo hincapié principalmente en primera instancia, ya que debido al límite de apelabilidad, en la mayoría de los casos el EJF solo se eleva a la Cámara de Apelaciones por cuestiones de honorarios— **(2)**.

(1) Resulta necesario mencionar que mediante la ley 6286 (BOCBA nro. 5779 del 14/01/20) se introdujeron modificaciones en diversos artículos de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Ley Nro. 7, BOCBA nro. 405 del 15/03/1998), dentro de los cuales interesa nombrar la del art. 42, que regula la composición y competencia de los juzgados en lo contencioso administrativo y tributario. Allí, se dispuso que estos juzgados entienden en todas las cuestiones en que la Ciudad sea parte, cualquiera sea su fundamento u origen, tanto en el ámbito del derecho público como del derecho privado, y que hasta 6 (seis) de los 24 (veinticuatro) juzgados de primera instancia que conforman este fuero, impartirán, además, justicia en materia de relaciones consumo, hasta tanto se transfiera la Justicia Nacional en las Relaciones de Consumo. Conforme lo dispuesto en la reciente res. 850/20 del 20 de noviembre del corriente año, el Consejo de la Magistratura de la CABA estableció qué juzgados tendrán a cargo dichas secretarías, las cuales no han entrado en vigor en el año 2020. Por cuanto el trabajo ha sido redactado durante el transcurso del referido año, es decir, no encontrándose en funcionamiento las mencionadas secretarías, se aludirá al fuero como "Contencioso Administrativo y Tributario" y no como "Contencioso Administrativo Tributario y de Relaciones de Consumo".

(2) Actualmente, conforme el art. 1° de la res. del Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires Nro. 18/17, el monto mínimo en concepto de

Identificadas las distintas etapas y actos procesales comprendidos en ellas, se analizará en qué partes del proceso sería viable implementar las mencionadas herramientas tecnológicas y sus implicancias.

A continuación, se abordarán las ventajas y los posibles peligros que pueden suscitar el uso de estas herramientas, agregando una mención final sobre la importancia de contar con principios éticos que guíen su empleo.

Finalmente, se realizará una reflexión final sobre el impacto que la implementación de estas nuevas tecnologías tendrá en la prestación del servicio de justicia.

II. Definiciones

Antes de pasar a lo medular, traeré a colación algunos conceptos que serán de utilidad para el tema que ocupa a este trabajo.

En primer lugar, toda vez que lo que se propondrá es la utilización de IA para la elaboración de distintos actos procesales, resulta necesario definir este último.

II.1. Acto procesal

Couture considera que el acto procesal es "[e]l acto jurídico emanado de las partes, de los agentes de jurisdicción o aun de los terceros ligados al proceso, susceptibles de crear, modificar o extinguir efectos procesales" **(3)**.

Palacio los conceptualiza como aquellos hechos voluntarios que tienen por efecto directo e inmediato la iniciación, el desarrollo o la extinción del proceso. Agregando que pueden provenir del órgano judicial (o arbitral) o de sus auxiliares, de las partes (o peticionarios) o de sus auxiliares, de los funcionarios del Ministerio Público y de los terceros que se encuentran vinculados a un determinado proceso a raíz de una designación, citación o requerimiento destinados al cumplimiento de uno o más actos **(4)**.

Por su parte, Chiovenda señala: "Llámese actos jurídico-procesales, los que tienen importancia jurídica respecto de la relación procesal, o sea los actos que tienen por consecuencia inmediata, la constitución, conservación, desarrollo, modificación o definición de la relación procesal y puede proceder de cualquiera de los sujetos de la relación procesal. El acto jurídico procesal más importante de parte es la demanda y del órgano Jurisdiccional, es la sentencia" **(5)**.

El acto procesal es un acto jurídico, ya que se trata de un acto voluntario lícito que tiene como fin inmediato producir consecuencias jurídicas dentro del proceso. La denominación "procesal" se debe a que se desarrolla dentro de aquel.

Por lo general, los actos procesales —cuando son realizados en soporte papel— se llevan a cabo en el lugar donde tenga su asiento el juez competente (por ejemplo: presentación de escritos, elaboración de proveídos), mientras que hay otros que se realizan fuera del juzgado (por ejemplo: una inspección ocular, declaración de testigos impedidos, entre otros).

Por último, estos actos deben ejecutarse dentro de los plazos que establezcan la ley o el juez. Ello, a fin de evitar procesos interminables.

II.2. Inteligencia artificial y algoritmos

Pasando ahora al terreno de los conceptos no tan propios de las ciencias jurídicas, con atino, Fernández ha destacado que no existe una definición establecida y unánimemente aceptada de IA. Sin perjuicio de ello, señala que "se trata de un concepto que engloba muchas otras (sub)áreas como la informática cognitiva (*cognitive computing*: algoritmos capaces de razonamiento y comprensión de nivel superior —humano—), el aprendizaje automático (*machine learning*: algoritmos capaces de enseñarse a sí mismos tareas), la inteligencia au-

capital a partir del cual es procedente el recurso de apelación es $90.000 (pesos noventa mil).

(3) COUTURE, Eduardo J., "Estudios de Derecho Procesal Civil", Editorial Depalma, Buenos Aires, 1979, p. 203.

(4) PALACIO, Lino E., "Derecho procesal civil", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999, t. IV, p. 15 y ss.

(5) CHIOVENDA, Giuseppe, "Principios de Derecho Procesal Civil", Editorial Reas, Madrid, 1922, t. II, p. 230.

mentada (*augmented intelligence*: colaboración entre humanos y máquinas) y la robótica con IA (IA integrada en robots)" **(6)**.

En similar sentido, el Grupo Independiente de Expertos de Alto Nivel sobre Inteligencia Artificial, creado por la Comisión Europea en junio de 2018, tiene dicho que la IA es una disciplina científica que incluye varios enfoques y técnicas, como el aprendizaje automático (del que el aprendizaje profundo y el aprendizaje por refuerzo constituyen algunos ejemplos), el razonamiento automático (que incluye la planificación, programación, representación y razonamiento de conocimientos, búsqueda y optimización) y la robótica (que incluye el control, la percepción, sensores y accionadores así como la integración de todas las demás técnicas en sistemas ciberfísicos) **(7)**.

Por su parte, Torres Manrique ha definido a la IA como "la rama de las ciencias de la computación que estudia el *software* y *hardware* necesarios para simular el comportamiento y comprensión humanos. El objetivo último de la IA es simular la inteligencia humana en una máquina creando robots que sean conscientes y con sentimientos reales, similares a los humanos..." **(8)**.

Por otro lado, Navas Navarro comenta que, a través de la IA, se trata de emular las diversas capacidades del cerebro humano para presentar comportamientos inteligentes sintetizando y automatizando tareas intelectuales. De ahí que sea potencialmente aplicable a cualquier ámbito de la actividad intelectual humana. De hecho, emplea técnicas y conocimientos propios de otras disciplinas tales como filosofía, economía, estadística, ingeniería, neurociencia, psicología y, por supuesto, las matemáticas **(9)**.

Ahora bien, para poder simular la inteligencia humana, la IA se vale de algoritmos de variada complejidad, siendo estos un conjunto de pasos determinados y finitos, escritos en lenguaje informático, que se aplican a un *input*, y que permiten alcanzar un resultado (el *output*), el cual consiste en la solución a un problema.

Corvalán enseña que, así como existen diversos tipos de inteligencia humana, también hay varias clases de sistemas de IA (a los cuales también se hará referencia como "sistemas inteligentes" y "sistemas tecnológicos"), que además utilizan múltiples técnicas. Hay algunos que son trazables y otros que no (como las redes neuronales artificiales).

En ese marco, explica que se llama automatización a los sistemas de IA menos sofisticados o complejos, desde el punto de vista de la programación. Por otra parte, existen otros sistemas más complejos que utilizan aprendizaje automático para detectar patrones relevantes y, sobre esa base, tomar una decisión o elaborar una predicción. Por último, están los sistemas de IA más sofisticados que usan redes neuronales y pueden autoaprender, incluso, sin supervisión humana **(10)**.

Dicho autor ha segmentado la automatización en tres clases, aclarando que cada una de ellas puede combinarse con capas de innovación que faciliten y simplifiquen la interacción con el agente público o con el ciudadano.

Así, en primer lugar, se encuentra lo que el mencionado autor denomina "automatización completa". Señala que aquí los algoritmos conectan datos e información con documentos de manera automática y que "lo más útil es utilizar sistemas de IA basados en reglas o más conoci-

(6) FERNÁNDEZ, Diego, "El impacto de la inteligencia artificial en el derecho", La Ley, 19/10/2017, AR/DOC/2785/2017.

(7) Ver en: https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/definition-artificial-intelligence-main-capabilities-and-scientific-disciplines.

(8) TORRES MANRIQUE, Jorge I., "Análisis de la relación entre la inteligencia artificial y el derecho. Hacia el arribo del derecho de los robots". Editorial Astrea, 2020. Ver en: https://www.astrea.com.ar/resources/doctrina/doctrina0510.pdf

(9) NAVAS NAVARRO, Susana, "Derecho e inteligencia artificial dese el diseño. Aproximaciones", en Navas Navarro, Susana (dir.) Inteligencia artificial. Tecnología. Derecho, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, p. 24.

(10) CORVALÁN, Juan Gustavo, "Hacia una Administración Pública 4.0: digital y basada en inteligencia artificial. 'Decreto de Tramitación digital completa', La Ley, 17/08/2018, Cita Online: AR/DOC/1683/2018.

dos como 'sistemas expertos'. El documento se genera sin intervención humana y puede hacerse de dos modos. O bien indicando un número de expediente, trámite o nombre de una persona, o bien se lo diseña para que ni siquiera se active a partir de un mecanismo humano".

Segundo, está lo que denomina "automatización e intervención humana reducida", la cual tiene lugar cuando es necesario que las personas interactúen con un sistema automatizado con el fin de completar o agregar valor a la creación de un documento. Aclara que con "intervención humana", se está haciendo referencia a la que se necesita para generar el documento una vez que se ha automatizado el proceso de generación de documentos.

En tercer lugar, coloca la "automatización más predicción", en el cual hay aprendizaje automático, que es una técnica de IA en la cual uno o varios algoritmos relevan muchos datos a fin de establecer patrones que se traducen en predicciones, sobre la base de algún criterio estadístico.

III. El Poder Judicial ante la cuarta revolución industrial

No caben dudas que nos encontramos transitando una nueva revolución industrial, la cual, en palabras de Corvalán, se vincula con varios fenómenos, tales como la nanotecnología, biotecnología, robótica, internet de las cosas, impresión 3D y primordialmente, el desarrollo de la IA **(11)**.

Ante este escenario y en atención a que la tecnología aporta modalidades superadoras y cada vez más eficientes, lo que se propone en este trabajo es aprovecharla, poniéndola al servicio del Poder Judicial, cuyo funcionamiento no se encuentra en su punto óptimo debido a la obsolescencia de sus procedimientos, operaciones, herramientas y organización interna. Lo que se busca con ello es obtener un expediente íntegramente digital **(12)** y basado en sistemas de IA, es decir, un "expediente inteligente", lo cual dará lugar a un mejor servicio de justicia.

Pero previo a adentrarme en el desarrollo de esta cuestión, quiero traer a colación las palabras de Granero, quien ha resaltado que implementar un expediente digital no consiste —meramente— en digitalizar expedientes; el desafío es cambiar la mentalidad, comprender la importancia de "ser digital", pensar en digital y las cosas que ello facilita y no "pensar analógico", que es volcar a binario lo que hoy está en papel. Agregando en ese sentido que importar mecánicamente los principios clásicos del proceso de papel para el proceso electrónico parece absolutamente inadecuado y lleva a desperdiciar una oportunidad única de mejorar el servicio de justicia, posibilidad que brindan las nuevas tecnologías **(13)**.

En similar sentido se ha expresado Corvalán al analizar la implementación de nuevas tecnologías en la Administración pública. Así, en el artículo en cita remarcó que las tecnologías de la información y comunicación han crecido en forma exponencial mientras que la Administración pública no ha podido enfrentar los desafíos que ello ha venido acarreando "ya que todo su diseño, funcionamiento y estructura se basa en el papel, la imprenta, las oficinas, etc.". En esta línea, señaló que el avance de la IA ha causado que la burocracia estatal se enfrente a retos y oportunidades, siendo una de estas la reconfiguración interna del poder estatal, a través de nuevas estructuras, sistemas, procedimientos,

(11) CORVALÁN, Juan Gustavo, "La primera inteligencia artificial predictiva al servicio de la Justicia: Prometea", La Ley, 2017, Cita online: AR/DOC/2520/2017. Varios especialistas la llaman la "Cuarta Revolución". En este sentido, ver: "El futuro de los empleos. Habilidades y Estrategia de la Mano de Obra para la Cuarta Revolución Industrial", Foro Económico Mundial, p. 1, enero 2016, Global Challenge Insight Report, disponible en https://www.weforum.org/reports/the-future-of-jobs; Schwab, Klaus, "La Cuarta Revolución Industrial", Editorial Debate, Barcelona, 2016.

(12) "Conjunto sistematizado de actuaciones, peticiones y resoluciones, referidas a una pretensión efectuada ante un organismo administrativo o judicial, en el que la información se registra en soportes electrónicos, ópticos o equivalentes y es recuperable mediante programas y equipamiento adecuados, para poder ser comprendido por los agentes del sistema" (cfr. la definición brindada por GRANERO Horacio R. en CAMPS, Carlos Enrique (dir.), "Tratado de derecho procesal electrónico", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2016, t. II, p. 5).

(13) GRANERO, Horacio R., ob. cit.

organizaciones, entre otras y, por otra parte, el rediseño de la relación con la ciudadanía.

Dicho autor concluyó afirmando que "ya no alcanza con 'aplicar' las nuevas tecnologías a los problemas existentes, o de mejorar sistemas informáticos para 'hacer lo mismo' pero con más tecnología. Por el contrario, se trata de repensar o redefinir nuevas estrategias y formas de entender la relación entre la sociedad y la tecnología" **(14)**.

De conformidad con lo señalado por la doctrina precitada, considero que para que tenga lugar un real cambio en la forma de prestación del servicio de justicia y la manera de actuar de los órganos jurisdiccionales, resulta imprescindible que no se trasladen al expediente inteligente, los mismos institutos, procedimientos y rutinas de trabajo propios del expediente en soporte papel, ya que la deficiencia en la prestación del servicio de justica no radica únicamente en las herramientas que se utilizan, sino que también se encuentran involucradas cuestiones estructurales y de organización.

La finalidad de implementar este tipo de tecnología es dejar los trabajos engorrosos y rutinarios en manos de quienes lo harán de mejor y más eficiente manera, es decir, los sistemas informáticos. Este cambio redundará en un proceso más ágil, como así también permitirá a quienes intervienen en el trámite del proceso y a los que toman decisiones, concentrarse en tareas específicas y ocuparse de lo realmente importante, trascendente e insustituible.

En este sentido, Gil y Quadri sostienen que "ha llegado la hora de empezar a delegar, en el ámbito jurisdiccional, algunas cuestiones a las máquinas para aplicar, más efectivamente, el recurso humano, lo que no implica un mejoramiento de los sistemas conocidos ni una mera adaptación, sino que se trata de la sustitución completa del modelo burocrático digital para pasar a un sistema de comunicación inteligente y a respuestas jurisdiccionales automatizadas" **(15)**.

De consuno con lo expuesto, el autor Caldelari ha afirmado que "la inteligencia artificial implica un salto cualitativo en las herramientas aplicadas, pues impacta absolutamente en la efectividad de la gestión judicial, del ejercicio del derecho y los derechos y en la solución de conflictos de intereses intersubjetivos de los ciudadanos" **(16)**.

Ahora bien, como se dijo en párrafos precedentes, la implementación de estos sistemas tecnológicos —y con los cambios que ello conllevará—, ocasionará una mejora en la prestación del servicio de justicia por cuanto dará nacimiento a una justicia eficaz, eficiente, transparente y efectiva, todo lo cual redundará en un derecho a la tutela judicial efectiva óptimo, sólido y operativo.

Este derecho, de importante trascendencia y consagrado tanto a nivel nacional como supranacional **(17)**, conforme lo explica Perrino, comprende, entre otros, el reconocimiento de los siguientes derechos: a acceder a una instancia judicial ordinaria, a un juez natural e imparcial, a la eliminación de las trabas que impidan u obstaculicen el acceso a la jurisdicción, a la interpretación de las normas reguladoras de los requisitos de acceso a la jurisdicción en forma

(14) CORVALÁN, Juan Gustavo, ob. cit. Si bien se refiere a la Administración Pública, encuentro dichas palabras completamente aplicables al sector judicial, por cuanto, si bien se trata de dos poderes del Estado diferentes, ambos pertenecen al sector público, ámbito que se caracteriza por no ser pionero en la adopción de reformas, tanto tecnológicas como estructurales.

(15) GIL, Gabriela Fernanda y QUADRI, Gabriel Hernán, "Requiem para las cédulas. Automatización de las notificaciones procesales", La Ley, Suplemento Especial "El Derecho ante la Tecnología", octubre 2019.

(16) ADET CALDERALI, Fernando L. en Camps, Carlos (dir.), "Tratado de Derecho Procesal Electrónico" (director: CAMPS Carlos), Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2016, t. II, p. 11 del capítulo XIX de la versión online.

(17) Consagrado en el art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950; art. 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948; art. 18 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En lo que concierne a nuestro país, cabe mencionar que estos Pactos fueron incorporados a la Constitución Nacional a través del art. 75, inciso 22 y que, en el Preámbulo de ésta, se proclama de manera enfática entre los fines del gobierno, el de "afianzar la justicia", y concorde con ello en su art. 18 se garantiza la inviolabilidad de la defensa en juicio de las personas y de los derechos.

favorable a la admisión de la pretensión, evitándose incurrir en hermenéuticas ritualistas (*in dubio pro actione*), a que no se desestimen aquellas pretensiones que padecen de defectos que pueden ser subsanados, al cumplimiento de todas las etapas del procedimiento legalmente previsto, el cual deberá asegurar la posibilidad del justiciable a ser oído y a ofrecer y producir la prueba pertinente antes de dictarse la sentencia, a una decisión fundada que haga mérito de las principales cuestiones planteadas, a impugnar la sentencia definitiva, a tener la posibilidad de ejecutar en tiempo y forma la sentencia y, por ende, a su cumplimiento por parte de la parte condenada y al desarrollo del proceso en una dimensión temporal razonable **(18)**.

Por último, corresponde dejar en claro que mediante la incorporación de la IA en el proceso judicial no se busca suplantar en forma abrupta ni definitiva la intervención de la persona humana, sino más bien lograr una relación armoniosa y colaborativa entre ambas **(19)**.

III.1. Ejecuciones fiscales

Como se mencionó al comienzo, a lo largo de este trabajo se analizará la implementación de nuevas herramientas tecnológicas, en el EJF que se desarrollan en el fuero CAyT. Estas ejecuciones fiscales constituyen una especie de proceso judicial que pertenece al género de los juicios ejecutivos.

Para una ordenada exposición del tema, cabe empezar definiendo qué se entiende por proceso. Pujol lo define como la sucesión de actos procesales tendientes a lograr una finalidad determinada, que en el caso del proceso judicial será la creación de una norma individual destinada a solucionar un conflicto de intereses y a regir determinado aspecto de la conducta de los justiciables **(20)**.

En lo que a este trabajo interesa, dicho autor cita a Riba Trepart, quien manifiesta que es necesario brindarle al proceso judicial un marco temporal adecuado y posible para que cada uno de los actos procesales de las partes pueda realizarse con todas las garantías. En consecuencia, remarca que el tiempo es uno de los fundamentos estructurales de un proceso **(21)**.

Respecto del juicio ejecutivo, Lino Palacio tiene dicho que se trata de un proceso especial, sumario en sentido estricto y de ejecución, cuyo objeto consiste en una pretensión tendiente a hacer efectivo el cumplimiento de una obligación documentada en alguno de los títulos extrajudiciales (convencionales o administrativos) que, en razón de su forma y contenido, autorizan a presumir la certeza del derecho del acreedor **(22)**.

Este proceso se encuentra sometido a trámites específicos, distintos de los que corresponden al proceso ordinario. Por ejemplo, se encuentra integrado por un menor número de actos, los plazos son más reducidos, lo cual da lugar a que se desarrolle con mayor celeridad.

El conocimiento judicial se circunscribe, en caso de que se hayan opuesto excepciones, a un número limitado de defensas y, toda vez que no configura una vía idónea para el examen y la solución integral del conflicto suscitado a raíz del incumplimiento de la obligación cuyo cobro se persigue, la sentencia mediante la cual culmina el proceso, solo adquiere, en principio, eficacia de cosa juzgada en sentido formal.

El autor arriba citado destaca que el proceso ejecutivo es un proceso de ejecución por cuanto: 1) su finalidad no consiste en lograr un pronunciamiento judicial que declare la existencia

(18) PERRINO, Pablo, "El derecho a la tutela judicial efectiva y el acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa" Revista de Derecho Público, Proceso Administrativo, Rubinzal Culzoni, 2003.

(19) Esto se verá con mayor detalle en el punto V.2., en donde se explicarán y demostrarán las diferentes contribuciones -y muy necesarias- que hará el hombre tanto antes, durante como después de culminado el proceso.

(20) PUJOL, Jaime Mariano, "Principios procesales", Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2011, t. I, p. 647.

(21) RIBA TREPART, Cristina, "La eficacia temporal del proceso. El juicio sin dilaciones indebidas", Bosch, Barcelona, 1997, p. 14.

(22) PALACIO, Lino Enrique, "Derecho Procesal Civil, Procesos de Conocimiento (sumarios) y de Ejecución", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, t. VII, p. 311.

o inexistencia de un derecho sustancial incierto, sino en obtener la satisfacción de un crédito que la ley presume existente en virtud de la peculiar modalidad que reviste el documento que lo comprueba; y 2) a diferencia de lo que ocurre, en general, con las pretensiones de conocimiento, el efecto inmediato de la interposición de la pretensión ejecutiva, previo examen judicial de la idoneidad del título en que se funda, consiste en un acto conminatorio (intimación de pago) y, subsidiariamente, en un acto coactivo sobre el patrimonio del deudor (embargo).

Ahora bien, dentro del género "juicio ejecutivo", se distinguen las EJF, las cuales Petrella ha remarcado que tienen características especiales que están dadas fundamentalmente por la naturaleza del título, el cual es creado por el mismo acreedor.

Apunta (remitiéndose a sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación) que dichos procesos tienen naturaleza sumaria, lo que restringe la discusión sobre cuestiones sustanciales (Fallos 264:89), pero que este carácter restrictivo no altera el principio de defensa en juicio (Fallos 179:55 o JA 60-24, 205:9, 216:543 o JA 1950-III-455, entre otros). Agrega que solo se le otorga la facultad de ser actor en el proceso al Estado y sus reparticiones autárquicas, entonces las partes son el Estado como sujeto activo y el contribuyente o infractor como sujeto pasivo, y que la boleta de deuda es el título ejecutivo cuya causa fuente es la obligación tributaria. En este tipo de procesos, este título se denomina "certificado de deuda".

Finalmente, define al EJF como un proceso ejecutivo especial, en el que el Estado persigue por vía rápida el cobro de los tributos que le son adeudados, cuyo título suficiente a los fines de iniciar la acción lo constituye el certificado de deuda suscripto por autoridad competente **(23)**.

En ese marco, la ejecución fiscal como todo juicio ejecutivo no es un proceso contradictorio, sino de compulsión directa; está organizado exclusivamente para defender los derechos del acreedor, a fin de que este pueda hacer efectivo en forma rápida el cobro, en este caso, de un tributo adeudado.

(23) PETRELLA, Alejandra B., "Ejecución fiscal basada en un título sin firma: ¿Ejecución sin título?", La Ley, Cita Online: 0003/008339.

Este proceso ejecutivo no pretende la declaración de existencia de un derecho sino la satisfacción de un crédito legalmente presumido como válido. De ahí la necesidad que el título que se acompaña sea autosuficiente, bastándose a sí mismo, sin necesidad de que el juez deba investigar nada que no conste en este.

En el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, "CABA"), el Código Contencioso Administrativo y Tributario **(24)** (en adelante, "CCAyT") regula el EJF en los arts. 450 a 462.

En el primero de estos se dispone que este proceso es aplicable para el cobro judicial de tributos **(25)**, pagos a cuenta, accesorios, actualizaciones y multas ejecutoriadas que determinen las autoridades administrativas **(26)**, y sirve de título la boleta expedida por el organismo competente.

Una vez admitida la petición el magistrado libra una "intimación de pago", es decir, un requerimiento de pago dirigido al sujeto pasivo de la obligación tributaria, con la advertencia de que este puede oponer defensas en el plazo de 5 (cinco) días —las cuales, resulta relevante destacar que se encuentran determinadas en forma taxativa en el CCAyT—, bajo apercibimiento de que, transcurrido dicho plazo sin objeción ni pago alguno, se llevará adelante la ejecución del crédito de que se trate, sin más trámite.

Frente al requerimiento de pago, el deudor puede asumir tres posturas diferentes: ignorarlo, cumplir con el requerimiento de pago o bien oponerse a él.

(i) Ante el primero de estos escenarios, el juzgado dictará sentencia de trance y remate ordenando llevar adelante la ejecución sin más trámite.

(24) Ley Nro. 189, BOCBA nro. 722 del 28/06/1999.

(25) Los tributos que usualmente se reclaman son: Ingresos Brutos, Impuesto Inmobiliario (Contribuciones de Alumbrado, Barrido y Limpieza Territorial y de Pavimentos y Aceras), Patentes sobre vehículos en general y Contribuciones por Publicidad.

(26) Actualmente, se reclama la ejecución de las multas previstas en las Leyes Nro.: 265, 1217 y 4827.

(ii) En el segundo, se procederá al archivo del expediente o a la reducción del monto demandado.

(iii) En el tercero, el ejecutado podrá repeler la acción aduciendo en forma clara y concreta las siguientes excepciones: falta de personería del demandante o de sus representantes, espera documentada, litispendencia, falta de legitimación pasiva, pago total o parcial o cualquier otro modo de extinción de las obligaciones, documentado mediante constancia expedida por la autoridad administrativa o entidad pública o privada autorizada a percibir el tributo en su nombre, o cuando se haya expedido, por autoridad competente, una certificación de inexistencia de deuda que comprenda el período reclamado; falsedad o inhabilidad de título basada exclusivamente en vicios de forma de la boleta de deuda; prescripción y cosa juzgada.

De las excepciones opuestas y documentación acompañada, se da traslado por el plazo de 5 (cinco) días al ejecutante. Al contestar, este último tiene la carga de ofrecer la prueba de que intente valerse.

Cuando se hubiere ofrecido prueba, el juez acuerda un plazo común para producirla, el cual suele ser de 20 (veinte) días. De lo contrario, esto es, si las excepciones fueren de puro derecho o no se ofreciere prueba porque basta con las constancias que obran en el expediente, el juez dicta sentencia dentro de los 10 (diez) días de contestado el traslado o del día en el cual venció el plazo para hacerlo.

Producida la prueba, se declara clausurado el período probatorio y el juez dicta sentencia dentro de los 10 (diez) días.

La sentencia es apelable cuando el monto reclamado en el juicio de ejecución fiscal sea superior al que establezca el Consejo de la Magistratura de la CABA (en adelante, "Consejo" o "CMCABA") **(27)**.

Cuando el contribuyente entienda que procede la repetición por el tributo en cuestión, deberá oblar, antes de iniciar el proceso ordinario, el total reclamado (incluidos intereses, accesorios y multas) **(28)**.

En lo que a este trabajo ocupa, resulta interesante resaltar que en estos procesos rige el principio dispositivo, consecuentemente, la gran mayoría de las notificaciones son realizadas por las partes. Ejemplo de ello, es la del auto de intimación de pago, la cual es realizada por el Fisco, que en el caso de la CABA es la Administración Gubernamental de Ingresos Públicos (en adelante, "AGIP").

Sobre la procedencia del principio dispositivo en este nuevo proceso, fruto de estas innovadoras tecnologías, se ahondará en el punto V.2. del trabajo.

Hecha esta exposición teórica, resulta imperioso pasar al terreno de la práctica.

En primer lugar, debe destacarse que en el fuero CAyT las ejecuciones fiscales son las que generan mayor volumen de trabajo **(29)**. Asimismo [y me atrevo a decir que en otras jurisdicciones ocurre lo mismo **(30)**], la mayoría de estos juicios se desarrollan sin contraparte, es decir que ante la pretensión del Fisco no hay

(27) Ver nota al pie nro. 2.

(28) AMÉNDOLA, Manuel A., "Procedimiento Tributario en la Ciudad de Buenos Aires, aspectos administrativos y judiciales", Ad-Hoc, Buenos Aires, 2009, p. 188.

(29) Según los resultados informados por la Oficina de Estadísticas del Consejo, en el año 2019 se iniciaron 56.154 demandas ante el fuero CAyT, de las cuales 52.254 corresponden a ejecuciones fiscales, lo cual representa un 93,05% del total. Disponible en: https://public.tableau.com/profile/estadisticas.judiciales.pj.caba#!/vizhome/AnuarioCAyT2019/IngresosCAyT?publish=yes y https://public.tableau.com/profile/estadisticas.judiciales.pj.caba#!/vizhome/AnuarioCAyT2019/IngresosCAyT?publish=yes, donde también pueden encontrarse estadísticas pertenecientes a años anteriores. Asimismo, dicha Oficina informó que en aquel año la totalidad de EJF que fueron tramitadas totalizan el número de 244.103. Ver en: https://public.tableau.com/profile/estadisticas.judiciales.pj.caba#!/vizhome/AnuarioCAyT2019/IngresosCAyT?publish=yes.

(30) En este sentido, ver COLOMBRERO, Anabel, "Proceso de ejecución fiscal administrativa con control judicial. A diez años de la incorporación del Título II a la ley 9024", La Ley, agosto de 2016, Cita Online: AR/DOC/1889/2016.

oposición del deudor, el que directamente no comparece **(31)**.

Entonces, puede decirse con certeza que las ejecuciones fiscales consisten en un proceso simple, con un nivel de litigiosidad mínimo (debido a la baja comparencia de los demandados al progreso de la acción) y con un acotado ámbito de conocimiento, en el cual gran parte de la labor es mecánica y rutinaria.

Asimismo, los escritos y actuaciones que forman parte de este proceso consisten en documentos homogéneos y uniformes, lo cual permite que gran mayoría de aquellos puedan ser estandarizables **(32)**. Y aclaro "en su gran mayoría", ya que hay una porción de tareas que deben quedar excluidas debido a su complejidad **(33)**.

Entonces, ante este tipo de proceso, en el cual predominan tareas sencillas, es que se propone la utilización de sistemas de IA, ya que ello, conforme lo señaló el autor español Nieva Fenoll, redundará en una tramitación más rápida y con mayor eficiencia **(34)**.

Con esta novedosa forma de desarrollar el proceso, es el propio sistema el que se encargará de realizar gran parte de los actos procesales, en algunos casos de forma totalmente autónoma y en otras con la participación del hombre.

Los sistemas de IA van a facilitar, simplificar y acelerar interacciones, tareas y generación de proveídos con un alto grado de estandarización, a través de las diferentes clases de automatización **(35)**.

Dicho autor español ha señalado al respecto que buena parte de los funcionarios judiciales invierten su tiempo utilizando modelos de los cuales simplemente modifican datos **(36)**.

En igual lineamiento, otro autor extranjero ha puntualizado que el futuro de la administración

(31) Según los resultados informados por la Oficina de Estadísticas del Consejo de la Magistratura de la CABA, en el año 2019 se dictaron 31.668 sentencias de trance y remate en procesos en los que el demandado no compareció y 974 sentencias de trance en remate en los EJF en los que el contribuyente se presentó y opuso excepciones. Disponible en: https://public.tableau.com/profile/estadisticas.judiciales.pj.caba#!/vizhome/AnuarioCAyT2019/IngresosCAyT?publish=yes

(32) A este respecto, cabe mencionar que en el Anexo IV de la res. CMCABA Nro. 19/19 -a la cual se hará referencia infra-, se realizó la estandarización de todos los proveídos y resoluciones que se dictan en el fuero CAyT en todos los procesos que tramitan ante aquel. A continuación, intentaré explicar en qué consiste esta estandarización y qué consecuencias trae en la práctica, de la forma más concreta posible. En el PJCABA contamos con un sistema denominado "Sistema de Gestión Expediente Judicial Electrónico", en el cual se llevan a cabo los actos procesales a cargo del juzgado. A raíz de dicha estandarización, al momento de proveer un escrito, el agente judicial se encuentra obligado a elegir -dentro de la lista de despachos estandarizados que obran en dicho sistema- el que se corresponda con el caso concreto. Ahora bien, además de haberse realizado esta estandarización o clasificación, en algunos casos, además de ello, se han precargado los modelos de despacho. Si bien esto último debiera haber facilitado la tarea de los judiciales, como miembro del PJCABA, puedo afirmar que ello no ha sido así, ya que lamentablemente, se han cargado modelos que, en la generalidad de los casos, no se corresponden con los estilos, formatos y/o criterios de los juzgados en general. En la práctica, funciona así: al momento de despachar un escrito en el sistema del PJCABA, el agente debe seleccionar el tipo de documento que va a producir (por ejemplo: "mero trámite-agréguese", "autos-autos a sentencia", "resolución-aprobación/rechazo de liquidación" entre muchísimas otras). Una vez elegido éste, el sistema abre una ventana en la cual se encuentra el programa Microsoft Word y en donde, como dije, en algunos casos el despacho ya aparece confeccionado, debido a que el modelo ya ha sido precargado; mientras que, en la gran mayoría de los casos, es el agente o funcionario judicial quien tiene que "redactarlo". Pongo esta última palabra entre comillas porque lo que sucede en la práctica es que ya sea que se trate de proveídos simples o bien de sentencias interlocutorias, lo que se hace es copiar el modelo guardado en las carpetas del juzgado -las cuales se hallan fuera del mencionado sistema de gestión-, pegarlo en el sistema y adaptarlo al caso concreto, para luego proceder a su firma.

(33) Este punto será desarrollado in extenso en el punto V.2.

(34) NIEVA FENOLL, Jordi, "Inteligencia artificial y proceso judicial", Marcial Pons, Madrid, 2018, p. 24.

(35) Es decir que, con la inserción de estas tecnologías, en pocos minutos (aunque en algunos casos consistirá en segundos), los sistemas de IA automatizarán tareas y resolverán cuestiones que antes requerían múltiples pasos, procedimientos y fases.

(36) NIEVA FENOLL, Jordi, ob. cit. p. 24.

de justicia necesariamente involucrará un alto nivel de participación de algoritmos automáticos en cada paso del proceso, señalando incluso su potencialidad para operar en el ámbito del colapso de la administración de justicia y considerándose esencial dejar de ver a las computadoras como máquinas de escribir, o calculadoras avanzadas, para empezar a verlas como algo que puede aprender de los datos y llevar a cabo tareas más complejas **(37)**.

Por su parte, la doctrina nacional se ha ocupado de señalar que uno de los pasos más importantes en procura de una mayor efectividad procesal es la informatización de la administración de justicia **(38)** y que la incorporación de las nuevas tecnologías al ámbito judicial es una necesidad imperiosa **(39)**. Agregándose, en el mismo sentido, que la informática judicial es parte fundamental del proceso de modernización de la justicia con el objetivo de revertir la lentitud y morosidad en la resolución de los casos judiciales **(40)**.

Cabe preguntarse, entonces, si resulta lógico emplear el recurso humano para tareas que presentan un grado de dificultad bajo cuando ello puede ser efectuado por computadoras, y dejar que los humanos se ocupen de otras cuestiones.

Adentrado el lector en tema, corresponde ahora pasar al plano experimental, partiendo de las experiencias tecnológicas extranjeras para después referir las nacionales.

(37) Dans, Enrique, "Algorithmic Justice, Education, and the Lawyer of the Future", disponible en https://lawahead.ie.edu/algorithmic-justice-educationand-the-lawyer-of-the-future.

(38) CAMPS, Carlos E., "El derecho procesal y la informática", La Ley, 30/04/2014, Cita Online: AR/DOC/1243/2014.

(39) RODRÍGUEZ, Mónica S., "Algunas novedades respecto a la digitalización del procedimiento judicial y la implementación del expediente electrónico. La importancia de la modernización para una adecuada inserción en el ámbito internacional", Microjuris, Cita Online: MJ-DOC-6534-AR||MJD6534, 05/12/2013.

(40) PAGÉS LLOVERAS, Roberto M., "La informática judicial en el proceso civil", disponible en: http://biblioteca.asesoria.gba.gov.ar/redirect.php?id=4301.

IV. Experiencias recientes

IV.1 Derecho comparado

En lo relativo al uso de IA, la rica experiencia internacional debe constituir un punto de referencia obligado para Argentina, en particular, debido a los resultados positivos que se han obtenido.

En primer lugar, merece mención el conocido programa denominado "Compas". De creación norteamericana, elabora evaluaciones de riesgo de reincidencia en la comisión de un delito. Pero no puede hablarse de esta herramienta sin nombrar el fallo "State v. Loomis". En este, la Corte Suprema de Wisconsin sostuvo que el uso de una evaluación de riesgo algorítmico en la sentencia de un tribunal de primera instancia no viola los derechos de debido proceso, aunque la metodología utilizada para realizar la evaluación no fue divulgada ni a la Corte ni al acusado **(41)**.

Dicha Corte, ante los argumentos del demandado sobre la presunta violación de su derecho de defensa, indicó que Compas utilizaba solo los datos disponibles públicamente y los proporcionados por el demandado, concluyendo que Loomis podría haber negado o explicado cualquier información que se haya incluido en la elaboración del informe y, por lo tanto, no se vio disminuido su derecho de defensa.

Sin embargo, destaca Granero en el artículo en cita, que "la juez Bradley agregó que los jueces deben actuar con precaución al usar dichas evaluaciones de riesgo como las indicadas por Compas y que los puntajes de riesgo no pueden usarse 'para determinar si un delincuente debe

(41) Corte Suprema de Wiscosin, "Estado de Wisconsin c. Eric L. Loomis", nro. 2015AP157-CR, sentencia del 13 de julio de 2016. Ver en: https://caselaw.findlaw.com/wi-supreme-court/1742124.html. En este caso, el tribunal de primera instancia se refirió a la evaluación de Compas en el fundamento de la sentencia y, basándose en parte en esta evaluación, condenó a Loomis a seis años de prisión y cinco años de supervisión prolongada. Loomis apeló argumentando falta de fundamentos válidos de la sentencia y que se violó su derecho al debido proceso, alegando que el citado programa sólo proporciona datos relevantes para grupos en general y porque la metodología utilizada para hacer los informes es un secreto comercial, y por lo tanto no se puede evaluar su pertinencia sin poder verificar información de Compas.

quedar encarcelado' o 'para determinar la severidad de la pena', instando a los tribunales a que cuando utilizan evaluaciones de riesgo deben explicar los factores que respaldan la sentencia" **(42)**.

En segundo lugar, entre otros, se encuentra la aplicación para el derecho del sistema informático "Watson", llamada "Ross". Explica Fernández que esta herramienta realiza búsquedas legales y responde a preguntas de una manera similar a como lo haría un abogado. Para poder hacer esto, analiza su base de datos y llega a una conclusión basada en la ley, la jurisprudencia y en otras fuentes secundarias. Es capaz de generar distintas hipótesis y buscar respuestas, adaptando sus conclusiones al caso en particular. Prepara su respuesta en un lenguaje simple y claro, y además continúa monitoreando la información disponible, luego de su respuesta, para avisarle al abogado si existe algo nuevo que no tuvo en cuenta y que sirva para complementar o modificar su respuesta anterior. Asimismo, el *software* Ross es capaz de aprender de las preguntas anteriores, por lo que sus respuestas mejoran con el paso del tiempo y del uso **(43)**.

El mencionado autor trae a colación otras dos herramientas tecnológicas contemporáneas aplicadas en el terreno jurídico.

Una de ellas es el *software* "Premonition", que analiza datos de los tribunales judiciales en Estados Unidos. Explica que, entre otras cosas, "puede ser utilizado para predecir cómo resolverían un determinado caso distintos tribunales, buscar tendencias en los fallos de los distintos jueces o identificar qué abogado sería el más idóneo para litigar un caso en particular. Todo ello a través del análisis de grandes volúmenes de información que normalmente se conoce como *big data*".

La otra es el *software* "Margin Matrix", desarrollado por el estudio jurídico Allen & Overy con el apoyo de la consultora Deloitte Touch. este es un sistema capaz de colaborar en temas regulatorios, a través de la realización de análisis legales automatizados y de la redacción de documentos que se adaptan a las necesidades del caso y a las leyes de distintas jurisdicciones. Fernández explica que este *software* "reduce un trabajo que en promedio le demandaría tres horas a un abogado, a un proceso automatizado de unos cinco minutos" **(44)**.

La aplicación de este tipo de tecnología en el ámbito del derecho también ha tenido lugar del otro lado del océano Atlántico. Así, en Italia, se ha desarrollado un sistema informático llamado "Autovelox", preparado según los parámetros técnicos que reflejan el contenido de las normas en materia de límites de velocidad en la circulación vial, para que compruebe si el conductor de un automóvil ha superado los límites de velocidad permitidos. En caso de superarlos, el sistema irroga la sanción administrativa prescripta para tal hipótesis y elabora el relativo acto sancionatorio **(45)**.

En este orden de ideas y, a lo que este trabajo compete, cabe mencionar el llamativo procedimiento automatizado alemán denominado "Mahnverfahren", mediante el cual tramitan las órdenes de pago. El autor en cita explica que la solicitud es procesada por un programa informatizado. Los pasos del proceso se ejecutan de manera autónoma totalmente continua, que comienza una vez que la aplicación se presenta al sistema informático. Junto con el tratamiento automatizado del proceso monitorio, existen productos comerciales de *software* especiales que facilitan la entrada de datos de las solicitudes de requerimiento de pago y reducir así las fuentes de error. Normalmente, estos programas de *software* están equipados con una interfaz estandarizada para su uso con el programa de procesamiento electrónico de datos de la corte **(46)**.

En virtud de este proceso, se ofrece una forma económica, rápida y eficaz a los acreedores para

(42) GRANERO, Horacio R., "Un futuro de participación entre humanos y algoritmos inteligentes", elDial.com, 06/05/2019, Cita Online: elDial DC2799.

(43) FERNÁNDEZ, Diego, ob. cit.

(44) Ibidem.

(45) LACAVA, Federico J. "Acto Administrativo Automático en el marco del Estado Constitucional de Derecho", Revista Argentina de Derecho Administrativo - Número 2 - junio 2019, 19/06/2019.

(46) PAGÉS LLOVERAS, Roberto M., "El juicio tributario electrónico", La Ley, 13/05/2015. Cita Online: AR/DOC/4698/2015. Para mayor información sobre este proceso ver: https://www.iuscomp.org/gla/literature/sijanski.htm

hacer valer una demanda pecuniaria para obtener una orden judicial de pago.

Para ir cerrando este apartado, no puede dejarse de hacer alusión al sistema de demandas de dinero en línea, utilizado en Inglaterra ("Money Claim Online"). este permite a un demandante reclamar el pago de una deuda por sumas de hasta £ 100.000 (sin incluir intereses ni las costas reclamadas), por vía electrónica con un servicio que está disponible las 24 horas del día, los 365 días del año. La demanda tiene que cumplir con los criterios establecidos en el sistema para ser procesada. Esos criterios son, por cierto, una vía para simplificar las características de las demandas que dicho sistema procesa. Es responsabilidad del demandante asegurar que los criterios sean cumplidos. Si alguien envía una demanda en línea que no cumple con los requisitos, puede ser desestimada y el demandante no podrá hacer nada más con ella.

Pagés explica que se debe indicar en el formulario de reclamo el monto de dinero que se le debe al reclamante y por qué. Dicho formulario se limita a 24 líneas de 45 caracteres y un total de 1.080 caracteres. Agrega que, luego de realizado el reclamo, este servicio lo imprime y lo envía a la parte demandada y que el pago de la tasa judicial solo se puede realizar con tarjeta de crédito o débito. Explica que, en este sistema, los honorarios no son reembolsables y concluye diciendo que "[e]ste es el primer ejemplo de lo que se ha llamado 'Cyber-Corte'".

Por último, Martin menciona que el año pasado, el Ministerio de Estonia ha pedido a Ott Velsberg, director de datos de aquel gobierno que implemente la IA en juicios menores, aquellos en los que hay disputas de 7.000 o menos. La IA permitiría acelerar decenas de casos atrasados que los jueces y secretarios judiciales no pueden hacer frente actualmente. Explica que las dos partes cargarán sus documentos e información relevante del caso en una plataforma, donde la IA tomará una decisión que pueda ser apelada por un juez "humano" **(47)**.

(47) MARTIN, Elizabeth, "Justicia Abierta e Inteligencia artificial en la Ciudad de Buenos Aires ¿Los robots pueden ser jueces?", Diario DPI-Suplementos-Derecho y Tecnología, 19/05/2020, Cita: IJ-CMXIX-455

Pero esto no es todo. Este año Estonia comenzó a trabajar en un proyecto que busca crear una red de robots de programas informáticos que permitirán al ciudadano realizar trámites administrativos mediante un asistente virtual, elegido por ellos mismos. Es decir que estos últimos podrán elegir a Siri, Alexa o cualquier otro asistente con el cual estén habituados a interactuar para realizar trámites como la renovación de pasaporte, realizar "la solicitud para obtener los datos para liquidar su[s] declaraciones fiscales. Esta orden desencadenará un proceso automatizado en el que las solicitudes de inteligencia artificial de diferentes departamentos interactúan para completar el expediente" **(48)**.

IV.2. Ámbito nacional

En Argentina, el uso de la IA en el trámite del proceso judicial se encuentra aún en un estado muy embrionario. Prueba de ello, es la escasa aplicación que tiene hoy en día en la totalidad del territorio nacional.

Sin embargo, en ciertas jurisdicciones, el uso de la IA ha comenzado a dar sus primeros pasos.

Así, en la CABA, en el transcurso del año 2017, su Ministerio Público Fiscal desarrolló "Prometea", un sistema que aplica IA para preparar automáticamente dictámenes judiciales. Esta herramienta es "un sistema de *software* que tiene como cometido principal la automatización de tareas reiterativas y la aplicación de IA para la elaboración automática de dictámenes jurídicos basándose en casos análogos para cuya solución ya existen precedentes judiciales reiterados" **(49)**.

Uno de sus creadores, Corvalán, explica que el procedimiento es conducido íntegramente por la IA de la siguiente manera. Al llegar a la fiscalía un expediente con el fin de que esta dictamine, lo primero que se hace es cargar en "Prometea" el número de aquel. Hecho esto, "[e]l sistema de

(48) Disponible en: https://www.thetechnolawgist.com/2020/03/05/estonia-a-la-cabeza-de-la-innovacion-jueces-robot-alexa-siri-tramites-gubernamentales/

(49) ESTÉVEZ, Elsa, LINARES LEJARRAGA, Sebastián y FILLOTTRANI, Pablo, "Prometea, Transformando la Administración de Justicia con Herramientas de Inteligencia Artificial", Banco Interamericano de Desarrollo, 2020, pág. 46.

IA busca la carátula en la página del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires, lo asocia con otro número (vinculado a las actuaciones principales) y luego va a la página del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Juscaba). Busca y lee las sentencias de primera y segunda instancia, luego analiza más de 1400 dictámenes (emitidos durante 2016 y 2017), para finalmente emitir la predicción" **(50)**.

Lo que hace este sistema es detectar el modelo que debería aplicarse al caso ofreciendo a la vez, la posibilidad de completar algunos datos para imprimir o enviar a revisar el dictamen con base en ese modelo **(51)**.

Agrega que antes de desarrollar este sistema, ya había implementado IA bajo la modalidad de asistencia virtual (aplicación de inteligencia en la interfaz). En este caso, una vez que el expediente se encuentra en condiciones de dictaminar, el operador jurídico activa Prometea por comando de voz en un celular (dispositivo móvil) o mediante un chat. En este caso, a través de una conversación entablada entre el operador jurídico y Prometea (en la que aquel le dice el número de expediente, temática, entre otros datos y luego dicho sistema ofrece un modelo de la fiscalía), esta última busca y trae al dictamen leyes y decretos hasta que dicho sistema dice "dictamen completado". Asimismo, este sistema avisa los casos en los cuales los modelos de dictámenes no resultan aplicables, ya sea porque "están vencidos los plazos o falta algún requisito formal". Luego, el operador puede ordenarle que imprima, que descargue el dictamen o que envíe por mail o a una red interna el proyecto borrador para que sea corregido **(52)**.

En el citado artículo, comenta que las pruebas que han realizado en más de 40 expedientes muestran que Prometea es entre un 200% y un 288% más eficiente, según el modelo que se trate. Aclara que estas cifras, aumentarán mucho más con el modelo predictivo.

En un artículo del año pasado, el referido autor refirió que Prometea está siendo utilizada en procesos de compras del Estado, agilizando ostensiblemente sus tiempos y mejorando los índices de transparencia y que, a nivel internacional, fue usada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en tareas relacionadas con notificaciones del tribunal **(53)**.

De igual modo, la Corte Constitucional de Colombia, presentó el 27 de julio del corriente año, un *software* llamado "PretorIA", basado en la experiencia de Prometea, que permite organizar y establecer prioridades para el tratamiento de los casos más relevantes, como así también leer, detectar, predecir y elaborar resúmenes sobre miles de sentencias en pocos segundos. PretorIA surgió del trabajo conjunto del Laboratorio de Innovación e IA de la Universidad de Buenos Aires (Argentina) y de la Universidad del Rosario, Corte Constitucional (ambas de la República de Colombia) y de otras agrupaciones de este último país **(54)**.

En esta misma línea, la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires, amén del trabajo que viene realizando hace varios años para incorporar las tecnologías de la información y comunicación a los procesos judiciales y así alcanzar un expediente completamente digital, el 21 de agosto de este año, firmó un Convenio Marco de Colaboración Recíproca con la Universidad Nacional de la Matanza a fin de que esta colabore con aquella en el desarrollo de un aplicativo informático que sirva de complemento al sistema de gestión actualmente en uso en dicha jurisdicción [nombrado "Augusta" **(55)**] para la au-

(50) CORVALÁN, Juan Gustavo, ob. cit.

(51) Este es un ejemplo de automatización más predicción, explicado en el punto II.

(52) Este es un caso de automatización con intervención humana muy reducida y simple, explicado en la Introducción.

(53) CORVALÁN, Juan Gustavo, "PROMETEA. Inteligencia artificial para transformar organizaciones públicas". Comentario de Chamatropulos Demetrio Alejandro, La Ley, 02/05/2019, Cita Online: AR/DOC/1005/2019.

(54) Ver: https://www.infobae.com/tecno/2020/07/28/la-justicia-de-colombia-usara-un-sistema-de-inteligencia-artificial-basado-en-un-desarrollo-argentino/

(55) Este sistema asiste en el despacho del organismo con una biblioteca de modelos propias del organismo y/o genéricas. El sistema cuenta con la posibilidad de agendar vencimientos y/o hitos destacables, así como también cuenta con la opción de calcular plazos judiciales.

tomatización de diferentes procesos dentro del expediente judicial **(56)**.

Tal como señala López, "se encuentra en etapa de prueba el procesamiento automatizado de datos y actos procesales en juicios de apremios provinciales, en el marco de las acciones conjuntas derivadas de los Convenios tripartitos suscriptos por la Suprema Corte de Justicia, ARBA [Agencia de Recaudación de la provincia de Buenos Aires] y Fiscalía de Estado" **(57)**.

En relación con dichos convenios, Pagés tiene dicho que fueron suscriptos a fin de lograr intercambio de información, complementación de recursos e instrumentación de comunicaciones por medios electrónicos con firma digital. "Con ello, entre los objetivos que persigue con la interrelación de los sistemas de la ARBA, la Fiscalía y aquella Suprema Corte, se permite que la totalidad de los datos que contiene una demanda puedan ser recibida y utilizada por los juzgados que resulten competentes, de modo electrónico y seguro; el acceso 'on line' de todos los organismos a la información del proceso (Mesa de Entradas Virtual); la traba y levantamiento de medidas cautelares y su registro 'on line'; el ingreso voluntario de escritos digitalizados por las partes y la progresiva utilización del correo electrónico y la firma digital para las comunicaciones y notificaciones entre organismos y/o las partes" **(58)**.

Como corolario de estos avances, el 21 de octubre de este año, mediante el Acuerdo Nro. 3991, la Suprema Corte de esta provincia determinó que en aquellos casos en los cuales resulte procedente, las notificaciones que deban cursarse de manera electrónica a los domicilios electrónicos se llevarán a cabo de manera automatizada **(59)**. Arguyó que este mecanismo permitirá eliminar actividades vinculadas a la elaboración de cédulas, reducirá errores en la confección de notificaciones, agilizará el proceso de comunicación, optimizará la protección de derechos y coadyuvará a la racionalización de los recursos humanos y materiales con que cuenta la función jurisdiccional para el cumplimiento de sus cometidos.

V. Aplicación de la inteligencia artificial en el proceso de ejecución fiscal

V.1. Avances tecnológicos en el Poder Judicial de la Ciudad **(60)**

Previo a realizar el estudio pormenorizado de los diferentes actos procesales que pueden ser ejecutados con la colaboración de la IA, corresponde hacer una sucinta descripción de la progresiva informatización que ha tenido lugar en el PJCABA en lo que atañe a las ejecuciones fiscales.

En miras a dar mayor rapidez y transparencia a los procesos judiciales, con acierto, el Consejo, dictó la res. 42/17 **(61)**, en la cual se estableció

(56) En particular ver el Acta de Implementación Específica Nro. 1 al Convenio mencionado, del 24 de agosto del 2020, en cuyo art. 1 se dispuso que este acta tiene como objeto "...el desarrollo de un aplicativo informático denominado EXPERTICIA, el cual funcionará como complemento del sistema AUGUSTA para la automatización de diferentes procesos dentro del expediente judicial basado en la confección de árboles binarios, los cuales recibirán como parámetros de entrada referencias almacenadas en el sistema AUGUSTA y entregarán como resultado uno o más trámites con los documentos electrónicos correspondientes, permitiendo automatizar el proceso de decisión en función del estado y datos del expediente electrónico" (se omitió el resaltado para una mejor lectura).

(57) LÓPEZ, Mariano M. Camilo, "Avance hacia el expediente judicial completamente digital en la provincia de Buenos Aires", Revista REDA nro. 131, septiembre-octubre del 2020, ps. 264-291. En lo que atañe a los convenios ver: res. 3563/2011; 3027/2014; 662/2009, 753/2008; 2/2008; 912/2008; 2088/2017 y ampliatorias (esta última regula el inicio electrónico de apremios municipales).

(58) PAGÉS LLOVERAS, Roberto M., ob. cit.

(59) Cabe aclarar que, en la órbita de la provincia de Buenos Aires, la Suprema Corte reglamentó las notificaciones electrónicas mediante el Acuerdo Nro. 3845/17 "Reglamento para la notificación por medios electrónicos", el cual rige desde el 2 de mayo de 2017. Es te último ha sido objeto de modificaciones a raíz de la pandemia originada por el virus COVID-19 (res. de Presidencia SPL Nro. 10/2020 y complementarias y por el citado Acuerdo Nro. 3991-.

(60) Se aclara que en este acápite se incluyen las normas dictadas a la fecha de redacción de este trabajo.

(61) Todas las resoluciones que se nombran a continuación fueron dictadas por el Consejo y pueden consultarse en los siguientes links: https://consejo.jusbairesgob.ar/documentacion/resoluciones/presidencia y

el uso obligatorio del Sistema de Gestión Expediente Judicial Electrónico (en adelante "EJE") en el ámbito jurisdiccional del PJCABA, con excepción del Tribunal Superior de Justicia y del Ministerio Público.

Dicho sistema informático fue diseñado para sustituir al expediente en soporte papel por otro en formato digital y así otorgar mayor rapidez y transparencia a los procesos judiciales.

Con posterioridad, expidió la res. 19/19, en la cual se introdujeron modificaciones a la disposición *ut supra* referida. Dentro de estas, resulta de interés mencionar la prevista en el art. 1°, en virtud de la cual se dispuso que quedarán alcanzados por la obligatoriedad del sistema, además de los magistrados y agentes del PJCABA, los actores externos que participan en el proceso judicial.

Por otro lado, en el art. 2° se estableció un nuevo régimen reglamentario para el funcionamiento del EJE (individualizado como Anexo I de la mentada resolución, en adelante, el "Reglamento").

Por último, en el art. 3° se ordenó diferir lo dispuesto en los capítulos III (Firma Digital), IV (Presentaciones de escritos en soporte digital a través del Portal del Litigante) y V (Notificaciones Electrónicas) del Reglamento al dictado, por parte de la presidencia del CMCABA, de las resoluciones necesarias para su plena vigencia, estipulando que esto último debía hacerse en forma progresiva y contemplando las necesidades del universo de destinatarios de esa reglamentación.

De conformidad con ello, el 16 de octubre de 2019, el Consejo dictó la res. 943/19, en la cual se fijó un cronograma para la entrada en vigor de las disposiciones contenidas en los referidos capítulos, el que fue posteriormente modificado por sucesivas resoluciones **(62)**.

Sin embargo, dicho cronograma se vio afectado por las medidas tomadas en el PJCABA a raíz de la pandemia virus COVID-19.

Previo a describir estas últimas (las cuales, no obstante haber alterado el trámite normal de las ejecuciones fiscales introdujeron avances en relación con la tramitación digital de los procesos) se destacarán los rasgos más distintivos del nuevo régimen de tramitación de expedientes contemplado en el Reglamento.

Primero, debe mencionarse que, en virtud de las disposiciones del Reglamento, los litigantes pueden iniciar y acceder a las causas en trámite ante los tribunales de primera y segunda instancia del PJCABA mediante el Portal del Litigante, razón por la cual en dicha norma se les impuso la obligación de procurarse los medios necesarios para poder tener acceso integral a este **(63)**. Asimismo, resulta relevante el hecho de que, conforme lo dispuesto en el art. 23, inciso a) de dicha norma, el sorteo de la causa se efectuará de manera automática.

Por otra parte, en el Reglamento se dispuso la implementación de un sistema de notificaciones electrónicas, obligatorio en todos aquellos casos en los cuales la ley no establezca que la notificación debe ser realizada en el domicilio real o denunciado de la parte, caso en el cual la comunicación será efectuada mediante soporte papel. Respecto de estas últimas, en el art. 39 se dispone que deberán ser generadas a través del Portal del Litigante, ya que de lo contrario no serán recibidas por el Tribunal **(64)**.

---

https://consejo.jusbaires.gob.ar/documentacion/resoluciones/plenario.

(62) Entre estas, las Resoluciones del Consejo Nros. 1061/19, de fecha 15/11/2019, 128/20, del 17/02/2020 y demás que se dictaron durante la pandemia COVID-19.

(63) En virtud de lo dispuesto en el art. 3 de la res. 943/19, el 21/10/2019 se dio inicio al proceso de alta de usuarios externos para que puedan tener acceso al Portal del Litigante. En el art. 5 de aquella se dispuso la obligatoriedad del uso de dicho portal exclusivamente en los juicios de ejecución fiscal a partir del 18/11/2019, fecha que fue prorrogada al 02/12/2019 por res. del Consejo 1061/19.

(64) Mediante la res. 943/19, el Consejo dispuso que a partir del 18/11/2019, las notificaciones realizadas en los juicios de ejecución fiscal debían serlo por medios electrónicos. Esta fecha fue prorrogada al 02/12/2019, por res. de dicho organismo Nro. 1061/19. Posteriormente, por res. 128/20, del 17 de febrero, se resolvió establecer la vigencia de la res. 943/19 únicamente para las ejecuciones fiscales iniciadas desde el 2 de diciembre de 2019. Como se indicará infra, estas disposiciones no se encuen-

En consonancia con lo dispuesto en el Reglamento, el 20/09/2019, el Ministerio Público Fiscal dictó la res. 412/19, en la cual ordenó a los fiscales de primera y segunda instancia del fuero que constituyan un domicilio electrónico, el que consistirá, hasta tanto se ponga en funcionamiento el portal de notificaciones del PJCABA, en la dirección de correo electrónico oficial de la unidad interviniente.

Por último, por res. 49/2020, del 20 de enero del corriente año se dispuso que, a partir del 15 de febrero, la Dirección de Diligenciamientos de la Cámara de Apelaciones del fuero CAyT tenía el deber de digitalizar las cédulas cuyo diligenciamiento hubiera estado a su cargo, dejándolas en formato electrónico en cada tribunal para que este las relacionara con el expediente en cuestión.

Otra disposición novedosa prevista en el Reglamento es la que regula la presentación de escritos mediante soporte digital **(65)**.

Asimismo, como herramienta innovadora, en el Reglamento se contempló la obligatoriedad de firmar electrónica "o" **(66)** digitalmente las actuaciones, instrumentos y escritos y que estos, una vez firmados, tendrán el mismo valor que aquellos suscriptos ológrafamente. Sin embargo, se exceptuó de esta obligación a: "a) los instrumentos de notificación que no deban hacerse a un domicilio electrónico y se efectúen en soporte papel; b) los instrumentos que estén destinados o provengan de sujetos no obligados al uso de EJE, sin perjuicio de los convenios que en el futuro se realicen para su incorporación paulatina; c) otros instrumentos que provengan de los/as usuarios/as de EJE y que por su naturaleza no puedan ser incorporados mediante firma electrónica o digital" **(67)**.

---

tran completamente vigentes a raíz de las medidas que se tomaron como consecuencia de la aludida pandemia.

(65) El Consejo estableció en la res. 943/19, que a partir del 06/04/2020, en todos los juicios de ejecución fiscal, los usuarios debían presentar escritos firmados digitalmente, no pesando sobre los tribunales la obligación de recibir aquellos que se presentaran en soporte papel. Posteriormente, por res. 128/20, del 17 de febrero, se resolvió establecer la vigencia de la res. 943/19 únicamente para las ejecuciones fiscales iniciadas desde el 02/12/2019. La primera de estas resoluciones ha sido alterada por las normas dictadas con ocasión de la pandemia (ver en particular las normas dictadas en relación con la firma digital, ya que, conforme lo dispuesto en el art. 25 del Reglamento, los escritos presentados mediante el Portal del Litigante deben ser rubricados en forma digital o electrónica).

(66) Dicha conjunción es utilizada con acierto, por cuanto firma electrónica no es lo mismo que firma digital. Esta última se encuentra definida en el art. 2 de la Ley Nro. 25.506, el cual reza: "Se entiende por firma digital al resultado de aplicar a un documento digital un procedimiento matemático que requiere información de exclusivo conocimiento del firmante, encontrándose esta bajo su absoluto control. La firma digital debe ser susceptible de verificación por terceras partes, tal que dicha verificación simultáneamente permita identificar al firmante y detectar cualquier alteración del documento digital posterior a su firma". Mientras que la primera se encuentra definida en el art. 5 de dicha ley, el cual reza: "Se entiende por firma electrónica al conjunto de datos electrónicos integrados, ligados o asociados de manera lógica a otros datos electrónicos, utilizado por el signatario como su medio de identificación, que carezca de alguno de los requisitos legales para ser considerada firma digital. En caso de ser desconocida la firma electrónica corresponde a quien la invoca acreditar su validez".

(67) Mediante res. 943/19, se dispuso la obligatoriedad del uso de la firma digital a partir del 19/10/19 para magistrados y funcionarios de los tribunales de primera y segunda instancia y organismos implementados en EJE del fuero CAyT del PJCABA en toda clase de procesos. Por otra parte, en aquella resolución, el Consejo dispuso que, a partir del 06/04/2020, el uso de la firma digital sería obligatorio para los usuarios externos, aunque solamente en los juicios de ejecución fiscal. Posteriormente, a través de la res. 63/20, del 12 de abril del corriente se estableció que la obligatoriedad del uso de firma digital por parte de los usuarios externos en los EJF se suspendería hasta el 30 de mayo del 2020, precepto que fue prorrogado hasta el 3 de julio del 2020 por res. de la Presidencia del Consejo Nro. 490/20, del 1° de junio. Esta prórroga tuvo lugar por cuanto se suspendió el procedimiento para registro y alta de usuario en el sistema del PJCABA, en el cual, una parte del trámite debe ser realizada en forma presencial ante la Oficina del Litigante. Luego, mediante res. 147/20, del 2 de julio del corriente, se resolvió prorrogarla hasta el 1° de agosto. Sin embargo, se estableció un sistema de turnos para que los usuarios externos puedan completar el procedimiento para ser dados de alta en el sistema EJE, el cual incluye la obtención del certificado de firma digital, necesario para poder firmar digitalmente los escritos. Los alcances de esta última resolución fueron prorrogados, primero, hasta el 1° de septiembre del corriente año por res. 153/20 del 31 de julio; segundo, hasta el 1° de octubre de este año por res. 178/20, del 31 de agosto, tercero, hasta el 1° de noviembre de dicho año, por res. 197/20, del 2 de otubre y luego hasta el 1° de diciembre por res. 228/20, del 28 de octubre. Finalmente, por res. 240/20 del

Por otra parte, cabe mencionar que, en el Reglamento, se previó la interoperabilidad entre las distintas dependencias estatales que tramiten causas ante el PJCABA, las cuales cuentan con un sistema propio. A fin de lograr este acceso sencillo y rápido a la información contenida en los expedientes judiciales desde terminales diferentes, mediante res. 289/20, del 25 de marzo se aprobó el acta acuerdo complementaria Nro. 6, suscripta por el Consejo, el Ministerio Público de la Defensa, Fiscal, Tutelar del PJCABA que tiene por finalidad sentar las bases normativas de la interoperabilidad informática entre los sistemas que utilizan estos organismos.

Finalmente, se estableció que los registros que actualmente realizan los juzgados en los Libros de Registros, deberán ser reemplazados por aquellos que se realicen en EJE **(68)** y que en aquellos casos en los cuales en una causa coexista el formato papel y el digital y, haya notificaciones que deban hacerse por ministerio de la ley, si el expediente no se encontrare en letra en los días de nota, el usuario podrá dejar nota en un "Libro de Asistencia Electrónico, a través de una acción que implica firma" **(69)**.

Como se refirió en párrafos anteriores, la entrada en vigor de estas funcionalidades o modalidades tecnológicas (inicialmente estipulada para el presente año), se vio alterada por la situación de emergencia sanitaria originada por el virus COVID-19.

Es por ello por lo que, sin perjuicio de que actualmente todas las ejecuciones fiscales deberían tramitar digitalmente, conforme se indicará a continuación, ello ha tenido lugar en un reducido número de causas y de forma diferente a la estipulada inicialmente.

Ello así, por cuanto mediante la res. 58/20, del 16 de marzo del presente año, se dispuso la suspensión de los plazos judiciales en el ámbito jurisdiccional del PJCABA, excluido el Tribunal Superior de Justicia, entre los días 17 y 31 de marzo. Asimismo, se estableció que solo tramitarían ante el fuero CAyT los amparos, medidas cautelares, asuntos alimentarios —incluidos honorarios profesionales— y demás cuestiones que fueran consideradas urgentes **(70)** por los magistrados y que pudiesen ser atendidas con una dotación mínima de personal. Esta suspensión de plazos fue prorrogada por sucesivas resoluciones **(71)**.

Posteriormente y, en lo que aquí interesa, en la res. 65/20 del 26 de abril de este año se dispuso el levantamiento de la suspensión de plazos para los EJF que se encontraren completamente digitalizados y contaran con domicilios electrónicos debidamente constituidos por todas las partes intervinientes. Por otra parte, se encomendó a la Secretaría de Innovación el diseño y elaboración juntamente con la Dirección General de Informática y Tecnología de un sistema que permita la iniciación de demandas de manera remota a todos los abogados de la matrícula y el diseño de un sistema para notificar electrónicamente a las partes. En este orden de ideas, estableció que, hasta que se diseñara este sistema, el inicio de demandas debía realizarse a través del Portal del Litigante, funcionalidad "Inicio de demandas por correo electrónico".

No obstante el levantamiento dispuesto, la realidad es que, a la fecha de redacción de este trabajo, son muy pocos los procesos que se encuentran en trámite, ya sea porque no toda la

11 de noviembre, se prorrogó la obligatoriedad del uso de la firma digital al 01/02/2021.

(68) Ver art. 11 del Reglamento.

(69) Ver cláusula transitoria primera del Reglamento.

(70) Definido por la res. 59/20 del 19 de marzo del 2020 como: "todo proceso de amparo o solicitud de medida cautelar cuyo diferimiento temporal pueda poner en peligro la vida, la salud, integridad física de las personas y/o afectaciones irreparables al medio ambiente".

(71) Plazo prorrogado por res. 59/20, 60/20 del 30/03/2020, 63/20 del 12 de abril del 2020, 65/20 del 26 de abril del 2020 y 68/20 del 10 de mayo del 2020, en la cual el Consejo dispuso mantener la vigencia de las medidas adoptadas en las resoluciones indicadas mientras persista la medida de aislamiento social, preventivo y obligatorio dispuesta inicialmente por decreto PEN Nro. 297/20 y sus prórrogas. El 11 de noviembre, mediante res. 240/20 el Consejo estableció el 1° de febrero del 2021 como plazo máximo para la reanudación de los plazos procesales en el ámbito del PJCABA -excluido el Tribunal Superior de Justicia-. No obstante, exceptuó de dicha reanudación, a las ejecuciones fiscales que no se encuentren digitalizadas en su totalidad hasta aquella fecha, Asimismo, dispuso que todas las presentaciones deberán ingresarse por el Portal del Litigante y por aquellos sistemas con los que interopera el sistema EJE.

causa se encuentra digitalizada o bien porque no todas las partes tienen domicilio electrónico constituido.

Ahora bien, seguidamente se observará que aún ante este inusual contexto, el PJCABA mantuvo una adecuada y sostenida política de avanzar con la incorporación de herramientas tecnológicas en la gestión judicial.

A guisa de ejemplo, en la res. 290/20 del 25 de marzo se estipuló el uso obligatorio del sistema EJE para los tribunales de primera y segunda instancia de dicho Poder y para todos los sujetos que tramiten causas ante estos. En este sentido, se ordenó habilitar las funcionalidades del Portal del Litigante a fin de poder subir escritos, notificarse, generar cédulas a domicilios electrónicos y físicos y dejar nota electrónica. Sin perjuicio de que esta norma fue dictada con posterioridad a las 58 y 59 del año 2020, se aclaró que la mencionada obligatoriedad se circunscribía a los excepcionales casos que no se encontraban comprendidos por la suspensión de plazos dispuesta **(72)**.

Posteriormente, a través de la res. 63/20, del 12 de abril del corriente se estableció que en aquellos casos en los cuales, en atención al estado de la causa, correspondía librar giros judiciales, estos debían realizarse exclusivamente en forma electrónica.

En esta línea, la res. CMCABA 65/20 fijó que las demandas nuevas de cuestiones urgentes debían ser presentadas de manera digital a través del Portal del Litigante y que los Ministerios Públicos debían realizar sus presentaciones a través del sistema de interoperabilidad informática oportunamente convenidos.

Por otro lado, en virtud de la res. 68/20, del 10 de mayo del presente año, se estableció que, a partir del 9 de mayo del corriente, los Ministerios Públicos Fiscal, de la Defensa y Tutelar del PJCABA, como así también los usuarios externos, debían constituir obligatoriamente domicilio electrónico (estos últimos a través del Portal del Litigante, en donde están asociados al CUIL/CUIT mediante el cual ha sido generada la cuenta de usuario externo en el sistema "Expediente Judicial Electrónico" del PJCABA).

A su vez, mediante res. 488/20, del 29 de mayo, se creó la Mesa de Entradas Virtual de atención no presencial para cada una de las secretarías de los juzgados de primera instancia y las salas de la Cámara de Apelaciones del PJCABA, a fin de que por su intermedio se gestionen las presentaciones que no puedan realizarse mediante el Portal del Litigante, así como para evacuar consultas propias de mesa de entradas. También se incluyó la creación de una casilla de correo electrónico de esta Mesa a fin de ser utilizada como medio oficial alternativo de comunicación para aquellas presentaciones no incluidas en el Portal del Litigante de forma excepcional y única mientras dure la aludida emergencia sanitaria.

Finalmente, en pos de avanzar en el proceso de despapelización —el que culminará cuando la totalidad de los expedientes se encuentren digitalizados—, el 11 de noviembre de este año, mediante res. 238/20, el Consejo resolvió aprobar el "Protocolo de Digitalización de Expedientes Judiciales". En virtud de este, la Secretaría de Administración General y Presupuesto del CMCABA dispondrá el personal bajo su cargo (el cual debe cumplir tareas administrativas y/o técnicas y conocer el funcionamiento del scanner o dispositivos similares) que se encargará de llevar a cabo la tarea de digitalización de expedientes. Para que este trabajo pueda concretarse, en cada una de las sedes del PJCABA, se crearán Salas de Digitalización **(73)**.

(72) Esta resolución fue modificada por la Nro. 359/20, del 20 de abril, en la cual se eliminó todo tipo de referencia a las resoluciones 58 y 59 del 2020.

(73) Resulta interesante destacar el art. 5, en el cual se establece que la: "Secretaria de Administración General y Presupuesto estipulará los plazos necesarios para las digitalizaciones de los expedientes requerida que no podrá´ exceder los cinco días hábiles y deberá´ priorizar las urgencias manifestadas por los solicitantes" y el 10, en la cual se dispone que dicha Secretaría "designará una persona de la Mesa de Digitalización para controlar la correcta digitalización de los expedientes y semanalmente presentará informes de los trabajos realizados a la Secretaria de Administración General y Presupuesto". Finalmente, el art. 14 es importante en tanto en aquel se especifica que el expediente digitalizado será ubicado fuera de EJE, debiendo el personal del juzgado incorporarlo al sistema y también el art. 15, por cuanto establece que todos los expedientes del área jurisdiccional que se soliciten para su desarchivo serán digitalizados.

V.2. Análisis de la aplicación de la inteligencia artificial en las ejecuciones fiscales

De lo expuesto en el punto anterior, puede verse que la Justicia Porteña ha realizado un avance paulatino hacia la digitalización, el cual ha reportado beneficios a los operadores judiciales como también a los litigantes y ha formado los cimientos necesarios para dar el próximo paso: implementar IA.

Como se definió al comienzo, el proceso es un sistema que comprende una sucesión de actos procesales que permite dar soluciones jurídicas a problemas, lo cual se logra mediante la aplicación de normas. En este proceso existen una serie de instrucciones que es necesario seguir a fin de llegar al objetivo final.

En estos términos, si aquel proceso se trata de un sistema de reglas y órdenes concatenadas y coherentes para lograr un fin, entonces opera con una lógica muy similar a los algoritmos **(74)**. Aquí es donde Corvalán advierte que surge el punto de conexión entre la IA y el derecho procesal. A raíz de ello, afirma que hay que "diseñar y entrenar a los algoritmos para que aprendan y ejecuten las reglas procesales, en la medida en que se den diversas condiciones vinculadas a los datos y al ecosistema digital que se presente en determinado proceso" **(75)**.

Al respecto, este autor señala que, si se observa el detrás de escena de los programas informáticos, puede advertirse que su lógica se basa en un conjunto de reglas informáticas que se ejecutan. En este sentido, observa que "los códigos procesales, por su parte, también contienen numerosas reglas e instrucciones ordenadas para lograr un fin, pero en este caso están dirigidas a los operadores jurídicos. Esta similitud en la forma de operar de ambos sistemas posibilita que se programe o 'entrene' a los algoritmos para que detecten o apliquen muchas de las reglas contenidas en el Código" **(76)**.

Con base a lo expuesto, a continuación, se identificarán aquellas fases del EJF en las que resultaría procedente utilizar sistemas de IA.

Pero previo a ello, no resulta ocioso reiterar que las ejecuciones fiscales generan un alto volumen de casos que son repetitivos, simples y en su gran mayoría previsibles, lo cual conlleva a la mecanización del grueso de las actuaciones y a que, para la tramitación y resolución de estos procesos, no se requiera de mayor creatividad.

Por esta razón, los agentes judiciales dedican buena parte de su tiempo a buscar en la base de datos del juzgado el modelo de resolución y/o de despacho que resulta aplicable, copiarlo y pegarlo en el sistema EJE, modificando simplemente los datos identificatorios del proceso **(77)**. Es decir que son realmente escasas las actuaciones que se redactan *ex novo.*

Pero cabe aclarar que esto también ocurre del lado del *front office*, ya que los litigantes que participan en estos procesos suelen utilizar modelos de escritos en los cuales, en líneas generales, lo único que varía son los datos de la causa y los identificatorios del letrado.

En este sentido, si bien el presente trabajo se centra en la adopción de la IA para realizar actos a cargo del Poder Judicial, no quiero dejar pasar la oportunidad para señalar que, en atención a las características de estos escritos y con el fin de facilitarle al sistema la "lectura" de la información que le será ingresada —la que será asociada a un modelo de despacho— podría exigirse que los escritos cumplan con una serie de criterios a fin de que los datos en ellos contenidos sean procesados por el sistema. La finalidad de establecer estos criterios es simplificar las características de los escritos y así obtener un mayor grado de acierto en la elección del despacho correspondiente por parte del sistema. Siguiendo la experiencia inglesa de *Money Claim Online*, podría implementarse el uso de

(74) CORVALÁN, Juan Gustavo en coautoría con Diana-Urania Galetta, "Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto", federalismi.it, rivista di diritto pubblico italiano, comparato, europeo, 6 febrario 2019.

(75) CORVALÁN, Juan Gustavo, "El impacto de la IA en el derecho procesal", Diario DPI-Derecho Privado-Civil y Obligaciones, 30/09/2019; Cita: IJ-DCCCLXII-668.

(76) Ibidem.

(77) La herramienta que, por excelencia, sirve en este procedimiento es la conocida: copy and paste.

formularios que deberían cargarse al Portal del Litigante **(78)**.

Ante el escenario descripto, encuentro totalmente justificada la aplicación de la IA en esta clase de juicios ejecutivos **(79)**.

Por otra parte, y conforme se adelantó en el punto III, resulta primordial tener presente que, con la implementación de la IA, los agentes judiciales no pasarán a ser sujetos ajenos al proceso ya que, por un lado, hay casos en los que, debido a su nivel de complejidad, no pueden ser resueltos de manera autónoma por el sistema de IA **(80)**.

Mientras que, por otro, si bien a raíz de la implementación de este sistema una generosa porción de los despachos será confeccionada por aquel, la información y datos serán suministradas siempre por el propio personal judicial.

En otras palabras, los modelos de despacho serán confeccionados por el personal de los juzgados **(81)** (es decir que seguirán siendo ellos los encargados de interpretar y aplicar el derecho) y luego serán cargados por los técnicos de informática a una base de datos, bajo las indicaciones de los primeros —"técnicos en derecho", si se me permite el término— **(82)**. Serán estos últimos también quienes les indiquen a los especialistas en informática cómo establecer las etapas que nutrirán las secuencias del sistema para que lleve adelante el proceso, conforme los plazos y etapas cronológicas correspondientes.

En relación con ello, como se verá a continuación, resultará esencial la participación de la persona humana a lo largo del proceso, ya sea supervisando las acciones realizadas por la máquina, como también incorporando de forma constante toda la información y datos con los que cuente. De este modo se garantizará un sistema con una base de conocimientos actualizada y compresiva de la mayor cantidad de situaciones que puedan presentarse.

Asimismo, debe remarcarse que el empleo de la IA alcanzará su máxima expresión cuando los documentos estén digitalizados e interoperables en su totalidad.

Por último, creo importante hacer saber al lector que el análisis que se hará a continuación, en relación con la implementación de la IA en

(78) Puede traerse aquí, a colación, los 21 modelos de oficios digitales implementados por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires relativos a las comunicaciones de las trabas de medidas cautelares en general, inhibiciones y embargos de inmuebles en particular, sus modificaciones, reinscripciones o levantamientos, dirigidas a la Dirección Provincial del Registro de la Propiedad, bajo el método de "web services" (Resoluciones Nros. 2757/12, 1799/16, 2809/18 y 290/19).

(79) Nieva Fenoll, en la citada obra sostiene que un campo en el que la IA debería entrar decididamente es en la "fase de ejecución de las condenas pecuniarias... Se trata de un periodo bastante previsible cuyo cometido, como es sabido, es la localización y realización del patrimonio del ejecutado. Es decir, una actividad eminentemente administrativa o de gestión, sin descartar los puntuales pronunciamientos jurisdiccionales que debe contener en ocasiones". Ob. cit., pág. 39.

(80) Aquí cabe dejar en claro que, el hecho de que el sistema de IA no efectúe la labor por sí mismo, no quiere decir que no pueda auxiliar -si bien con menor grado de intervención- al operador judicial. Ello se verá con claridad en el tercer supuesto que se analiza más adelante -apartado (iii)-.

(81) En este aspecto, quiero dejar sentado que todos los modelos de despachos y/o sentencias interlocutorias a las cuales se hará mención en este título, pueden ser encontrados en: https://eje.juscaba.gob.ar/iol-ui/p/inicio. A su vez, a fin de facilitar el trabajo de la carga de datos para los informáticos como también la generación innecesaria de modelos electrónicos, sugiero que se establezcan modelos de despacho de mero trámite (ya que son sencillos, de baja complejidad y con escasas variantes) estándar que puedan realmente ser utilizados por todos los juzgados. Para la determinación de un modelo único, se requerirá del consenso de los 24 jueces del fuero CAyT.

(82) Aquí, vale la pena mencionar que, conforme se explicó en el punto III.1. (en especial, estandarización de documentación realizada en el Anexo IV de la resolución CMCABA Nro. 19/19), algunos despachos ya cuentan con modelos que han sido cargados en el sistema EJE, a los cuales el agente accede, al momento de despachar un escrito, introduciendo en el sistema el código que corresponde a ese modelo. Ahora bien, dentro de estos modelos, hay una parte que no suelen ser utilizados por los juzgados, por cuanto no se condicen con el estilo y/o criterio del juez. Ante esta realidad, considero que la opción más eficiente sería "enseñar" o "pasar" al sistema de IA aquellos modelos precargados en EJE que, en la actualidad, son utilizados por la totalidad de los juzgados. Un ejemplo de estos sería el del despacho de mero trámite que ordena pasar a confronte la cédula acompañada, el cual reza "pase a confronte la cédula acompañada".

la elaboración de ciertos actos procesales, parte del escenario típico y/o usual que se da en el EJF. Esto quiere decir que, en los distintos supuestos, se describirán los actos que usualmente tienen lugar en el desarrollo habitual del proceso, dejando de lado las diferentes complejidades que pueden llegar a darse en este.

- Primer supuesto

Siguiendo lo explicado en el punto III.1, comenzaré analizando la hipótesis en la cual, ante el requerimiento de pago, el deudor no se presenta en juicio, o bien porque decide ignorarlo o bien porque nunca toma conocimiento de la notificación **(83)**.

Todo EJF comienza con la presentación por parte del mandatario que represente al Fisco de la demanda acompañada por la constancia de deuda y el poder.

Este es el primer segmento del proceso en la cual podría hacerse uso de la IA.

Una vez ingresada la presentación a través del Portal del Litigante, realizado el sorteo y recibida por el juzgado desinsaculado, el sistema de IA detectaría si el expediente ha ingresado en forma completa para que se le pueda dar trámite. Si faltase alguno de estos tres documentos, no se encontraren completos o fueren ilegibles, dicho sistema optará por el modelo de despacho precargado que ordene al presentante subsanar su omisión.

Si la presentación fue hecha en forma acabada el sistema propondría al agente el despacho que se ajusta a ese caso concreto **(84)**.

Como se señaló en párrafos anteriores, la participación de los agentes judiciales en la carga de información resultará esencial para que el sistema de IA pueda tener un óptimo rendimiento.

Ello puede verse con claridad en el caso de este primer despacho, el cual, como se mostrará enseguida, si bien es simple y estándar, presenta una determinada gama de variaciones. Entonces, para que la "máquina" pueda trabajar en forma realmente autónoma, va a ser necesario que el empleado judicial revise detenidamente todas sus carpetas **(85)** (las cuales contienen todos los modelos de despacho) y asegure que toda esa información sea subida al sistema inteligente.

Así, en los modelos de primer auto puede encontrarse **(86)**: aquel en el cual solamente se intima al ejecutado para que en el plazo de 5 (cinco) días proceda al pago de la suma reclamada con los intereses correspondientes u oponga excepciones, aquel que dispone que la intimación de pago se realice en los términos de la ley 22.172 porque el domicilio resulta en extraña jurisdicción, otros en los que se le pide a la parte actora que aclare el nombre del demandado o su domicilio, otro en el que además de la intimación de pago se hace lugar al embargo solicitado, otros en los que no se hace lugar al embargo solicitado porque no se denunció el CUIT del contribuyente o bien no se indicó la entidad bancaria en la cual posee cuenta, se ordena librar oficio al Banco Central para averiguar las cuentas del demandado. Asimismo, existen otros modelos diferentes para los casos en los cuales se demanda al Estado Nacional (y

(83) En este punto, cabe señalar que, en los EJF, las intimaciones de pago se realizan en el domicilio fiscal del contribuyente, el cual produce en el ámbito judicial los efectos del domicilio constituido (ver art. 23 del Código Fiscal de la CABA, t.o. 2020 y capítulo VI del CCAyT y Reglamento de Organización y Funcionamiento del PJCABA).Entonces, como en las notificaciones hechas a domicilios constituidos basta con fijar la cédula en la puerta del domicilio, son recurrentes las situaciones en las que el deudor no toma conocimiento de dicha notificación porque ha cambiado su domicilio fiscal, pero nunca informó esa situación a la AGIP.

(84) Si el escrito consistiese en una imagen, por cuanto se trata de un documento escaneado, va a ser necesario contar con reconocimiento óptico de caracteres. Éste es un proceso dirigido a la digitalización de textos, los cuales identifican automáticamente a partir de una imagen símbolos o caracteres que pertenecen a un determinado alfabeto, para luego almacenarlos en forma de datos.

(85) Aquí merece la pena aclarar que actualmente, estas carpetas se encuentran situadas fuera del sistema EJE, por lo general en la sección "Mis Documentos" de la computadora de cada operador judicial, lo cual significa que cuando aquel copia y pega un modelo para confeccionar un despacho, debe necesariamente salir del sistema de gestión, lo que se traduce en un incremento (aunque más bien, pérdida) del tiempo para proveer un escrito.

(86) Todos ellos, con sus respectivas variantes pueden ser hallados en: https://eje.juscaba.gob.ar/iol-ui/p/inicio

como consecuencia de ello debe cumplirse con lo dispuesto en la ley 25.344) o se persigue el cobro de las multas contempladas en las leyes *ut supra* indicadas, en los cuales a la intimación se añaden las disposiciones correspondientes de estas normas.

Ahora bien, a fin de no vulnerar el derecho de defensa, considero que debe preverse la participación de las personas físicas también en la fase de suscripción del proveído de que se trate. Esto quiere decir que —continuando con el caso que se viene exponiendo—, una vez que el sistema lea la presentación y la asocie con el modelo correspondiente, el funcionario público a quien corresponda firmar el proveído (que en este caso es el juez), constatará que la máquina haya optado por el despacho adecuado y recién luego de ello, procederá a suscribirlo **(87)**.

Pues bien, toda vez que en determinadas etapas del proceso (como se verá en los párrafos siguientes) es muy difícil considerar *a priori* todos los supuestos particulares que podrían presentarse y atento que el derecho siempre corre detrás de los hechos, ocurrirá que habrá casos en los cuales el sistema no pueda despachar un escrito por sí mismo porque su base de datos no contiene el modelo pertinente. Acá será necesaria la intervención de la persona, no ya en su calidad de fiscalizador ni de proveedor de datos, sino más bien para la confección del auto correspondiente.

Ante escenarios como este, una vez que el agente judicial resuelva esta "laguna informática", solicitará al equipo de informáticos que incorporen esa nueva situación con su correspondiente solución al sistema de IA.

El hecho de que en esta nueva propuesta de desarrollo del proceso en las ejecuciones fiscales se contemple la participación humana confirma que el fin de introducir IA en el proceso es aumentar la calidad de la gestión judicial, ya que se optimizará el tiempo y los recursos humanos (lo cual traerá por añadidura la reorganización de la oficina judicial).

Respecto de esto último, los agentes dejarán de perder su tiempo en tareas rutinarias, mecánicas y repetitivas, para dedicarlo exclusivamente a los casos excepcionales y más complejos.

En este orden de ideas, merece la pena precisar que la "gestión judicial" es la actividad que engloba no solamente la "gestión de los expedientes" (donde luce el elemento típicamente procesal relacionado con el trámite de la causa) sino la coordinación de los factores humanos y técnicos que intervienen en el proceso de administrar justicia, plano en donde lo estrictamente procesal convive con otras disciplinas tales como la informática, administración y liderazgo.

A este respecto, Camps entiende que la clave para obtener la efectividad procesal se encuentra en el debido gerenciamiento de la oficina judicial **(88)**.

En este punto de la exposición, cabe traer a colación las palabras de Nieva Fenoll, quien ha escrito que "...la inteligencia artificial correcta y selectivamente aplicada no solo no deshumaniza los procesos, sino que los hace claramente más eficientes y evidencia la importancia de la intervención humana en los mismos" **(89)**.

Retomando la descripción del proceso que tiene lugar en este primer supuesto, pero pasando por unos minutos al ya aludido *front office,* con brillantez Corvalán señaló que la IA también podría ser utilizada para asistir a los letrados. Así, sostuvo que "el sistema inteligente podría dialogar con el presentante, a fin de advertirle acerca de posibles errores existentes. Por ejemplo, que adjuntó un poder en donde no figura la persona que afirma ser apoderada, entre cientos de otros ejemplos" **(90)**.

(87) Si bien en el sistema aquí propuesto se prevé la participación de los judiciales, hay autores como Nieva Fenoll que plantean que, en procesos sencillos como estos, dicha intervención no es necesaria, al señalar que: "... sucede con todos los procesos que no tienen oposición como los que concluyen con un allanamiento o con una simple incomparencia voluntaria del demandado (...) ocurre con los procesos monitorios que no son impugnados, que son la mayoría" (Ob. cit. p. 35).

(88) CAMPS, Carlos E., ob. cit.

(89) NIEVA FENOLL, Jordi, ob. cit., p. 33.

(90) CORVALÁN, Juan Gustavo, ob. cit.

Ahora sí, volviendo al *back office*, el paso que le sigue a la suscripción del proveído por el funcionario competente, es su notificación al demandado.

Si bien a la fecha de redacción del presente trabajo estas notificaciones se realizan en cédula papel **(91)**, en atención a que este año se ha incorporado al Código Fiscal de la CABA el domicilio electrónico, entiendo que, una vez constituido este —e interoperabilidad mediante, comunicado al Poder Judicial—, el traslado de la intimación de pago debería hacerse allí, permitiendo de este modo la tramitación totalmente digital del expediente.

En este sentido, en el art. 22 del mencionado cuerpo normativo se dispuso que "[e]l domicilio fiscal electrónico es el sitio informático personalizado otorgado por la Administración Gubernamental de Ingresos Públicos a los contribuyentes y responsables para el cumplimiento de sus obligaciones fiscales y para la entrega o recepción de notificaciones, emplazamientos y comunicaciones de cualquier naturaleza.

"Dicho domicilio reviste carácter obligatorio y produce en el ámbito administrativo y judicial los efectos del domicilio fiscal constituido, siendo válidas y plenamente eficaces todas las notificaciones, emplazamientos y comunicaciones que allí se practiquen" **(92)**.

En lo que atañe a las notificaciones, como se describió en el punto III.1., al regir en estos procesos el principio dispositivo, gran parte de aquellas se encuentran en cabeza de las partes. No obstante, previo a finalizar esta sección, dedicaré un acápite a la posibilidad de su automatización, lo cual incide de manera directa sobre dicho principio.

Como se comentó al inicio, si transcurrido el plazo para contestar la demanda, el ejecutado no comparece, se procede a dictar sentencia de trance y remate una vez que la parte actora lo solicite.

Esta resolución, que no ocupa más que media carilla, es sencilla, repetitiva y presenta un reducido número de variantes. Así las cosas, en todas ellas se individualizan al ejecutado, se relata que fue citado pero que no pagó ni opuso excepciones y que, por ello, se resuelve mandar a llevar adelante la ejecución y —en la gran mayoría de los casos— se posterga la regulación de honorarios por razones de economía procesal **(93)**.

Aquí, al igual que lo que ocurre con la confección del primer proveído, el sistema tecnológico analizará el escrito presentado y en esta ocasión, se lo programará para que revise todos los documentos obrantes en la causa **(94)**, para luego identificar cuál es el modelo que le corresponde. Además, deberá entrenárselo para que en forma automática ingrese los datos identificativos del caso (en el caso de estas resoluciones se reduce al nombre del demandado).

Acá nuevamente el agente judicial revisará que el sistema haya elegido el modelo correcto, como así también que las partes hayan sido debidamente notificadas y que haya transcurrido el plazo establecido en la ley **(95)**.

De lo expuesto, puede verse cómo ante casos tipo y reiterativos en los que se aplican normas

(91) Resulta necesario recordar que, en el art. 39 de la res. CMCABA Nro. 19/19 se estableció que "las notificaciones que [se dirijan] a un domicilio real o denunciado o a un domicilio constituido físico (previo a la vigencia del domicilio electrónico) deb[e]n efectuarse en formato papel [y] deberán ser generadas exclusivamente mediante el servicio de Generación de Cédula en soporte papel que ofrece el Portal del Litigante...".

(92) Texto aprobado por el dec. 207/2020. Consultado en: https://www.agip.gob.ar/filemanager/source/Normativas/2020/Codigo%20Fiscal%202020%20-%20texto%20ordenado.pdf.

(93) Respecto de las variantes, hay modelos en los que, además de lo dicho, se proveen autorizaciones, se tiene presente el domicilio constituido, se tiene a la actora por desistida del codemandado genérico, entre algunas otras.

(94) Resultará necesario que el sistema informático sea "entrenado" para acceder a todas las actuaciones del expediente ya que, de lo contrario, podría incurrir en error al proveer un escrito. Por ejemplo, puede suceder que el embargo haya sido ordenado en el primer proveído, se haya trabado y que, por equivocación, la parte vuelva a solicitarlo en el escrito en el cual pide se dicte sentencia. El acceso constante a la totalidad de los datos obrantes en la causa digital por parte del sistema evitará que este último ordene nuevamente la traba del embargo.

(95) No obstante, con la implementación de algoritmos más complejos, esta tarea podría ser suplida por el propio sistema informático.

inmutables, la máquina libera al humano de esa rutinaria tarea de copiar y pegar el modelo guardado en las carpetas del juzgado, optimizando su tiempo y trabajo.

Por último, no quiero dejar de mencionar que es usual que la parte actora, a fin de garantizar el cobro del crédito reclamado, con posterioridad a su primera presentación —si es que no lo hizo en aquella— solicite se libre oficio al Banco Central para que brinde información sobre las cuentas del demandado (para luego trabar embargo sobre alguna de aquellas) o bien que, por contar con el número de CUIT y datos de la cuenta bancaria, solicite directamente que se trabe embargo sobre esta y se transfiera el importe a una cuenta de autos.

En estos casos, tanto el escrito como el despacho son sencillos, razón por la cual también podrían ser elaborados por el sistema inteligente de forma automática.

Ahora bien, en términos técnicos, lo que se utilizará en todos estos casos son algoritmos especializados en el tratamiento e interpretación de textos. Los documentos en soporte digital serán transformados —utilizando una técnica que se denomina vectorización— en un conjunto de números. Esto último, le será dado al algoritmo como valor de entrada junto con el valor de la salida esperada. Entonces, lo que harán los algoritmos es una correspondencia entre estos valores de entrada con la salida enseñada, la cual es sacada de un conjunto finito de valores.

De la simplicidad del proceso que tiene lugar en este primer supuesto se desprende que este sería el campo más sencillo por el que la IA podría entrar en el sistema de justicia, permitiendo el ahorro de tiempo y de recursos.

- Segundo supuesto

Como se indicó en el punto III.1., frente al requerimiento de pago el deudor puede optar por presentarse y pagar el monto reclamado. En estos casos, al igual que en supuesto anterior, la automatización tendría un rol protagónico en el desarrollo del proceso.

Aquí, lo explicado en el apartado (i) resulta aplicable, es decir, lo atinente a la confección del primer despacho, de aquellos relacionados con la traba del embargo y a las notificaciones, con la diferencia de que, en este caso, el demandado se presenta en autos y contesta el traslado acompañando constancia de pago.

Ante este escenario, el sistema de IA sería entrenado para leer tanto el escrito como la documental acompañada, la cual suele constar de una boleta de pago o bien de una constancia de transferencia extraída de un banco. Detectado el caso, elegirá el modelo de despacho que ordena correr traslado de la presentación a la contraria por el plazo de 5 (cinco) días. Frecuentemente la parte actora suele prestar conformidad, ya que el pago suele incluir el monto reclamado, los intereses devengados, los honorarios del letrado y la tasa de justicia. Entonces, ante la contestación de la demandante, la máquina automáticamente seleccionaría el modelo de proveído que simplemente ordena archivar las actuaciones sin más trámite, de acuerdo con lo prescripto por el art. 452 del CCAyT.

Pues bien, esta segunda hipótesis también presenta sus variantes, ya que puede ocurrir que el pago sea realizado después de dictada la sentencia de trance y remate, que sea parcial porque existió un error en la liquidación de la deuda o bien porque el contribuyente suscribió un plan de facilidades en cuotas y al momento de presentarse en sede judicial solo algunas de ellas han sido abonadas, o también que sea la actora quien realice la presentación en cuestión acompañada de documentación respaldatoria.

A cada uno de estos supuestos corresponde un despacho y trámite diferente. Ello implica que la base de datos debe contener todos y cada uno de ellos, y el sistema debe ser entrenado para poder interpretar de qué situación se trata, sin perjuicio de que puedan presentarse nuevas realidades, las que luego de resueltas por el personal judicial, serán incorporadas al mencionado sistema.

En este punto, insisto en la relevancia que tiene la actuación y fiscalización del ser humano en este "proceso inteligente", ya que resulta necesario que controle lo realizado por la má-

quina **(96)** antes de que el auto sea firmado por quien corresponda como también para solucionar las cuestiones no previstas y mantener actualizada la base de datos.

Entonces, no cabe más que concluir que el trabajo conjunto de la IA y de los agentes judiciales en materia procedimental será extraordinariamente eficaz, ya que se logrará que los actos procesales sencillos sean efectuados por el propio sistema y que se pase de una fase a otra del proceso sin mayor dilación.

- Tercer supuesto

En lo que respecta al trámite a seguir cuando el demandado se presenta y opone excepciones, me remito a lo ya expuesto en el punto III.1.

Acá nuevamente, conforme lo explicado para los casos anteriores, la IA auxiliará al personal judicial en la elaboración del primer proveído, del auto que ordena correr traslado de la contestación del ejecutado y de la parte actora, en caso de que acompañe prueba documental o se oponga a la producción de la prueba ofrecida por su contraria, de los despachos relacionados con la traba de embargo y lo atinente a las notificaciones. No obstante, cabe hacer las siguientes precisiones.

Para empezar, en la gran mayoría de estos supuestos, las excepciones no suelen ser de puro derecho y el ejecutado ofrece prueba, razón por la cual el juzgado ordena abrir la causa a prueba y determina cuáles son las conducentes para la resolución del caso.

Considero que aquí radica una de las primeras limitaciones de la IA, ya que la determinación de la admisibilidad de la prueba requiere de un análisis cabal de la pretensión de la actora, de los argumentos vertidos por la demandada como sustento de las defensas esgrimidas, así como de la prueba documental acompañada por las partes. Es decir que se requiere de la intervención de la mente humana para cada caso particular —por cuanto ninguno de ellos es idéntico entre sí— para que, razonamiento mediante, determine qué prueba debe producirse.

En este punto, cabe recordar que la prueba posee un rol trascendental en el proceso, ya que mediante aquella se busca alcanzar un adecuado y debido esclarecimiento de la verdad de los hechos a fin de lograr una decisión judicial justa.

En este sentido, Alsina definió a la prueba como "la comprobación judicial, por los modos que la ley establece, de la verdad de un hecho controvertido del cual depende el derecho que se pretende" **(97)**.

En idéntico sentido Bentham afirmó que "[e]n todos los casos la prueba es un medio encaminado a un fin", siendo este último "establecer la verdad de un hecho" **(98)**.

La búsqueda de aquella verdad "constituye a todas luces una condición necesaria de la justicia del pronunciamiento judicial" **(99)**. En este orden de ideas, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que "el proceso se trata del desarrollo de procedimientos destinados al establecimiento de la verdad jurídica objetiva, que es su norte"; añadiéndose que la renuncia consciente a esa verdad "es incompatible con el servicio de justicia" **(100)**.

Dicho esto, producida la prueba, se declarará clausurado el período probatorio y pasarán los autos a resolver.

Para comenzar el análisis del uso de automatización en esta etapa del proceso, considero que primeramente la IA podría utilizarse para

(96) No obstante la necesidad de control, debe marcarse que el proceso intelectivo que tiene lugar en las hipótesis expuestas puede ser desarrollado tanto por una máquina como por una persona, no existiendo alteración alguna en el resultado final.

(97) ALSINA, Hugo, "Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial", Ediar, Buenos Aires, 1963/65, t. III, ps. 225-226.

(98) BENTHAM, Jeremías, "Tratado de las Pruebas Judiciales", trad. de la obra Traité desd Preuve Judiciaires, Bossange Frères, París, 1823, por Ossorio Florit Manuel, Ejea, Buenos Aires, 1971, t. I, Cap. IV, p. 22 y Cap. VI, p. 30.

(99) MASCIOTRA, Mario, "La finalidad de la prueba en el proceso civil", La Ley, 11/06/2013, Cita Online: AR/DOC/2017/2013.

(100) CS, "Colalillo, Domingo c. Cia. de Seguros España y Río de la Plata", 18/09/1957. Fallos 238:550.

la confección del auto que ordena que la causa pase a resolver, (el que reza: "atento el estado de la causa, pasen los autos a resolver").

Pero a diferencia de los casos anteriores, aquí no habría automatización completa, sino que se requerirá la intervención humana. Ello responde al hecho que, al haberse abierto la causa a prueba y en atención a la importancia que reviste aquella, es imperioso que sea el personal judicial quien verifique que la que se haya ordenado se produjo y que baste para resolver la controversia.

Ello funcionaría de la siguiente manera: ingresado digitalmente el escrito que solicita que se resuelva la causa, el operador jurídico activaría el sistema de IA por comando de voz en un celular o mediante un chat, y este último le haría preguntas tales como si se produjo toda la prueba, si la producida es suficiente o es necesario dictar una medida para mejor proveer, entre otras. En el caso en el cual no quede prueba pendiente de producción y la obrante en la causa sea suficiente, el sistema despachará el auto *ut supra* referido.

Este es un claro ejemplo de la segunda clase de automatización explicada en la primera parte de este trabajo, es decir, aquella con intervención humana reducida.

Pues bien, pasando al plano de la elaboración de las sentencias interlocutorias, cabe hacer la siguiente distinción.

Por un lado, se encuentran aquellas que corresponden a casos claros y simples, en los cuales la sentencia confeccionada para uno de ellos sirve para el resto de los casos similares, debiendo realizarse adaptaciones menores, tales como cambiar los datos identificatorios de la causa de que se trate.

La realidad demuestra que existe una multiplicidad de resoluciones modelo con las que trabajan los jueces y el personal del juzgado, de manera que, a la hora de redactar la resolución, el encargado de la tarea escoge un documento modelo que ya tiene en la memoria de su computadora y seguidamente cambia los datos identificativos del asunto y a lo sumo le añade algún párrafo para adaptarlo más al caso concreto. Pero la parte más extensa de la motivación está ya hecha **(101)**.

A guisa de ejemplo, dentro de este grupo de resoluciones se encuentran las que resuelven la excepción de falsedad o inhabilidad de título por vicios de forma en la boleta. En estas, se hace un pequeño recuento de los hechos para luego, en un corto considerando, explicar en qué consiste esta excepción, su fundamento normativo y se cita doctrina y jurisprudencia. Después se analiza si procede esta excepción y posteriormente —ya en la parte resolutiva— se resuelve hacer lugar o rechazar la excepción y generalmente se regulan honorarios.

Entonces, en este caso, el relato de los hechos, como así también el análisis sobre la procedencia de la excepción y la regulación de honorarios, serían realizados a través de una conversación entre el despachante y el asistente virtual, al cual se lo entrenaría para traer a la resolución la normativa y motivaciones correspondientes **(102)**. Aquí podría utilizarse Prometea, en su modalidad de asistencia virtual.

Mientras que, por otro lado, se encuentran aquellos casos —que son los menos—un poco más complejos en los cuales, si bien se utilizan motivaciones previamente elaboradas, se requiere de un análisis, pensamiento crítico y mayor capacidad de creación por parte del personal judicial. Acá pueden incluirse las causas en las cuales la prueba producida es cuantiosa y se requiere un detenido análisis de esta **(103)** o cuando se oponen varias excep-

(101) Hay que recordar que la jurisprudencia del fuero en materia de ejecuciones fiscales puede ser consultada ingresando en la página de consulta pública de expedientes del fuero CAyT, ut supra indicada en nota al pie.

(102) En estos casos, se utilizará la herramienta de procesamiento de lenguaje natural.

(103) Lo cual ocurre por ejemplo cuando se opone la excepción de falta de legitimación pasiva en un juicio en el que se reclama ABL y obran en la causa escrituras públicas, boletos de compraventa, actas de entrega de tenencia precaria, respuestas a oficios dirigidos al Registro Nacional de las Personas y Juicios Universales para constatar que el supuesto nuevo demandado esté vivo, copia

ciones cuya resolución a simple vista no resulta nítida **(104)**.

En estas situaciones, la aplicación de IA, mediante una conversación con el humano, podría traer al texto de la resolución las motivaciones tipo, las normas **(105)** y jurisprudencia pertinente **(106)**, quedando en manos del primero redactar los párrafos correspondientes al caso concreto (por ejemplo, en el que se realiza un estudio pormenorizado de la prueba producida).

Entonces, lo que haría esta aplicación es ahorrarle al personal judicial la tarea de tener que buscar en sus carpetas, copiar y pegar las partes de las resoluciones que se mantienen invariables a lo largo de los casos. De esta manera, en atención a la acumulación de trabajo —la cual suele propiciar la precipitación en la redacción de estas resoluciones—, se evitarán sentencias con párrafos que no vienen a cuento o citas de jurisprudencia que no están realmente relacionadas con el supuesto concreto.

En ambos casos, el ser humano se valdrá de los sistemas inteligentes, pero con distinto grado de intensidad. Es decir que, la máquina no dictará la sentencia sola, sino que, mediante la interacción con el agente, funcionario o magistrado judicial, les dejará hecha una parte muy relevante del trabajo y siempre, claro está, la decisión pasará por la subjetividad del sentenciante.

De lo expuesto hasta acá, puede observarse cómo la utilización de la IA incrementará la productividad de los tribunales.

- Ejecución de sentencia

Si bien la ejecución de la sentencia tiene lugar en primera instancia, a fin de no extenderme más de lo debido y de evitar reiteraciones, a continuación mencionaré de manera sucinta, las actuaciones que podrían ser elaboradas con el auxilio de la IA.

Así, mediante la automatización con intervención humana reducida —en atención a la sencillez de estos autos— el sistema de IA, junto con el personal del juzgado, podrían confeccionar los despachos que regulan honorarios, los que aprueban liquidaciones y los que mandan llevar adelante la ejecución de honorarios.

V.2.a. Otras aplicaciones de la inteligencia artificial

V.2.a.i. Cálculo de plazos

Hasta acá se ha visto cómo los sistemas inteligentes pueden ayudar al personal judicial en la elaboración de los proveídos. Sin embargo, a la IA también podría dársele otros usos como, por ejemplo, entrenarla para que calcule plazos judiciales, lo cual resultará útil para que no existan dudas respecto a cuándo una presentación ha sido extemporánea o bien para determinar cuándo procede decretar la caducidad de instancia de oficio.

Respecto de esto último, es necesario mencionar que es recurrente la acumulación de EJF en primera instancia, debido a la inactividad de los mandatarios de la AGIP **(107)**. Ahora bien, al es-

de la sentencia de sucesión en la cual se individualizan los herederos, etc.

(104) Puede citarse, como ejemplo, el caso en el que se plantea la negligencia en la producción de una determinada prueba, se oponen las excepciones de falta de legitimación pasiva y prescripción, y se cuestionan los intereses aplicados a la deuda reclamada.

(105) Tanto las motivaciones como las normas, el sistema de IA las extraería de los modelos de sentencias interlocutorias que el personal judicial debe encargarse de cargar en su base de conocimiento.

(106) Cuando la jurisprudencia que se cite sea la del fuero, podría aplicarse Prometea, aplicación que puede buscar y leer en la base de datos del PJCABA sentencias de primera y segunda instancia sobre el tema.

(107) Según el informe elaborado por la Oficina de Estadísticas del CMCABA, el promedio de duración de las EJF en primera instancia durante el año 2019 fue de 649 días. Ver: https://public.tableau.com/profile/estadisticas.judiciales.pj.caba#!/vizhome/AnuarioCAyT2019/IngresosCAyT?publish=yes. Asimismo, se informó que de todas las actuaciones que se firmaron en 2019 en primera instancia en todos los procesos, 88.21 % pertenecen a providencias simples, 7.98% a sentencias o resoluciones que ponen fin al proceso (donde se encontrarían las caducidades de oficio) y 2.01% a otro tipo de resoluciones. Es decir que son pocos los casos en los cuales se caduca de oficio. Ver: https://public.tableau.com/profile/estadisticas.judiciales.pj.caba#!/vizhome/AnuarioCAyT2019/IngresosCAyT?publish=yesVale aclarar que, si bien estos porcentajes se corresponden a todas las causas que tramitan ante el fuero CAyT, según se indicó en

tar los juzgados durante una gran parte del año abarrotados de trabajo, es poco el tiempo que se le puede dedicar a la revisión de todos los expedientes ubicados en la mesa de entradas a fin de examinar si se encuentran para caducar (de hecho, esto suele hacerse durante las ferias judiciales por el exiguo personal que concurre a los juzgados).

Es por ello por lo que, encontrándose todas las actuaciones digitalizadas, se podría programar al sistema de IA para que, transcurrido el plazo de 6 (seis) meses o de 1 (un) mes desde la última petición de las partes, o resolución o actuación del juez que tuvo lugar el último acto procesal (cfr. art. 260 del CCAyT), alertara al personal judicial sobre la condición para ser caducado que posee el expediente.

En este caso, lo que se estaría utilizando es un sistema de IA menos sofisticado o menos complejos desde el punto de vista de la programación.

V.2.a.ii. Automatización de las notificaciones

Como se indicó en párrafos anteriores, en los EJF rige el principio dispositivo, razón por la cual una importante porción de las notificaciones es realizada por las partes.

Antes que nada, cabe recordar que las notificaciones consisten en actos de comunicación, entendiendo por tales a aquellos dirigidos a poner en conocimiento a las partes o a otras autoridades de los actos de decisión **(108)** y que estas como actos procesales de transmisión, atañen al derecho de defensa en juicio **(109)**.

Ahora bien, como se subrayó a lo largo del trabajo, la incorporación de las nuevas tecnologías tiene por finalidad alcanzar un proceso eficaz, finalidad que no resulta acorde con el sistema de notificaciones consagrado en la res. CMCABA Nro. 19/19. Ello así, por cuanto lo único que se previó fue un cambio en el soporte mediante el cual se realiza la notificación (de cédula papel se pasó a la cédula electrónica), mas no la forma en la que aquella se hace.

Sobre este punto, con acierto, Camps cuenta que la realidad ha demostrado que las partes suelen activar las notificaciones "de acuerdo con la conveniencia de la agenda del estudio jurídico" y que también resulta usual que incurran en largas demoras o en desidia (en muchos casos, hasta el extremo de la caducidad de la instancia), lo cual ha vulnerado el derecho de la contraria de contar con un proceso que avance rápidamente hasta la respuesta final **(110)**.

Por ello, sugiere que, a fin de erradicar las demoras y alongamientos de los tiempos notificatorios, las diligencias deberían hacerse de manera inmediata y oficiosa a las partes que poseen domicilios electrónicos constituidos.

Este cambio resulta de radical importancia en los EJF, ya que si bien, como se destacó en el punto III.1., las ejecuciones fiscales son procesos que a comparación de juicios ordinarios poseen un menor número de actos y plazos más acotados, paradójicamente, en la práctica su trámite suele demorar 1 (un) año o más, normalmente por las causas apuntadas por Camps.

En este orden de ideas, atinadamente afirma que "[e]l principio dispositivo —que es el que ha justificado dejar en cabeza de las partes el impulso de varios actos, entre ellos, el de anoticiar a la contraria de ciertas novedades de la causa— debe ceder cuando el órgano judicial cuenta con herramientas tecnológicas que de modo muy simple permite generar este tipo de actos procesales de comunicación de modo automático, permitiendo que las partes vayan enterándose de las novedades del trámite en tiempo real" **(111)**.

Entonces, propongo que, con base en la experiencia del Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires, el sistema permita cargar los domicilios de las partes a notificar en el proveído y "al tiempo de procederse a la signatura digital [del auto y/o] resolución, al usar el botón 'notificar' se dispar[e]n automáticamente los anoticiamientos, los cuales c[ontarán] con todos los

el punto III.1., los EJF representan más del 90% de dichas causas.

(108) COUTURE, Eduardo J., "Fundamentos del derecho procesal civil", Depalma, Buenos Aires, 1997, p. 204.

(109) MAURINO, Alberto L., "Notificaciones procesales", Astrea, Buenos Aires, 2004, p. 1.

(110) CAMPS, Carlos (dir.), ob. cit., t. I, p. 17.

(111) Ibidem, p. 18.

datos necesarios para producir, efectivamente, la notificación electrónica" **(112)**.

Gil y Quadri aseveran que "queda en claro que —en una comparativa de eficacia— las notificaciones automatizadas salen ganando por donde se las mire: con once clics, y en un minuto, se suplantan los múltiples pasos que conlleva la realización de una cédula electrónica" **(113)**.

En virtud de la automatización de las notificaciones, se dará otro paso en pos de combatir el desaprovechamiento del capital humano (ya que la confección, confronte y emisión de estas comunicaciones insume mucho trabajo) y además se erradicarán los tiempos muertos procesales generados a raíz de haber sido puesto en cabeza de las partes la confección de las comunicaciones.

Finalmente, los mencionados autores destacan que esta nueva forma de notificar permitirá que "todos los anoticiamientos se lleven a cabo en forma simultánea, lo que hace que todos los plazos comiencen a correr en forma conjunta, facilitando en gran medida su contralor y el cómputo de los términos" **(114)**.

VI. Bondades y posibles inconvenientes

VI.1. Ventajas

Como se ha venido adelantando a lo largo de los párrafos que anteceden, la implementación de la IA en este tipo de procesos reporta enormes beneficios.

Ahora bien, a fin de tener una visión acabada en relación con el impacto de la IA en el proceso judicial, en los párrafos siguientes se sintetizarán todas las ventajas y también se mencionarán los posibles obstáculos a los que habrá que hacer frente.

Para empezar, toda vez que la máquina reemplazará al humano en la monótona tarea de entrar a la carpeta del juzgado **(115)**, buscar el modelo de despacho que se corresponde con el caso a solucionar, copiarlo y pegarlo en el sistema EJE, o bien en la tediosa tarea de tener que confrontar cédulas, entre otras, el uso de los sistemas inteligentes optimizará el funcionamiento de las dependencias judiciales y como consecuencia de ello, el trámite del proceso.

Esto se traduce, por un lado, en el ahorro de tiempos, lo cual hará efectivo el principio de celeridad procesal, tan cuestionado actualmente por los litigantes **(116)**.

Por otro lado, en una más efectiva asignación del recurso humano, lo cual acarreará un mejor aprovechamiento de este. Ello así, ya que los empleados se avocarán a tareas más complejas en donde son necesarias la lógica y razón humanas para generar soluciones creativas, desprendiéndose de labores que, aunque poco complejas, resultan engorrosas y generan grandes pérdidas de tiempo.

Todo esto redundará en un proceso judicial más eficaz y eficiente.

Otra ventaja que reporta la IA es que posee la capacidad de analizar y aprender de grandes volúmenes de datos. En otras palabras, tiene mayor capacidad de almacenamiento, procesamiento y los tiempos de respuesta son mucho mejores que los de un humano de cualquier edad. Es una realidad que hace varios años la cantidad de datos e información a los que los judiciales tenemos acceso se encuentra en constante aumento.

(112) GIL, Gabriela Fernanda, QUADRI, Gabriel Hernán, ob. cit.

(113) Ibidem.

(114) Ibidem.

(115) La cual, como se mencionó anteriormente, se encuentra alojada fuera de EJE.

(116) En este sentido, cabe recordar la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos recaída en la causa "Furlán y familiares c. Argentina", del día 31 de agosto de 2012, en la cual se alertó al Estado nacional respecto del modo en que debe conducirse un trámite ante los tribunales para ser efectivo. Aquí se señaló al trámite judicial de un proceso por daños y perjuicios contra el Estado Nacional como altamente deficitario, indicándose que la conducta de los funcionarios y magistrados intervinientes no fue idónea para hacer de ese trámite un camino eficaz para la satisfacción de los derechos del actor y su núcleo familiar. Se indica con dramatismo cómo la transgresión a derechos relativos al acceso a la justicia afectó derechos a la salud e integridad humana de ese grupo de personas.

Es por ello por lo que tanto la disponibilidad masiva de datos como el análisis relevante que el sistema podría hacer lo convierten en una excelente herramienta al momento de, por ejemplo, tener que dictar una sentencia interlocutoria.

Por último, como lo han indicado Argerich y Jorge, los sistemas de IA tienen un nivel de precisión mayor al que tenemos nosotros los seres humanos y, asimismo, poseen un nivel de productividad alto que nunca se ve influenciado por cuestiones atinentes exclusivamente al ser humano. Quiero decir con esto que, la IA nunca despachará a otra velocidad ni se distraerá porque "está de mal humor", "tiene hambre", "durmió mal", etc. **(117)**.

VI.2. Obstáculos y recomendaciones para sortearlos

Pasando ahora al terreno de las desventajas, creo conveniente abordar en primer lugar una característica de algunos tipos de IA que mayor impacto negativo podría tener en la justicia.

Se trata de los sistemas de IA más sofisticados denominados "cajas negras". Corvalán explica que se llama sistema de caja negra a la herramienta computacional en la que uno entiende los datos ingresados y los resultados, pero no comprende el procedimiento subyacente. Aquí el código es inescrutable, porque el programa "evoluciona" y los seres humanos no pueden entender el proceso que siguió la programación para lograr una solución determinada. "Esto significa que los algoritmos no pueden ofrecer una explicación detallada acerca de cómo llegan a un determinado resultado. Es decir, no puede establecerse cómo el sistema de IA evalúa y pondera los datos y la información que procesa" **(118)**.

Considero que el Poder Judicial no puede utilizar un sistema de caja negra ya que la resolución de las cuestiones propias de su competencia tiene impacto en los derechos fundamentales de las personas, lo cual hace que tengan el deber de justificar, motivar y explicar sus decisiones.

Entonces, si resultase imposible trazar un sistema de IA por poseer estas características, el organismo judicial no debe autorizar su uso.

En este sentido, los citados autores Argerich y Jorge han afirmado que "la fundamentación explicable y entendible reviste singular importancia en el mundo del derecho. Entre sus razones se encuentran factores de legitimidad (al demostrar a la parte perdedora por qué se resolvió en su contra, y tornar la decisión más "aceptable"), incentivación (al conferir a las partes —y terceros, si la decisión fuera pública. pautas de conducta a futuro) y consistencia (al permitir mantener un razonamiento, un criterio, una jurisprudencia)".

De lo dicho se concluye que los algoritmos utilizados en estos sistemas deben ser transparentes y debe garantizarse el acceso a ellos. A su vez, los sistemas de IA deben ser constantemente auditados para identificar y prevenir los posibles errores que conllevan en cuanto a la cantidad de datos recopilados, el grado de objetividad, si son relevantes, si contienen sesgos, entre otros.

En este orden de ideas, Granero plantea "la *necesidad de auditar los algoritmos en los sistemas de inteligencia artificial*, para identificar y prevenir los posibles errores a los que podrían arribar, que permita analizar los datos obtenidos, la definición de la información que se desea obtener (cuando un algoritmo es correcto y otro no) considerando la forma de su monitorización (si está trabajando el modelo en la

(117) ARGERICH, Guillermo y Jorge, Juan, "La inteligencia artificial en la toma de decisiones. ¿Hacia el determinismo arbitral?", La Ley, 14/02/2020, Cita Online: AR/DOC/268/2020. Respecto de la precisión, han manifestado que muchas decisiones importantes dependen de la precisión y la lógica, y el juicio humano es inevitablemente falible, en tanto se basa en una experiencia limitada en lugar de datos estadísticos, así como en modelos mentales defectuosos en lugar de la pura lógica. En lo que respecta a la racionalidad, expresaron que la IA es "racional", mientras que los humanos están signados por emociones, a las que Aristóteles mencionaba como causantes de que los hombres se hagan volubles y cambien en lo relativo a sus juicios. "Si bien reconocemos que tales cambios no merecen desprecio, el problema aparece cuando ellos responden...a la raza del demandado, a recordatorios de la muerte o incluso a circunstancias más insólitas, como la hora del día o la oportunidad de haber almorzado. La IA no tiene hambre, y pareciera estar exenta de cualquier influencia semejante".

(118) CORVALÁN, Juan Gustavo, ob. cit.

producción de resultados, si necesita ser actualizado regularmente, cómo se distribuyen los errores y si se están produciendo consecuencias no intencionadas, por ejemplo)" **(119)**.

Cabe ahora preguntarse: ¿es posible diseñar un sistema de IA que no sea de caja negra? Claro que sí. La herramienta "PretorIA", aludida en el punto IV.2, no utiliza redes neuronales multicapa, sino predicciones de caja blanca. Esto quiere decir que, con este modelo, se puede explicar, interpretar y trazar el sistema de manera completa **(120)**.

Otra cuestión que suele apuntar la doctrina cuando del uso de la IA se trata, es aquella relacionada con el recurso humano. Las posturas más fatalistas sostienen que la IA hará desaparecer a los operadores judiciales con el correr del tiempo.

Sin embargo, como se señaló *supra* la incorporación de la IA en el proceso judicial no impactará negativamente en el trabajo de los agentes, haciéndolos desaparecer, sino que lo transformará, en tanto habrá un cambio abismal en la forma en la que estos prestarán sus servicios.

En este punto, es necesario que todos los judiciales tengamos presente que será imperioso formarnos, capacitarnos y adaptarnos a este nuevo modo de trabajo, el cual indefectiblemente terminará llegando en cualquier momento.

En consonancia con lo dicho, Farías afirma que "[l]a incorporación de IA a los sistemas de gestión judicial a través del Expediente Inteligente debe ir acompañada de la necesaria información y capacitación de los actores del derecho en punto a despejar miedos y fantasmas referidos a las consecuencias negativas sobre el trabajo. En esencia, la IA automatiza el aprendizaje y el descubrimiento de patrones repetitivos a través del análisis de datos" **(121)**.

En este orden de ideas, vale señalar que suele existir en el ámbito público una gran resistencia al cambio. Así, Sbdar sostiene que "[l]as instituciones tradicionalmente son conservadoras, padecen una suerte de inercia institucional frente a la transformación y las innovaciones. Es lo instituido, la lógica de identidad organizacional que conforma un núcleo estable, invariante. Esa invariancia se vuelve una racionalidad dominante en el funcionamiento organizacional y tiene que ver con la supervivencia, con reglas, normas, costumbres y tradiciones que oponen resistencia al cambio" **(122)**.

Bien es cierto que en muchos casos existe un alto grado de desconocimiento de este tipo de tecnologías. Es por ello por lo que resulta preciso dedicar esfuerzo a la formación y capacitación, como así también a fomentar un cambio de mentalidad y de cultura que haga que todos los actores implicados sean conscientes de la importancia de integrar las nuevas tecnologías en el día a día de la administración de Justicia.

Al igual que lo señalaron Granero y Corvalán, Sbdar subrayó que uno de los grandes desafíos que enfrentará la justicia es el cambio de mentalidad para abrir camino a una nueva gestión judicial, "[l]a modernización de la justicia no es únicamente un asunto de los artefactos, sino que implica un cambio cultural, una reorganización de las prácticas: dar lugar a lo instituyente en tanto fuerzas transformadoras del orden establecido..." **(123)**.

En suma, resultará imprescindible que el Poder Judicial adopte una actitud proactiva para poder sacar máximo provecho de esta revolución tecnológica. Por una parte, reconfigurando y ordenando su estructura interna y por otra, capacitando a su personal tanto en lo relativo al uso de estas nuevas herramientas tecnológicas como también respecto de las nuevas estructuras y rutinas de trabajo.

En lo que atañe a la actitud proactiva como a la capacitación, no puede dejar de mencionar-

(119) GRANERO, Horacio R., ob. cit.

(120) Para ver más ingresar en: https://ialab.com.ar/pretoria/.

(121) FARÍAS, Raúl A., "Documentos digitales. Hacia el Expediente Inteligente", Sup. Esp. Legal TechII 2019 (noviembre), 31, Cita Online: AR/DOC/3572/2019.

(122) SBDAR, Claudia B., "La tecnología en la administración de justicia", La Ley, 09/08/2018, Cita Online: AR/DOC/1321/2018.

(123) Ibidem.

se el importante trabajo que ha llevado a cabo el Consejo.

De conformidad con lo expuesto hasta aquí, y particularmente en el punto V.1., puede afirmarse sin vacilar que desde el 2017, el PJCABA viene dando pasos significativos en lo relativo a la adopción de tecnología en el proceso judicial. A su vez, cabe recordar que todo ello ha sido con el fin de afianzar la justicia, lo cual se traduce en brindar "un servicio de justicia eficiente, eficaz y transparente para el usuario y el justiciable, que al mismo tiempo sea seguro y mantenga un alto estándar de calidad" **(124)**.

Continuando con esta postura tanto activa como diligente, a través de la Dirección de Informática y Tecnología, el CMCABA ha impartido innumerables capacitaciones, tanto para los miembros de dicho Poder, como también para los usuarios externos que utilizan el mencionado EJE.

Finalmente, no está de más mencionar que los algoritmos no son confiables en un 100% y que es probable que cometan errores, al igual que lo hacemos nosotros, los humanos. Sin embargo, puede afirmarse que la experiencia ha demostrado que las máquinas suelen equivocarse mucho menos que nosotros y suelen tener más precisión, más cuando de tareas rutinarias se trata.

Relacionado con esto último, en un estudio de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (en adelante "OCDE"), en el cual se evaluaron tres habilidades cognitivas particulares (alfabetización, aritmética y resolución de problemas en entornos digitales) en 216.000 adultos de más de 40 países, se obtuvieron los siguientes resultados: solo el 13% de los trabajadores (que incluían profesionales del derecho, pero no se limitaban a ellos) tuvo un mejor desempeño que las computadoras **(125)**.

VI.3. Cuestiones para tener en cuenta

Independientemente de los beneficios y dificultades aquí esbozados, se debe tener en consideración que la implementación de los sistemas inteligentes podrá tener lugar en tanto y en cuanto se cuente con el presupuesto necesario. En este aspecto, Folco ha dicho que "[e]n el plano económico financiero, se requieren los recursos necesarios para mejorar y potenciar estas tecnologías, razón por la cual resulta deseable que se realicen las adecuaciones y reestructuraciones presupuestarias necesarias a tales efectos" **(126)**.

Adicionalmente, y en lo que a la elaboración del sistema de IA respecta, se deberá tener presente que, en el diseño de dicho sistema, debe participar un equipo interdisciplinario, es decir, uno conformado no solo por informáticos, sino también por operadores jurídicos y otros especialistas que coadyuven a un mejor diseño de los sistemas, como por ejemplo profesionales de estadística, entre otros.

De esta forma, se garantizará un sistema con una base de datos elaborada con conocimientos y criterios jurídicos, y en el cual el rol de los técnicos en informática se circunscribirá a ingresar información que les es ajena, no pudiendo alterar su contenido, además de optimizar todo procedimiento interno de la máquina.

También será indispensable disponer de un organismo que cuide del control del funcionamiento de estos algoritmos judiciales, a fin de evitar cualquier error que pueda llegar a vulnerar derechos fundamentales de los justiciables.

VII. Marco jurídico

Si bien encuentro que la IA reporta más beneficios que riesgos, ello no obsta a que deba estar sometida a una serie de valores y parámetros que actúen como principios rectores tanto en su diseño, como en su desarrollo y uso.

En este sentido, Granero sostiene que "si bien es cierto que la tecnología va avanzando con autonomía, existe la posibilidad y el deber de dominarla dado que puede responder a intereses

(124) Ver res. 42/17.

(125) ELLIOTT, Stuart W., "Computers and the future of skill demand, educational research and innovation", OECD Publishing, Paris, 2018.

(126) FOLCO, Carlos María, "E-justicia tributaria: estado actual y perspectiva futura en Iberoamérica", consultado en: http://www.economicas.uba.ar/wp-content/uploads/2020/05/2018_E-Justicia_Folco-es.pdf

perjudiciales y generar implicaciones negativas en el mundo en el que vivimos" **(127)**.

Con esto quiero decir que resulta imperativo que estas nuevas herramientas tecnológicas estén reguladas de forma expresa y sean configuradas de tal forma que operen de forma limitada y compatible con los derechos fundamentales.

De acuerdo con ello, Torres Badía aseveró que resulta "esencial que el diseño y empleo de la inteligencia artificial ya sea en el plano judicial o extrajudicial este regido por ciertos principios rectores compatibles y respetuosos de los derechos fundamentales del hombre. Así, cuando se utilizan herramientas de IA para ayudar en la toma de decisiones judiciales, es esencial garantizar que no se socaven las garantías del derecho de acceso al juez y a un juicio justo (igualdad y contracción)" **(128)**.

El diseño de este marco regulatorio debe estar guiado por una serie de principios tales como los de transparencia, trazabilidad, auditabilidad periódica, responsabilidad, seguridad, control humano, bien común, entre varios otros.

Muñoz señala que a nivel internacional se han ido desarrollando estrategias nacionales para regular el desarrollo de la IA. Así, En el Reino Unido, en el año 2018, la *House of Lords* produjo un informe que se centra en el uso de algoritmos en procesos de toma de decisiones y las situaciones referidas a la discriminación producida por su uso, la transparencia y la regulación algorítmica. Entre las principales recomendaciones figuran la creación de un organismo independiente dedicado al monitoreo de los temas relacionados con algoritmos, la transparencia en las decisiones algorítmicas tomadas por el gobierno para fomentar la participación ciudadana, la expedición de medidas para evitar la discriminación algorítmica, el derecho a la explicabilidad de los algoritmos que afecten significativamente a las personas y el resarcimiento en caso de errores o fallas, entre otras **(129)**.

Asimismo, se han elaborado instrumentos en los cuales se han estipulado reglas compatibles y respetuosas de los derechos fundamentales del hombre, que deben dirigir el proceso de diseño y empleo de IA.

Así las cosas, Reyes Olmedo indica que, en el Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea **(130)**, pionero en la regulación de la toma de decisiones a través de medios automatizados, se requiere a los organismos que manejan algoritmos que realicen un procesamiento justo y transparente, y que expliquen la manera cómo los sistemas automatizados toman decisiones, especialmente aquellas que afectan significativamente sus vidas individuales **(131)**.

Igualmente, se establece el derecho del interesado, en aquellos casos en los cuales se encuentre ante una decisión automatizada, a solicitar y obtener la "información significativa sobre la lógica aplicada, así como sobre la importancia y

(127) GRANERO, Horacio R., ob. cit.

(128) TORRES BADÍA, Agustina, "¿Puede ayudar la inteligencia artificial a conseguir una mejor justicia?", El Dial, 12/04/2019, Cita online: elDial DC27F0. En relación con la necesidad de contar con ciertos parámetros regulatorios, la autora trajo colación el fallo de la CNCiv., sala J, "Krum, Andrea Paola c/ Yahoo! de Argentina S. R. L. y Otros s/ daños y perjuicios", 31/08/2012, en el cual la jurisprudencia recordó que:"...corresponde, encuadrar la cuestión, en primer término, en el marco constitucional, recordando que desde la perspectiva axiológica, la técnica es neutra, y son los hombres los que -en definitiva- hacen un uso bueno o malo de dichos desarrollos de la ciencia. Como consecuencia de ello, es que los hombres de Derecho, tenemos la obligación moral y ciudadana, de intentar prevenir y limitar las eventuales consecuencias negativas de estos aspectos. Y una de las maneras de establecer ciertos límites, es determinar las cuestiones que son de "orden público tecnológico", de forma tal, de establecer ciertos parámetros básicos que no pueden ser violados" (el destacado me pertenece).

(129) MUÑOZ, Ricardo A. (h.), "La inteligencia artificial aplicada al derecho", Inteligencia Artificial y el Derecho Administrativo-Un enfoque basado en derechos, 29/05/2020; Cita: IJ-CMXVII-342.

(130) Reglamento UE 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de fecha 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea el 04/05/2016, L 119/1. Disponible en: https://www.boe.es/doue/2016/119/L00001-00088.pdf

(131) REYES OLMEDO, Patricia, "De la informática jurídica a la algoritmocracia", El Dial, 2019, Cita Online: elDial DC2943

las consecuencias previstas de dicho tratamiento para el interesado" **(132)**.

A su vez, se dispone que todo interesado tendrá derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado, que produzca efectos jurídicos en él o le afecte significativamente de modo similar **(133)**.

Por otro lado, se encuentran las "Directrices Éticas para una IA fiable" documento que ha sido elaborado por el Grupo de Expertos de Alto Nivel sobre Inteligencia Artificial **(134)**.

En tales Directrices se definió que toda IA fiable debe ser: a) legal, es decir que debe respetar todas las leyes y regulaciones aplicables b) ética, por cuanto debe respetar principios y valores éticos; y c) robusta, tanto desde una perspectiva técnica como teniendo en cuenta su entorno social.

Sobre la base de estos componentes esenciales, se estableció una lista no exhaustiva de requisitos clave que deben cumplir los sistemas de la IA para ser considerados confiables.

En el primero de ellos se dispone que "los sistemas de AI deben empoderar a los seres humanos, permitiéndoles tomar decisiones informadas y promover sus derechos fundamentales". En el segundo, se contempla la robustez y seguridad de la que deben estar dotados los sistemas de IA, los cuales "[d]eben garantizar un plan de recuperación en caso de que algo salga mal, además de ser precisos, confiables y reproducibles, garantizando también que se puedan minimizar y prevenir los daños no intencionados". En el tercero, se prevé que dichos sistemas deben garantizar la privacidad y protección de los datos, como también garantizar mecanismos adecuados de control de datos, "teniendo en cuenta la calidad e integridad de los datos", garantizándose asimismo el acceso legítimo a los datos. En el cuarto se establece que el sistema de IA debe ser transparente y que sus decisiones deben poder ser explicadas a los interesados de manera tal que sea compresible por estos. Agrega que "[l]os seres humanos deben ser conscientes de que están interactuando con un sistema de IA, y deben estar informados de sus capacidades y limitaciones".

Además, y en lo que aquí interesa, se determina que los sistemas de IA deben beneficiar a todos los seres humanos, incluidas las generaciones futuras. "Por tanto, debe garantizarse que sean sostenibles y respetuosos con el medio ambiente". Por último, se proclama la existencia de mecanismos para garantizar la responsabilidad y la rendición de cuentas de los sistemas de IA y sus resultados. En este sentido, se dispone que la "capacidad de auditoría, que permite la evaluación de algoritmos, datos y procesos de diseño, juega un papel clave, especialmente en aplicaciones críticas". Agrega que debe garantizarse una reparación adecuada y accesible.

Para finalizar, cabe mencionar que el 22 de mayo del año 2019, la OCDE, junto con países socios (dentro de estos, Argentina), suscribió "Los Principios de la OCDE sobre la Inteligencia Artificial", instrumento que comprende cinco principios básicos basados en valores para el despliegue responsable de una IA fiable y cinco recomendaciones en materia de políticas públicas y cooperación internacional **(135)**.

Dichos principios establecen que (i) las partes interesadas deben administrar en forma responsable la IA, buscando que con ella se obtengan resultados beneficiosos para las personas y para el planeta; (ii) su uso respete el Estado de Derecho, los derechos humanos y los valores democráticos; (iii) quienes utilicen la IA deben comprometerse con la transparencia y divulgación responsable respecto de los sistemas de esta herramienta; (iv) los sistemas de IA han de funcionar con robustez, de manera fiable y segura durante toda su vida útil, y los potenciales riesgos deberán evaluarse y gestionarse en todo momento; y que (v) las organizaciones y las personas que desarrollen, desplieguen o gestionen sistemas de IA deberán responder de su correcto funcionamiento en consonancia con los principios precedentes.

(132) Ver art. 15, 1 h) del Reglamento.

(133) Ver art. 22, 1. del Reglamento.

(134) Disponible en: https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/ethics-guidelines-trustworthy-ai

(135) Ver en: https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0449

VIII. Palabras finales

La aparición de una tecnología tan disruptiva en la industria legal, como lo es la IA, puede gustar, disgustar o bien atemorizar a los agentes judiciales y a los litigantes que participan en los referidos juicios ejecutivos.

Sin embargo, como dejó escrito O'Connor en 1955, "la verdad no cambia de acuerdo con nuestra capacidad para digerirla emocionalmente" **(136)**.

Es por ello por lo que considero que llegó la hora de enfrentar la realidad: la tecnología ha avanzado a pasos agigantados durante los últimos años, trayendo consigo innumerables beneficios, y los judiciales no pueden desaprovechar la oportunidad de evolucionar y transformarse a la par de la IA. De lo contrario, se estarán perdiendo de una extraordinaria oportunidad para mejorar la Justicia.

Entiendo que la clave yace en encontrar la mejor manera de poner esta tecnología al servicio del Poder Judicial.

Como punto de partida, debe entenderse que la IA no resulta una amenaza, sino que ha llegado con el fin de facilitar el trabajo de los operadores judiciales (y también de los letrados).

De acuerdo con lo explicado en los acápites precedentes, se ha demostrado cómo la utilización de la IA logrará reducir tiempos en tareas simples que poseen un bajo grado de complejidad, dándole la posibilidad al empleado, funcionario o magistrado judicial de centrar su atención en tareas desafiantes, que requieran de mayor análisis y capacidad crítica.

Como consecuencia de ello, las formas de trabajo deberán ser rediseñadas —lo cual se traduce en un cambio tanto en la asignación de labores como en la organización del personal de cada dependencia judicial— dando lugar a una gestión judicial eficiente que permitirá al Poder Judicial brindar soluciones justas en tiempo oportuno.

Pero además de la transformación de la oficina judicial, será necesario repensar algunos principios clásicos que rigen los juicios de ejecución fiscal, dando lugar a un ordenamiento jurídico acorde a los tiempos actuales, y capaz de acompañar a este nuevo expediente inteligente.

Para que la IA sea empleada en el ámbito judicial será imprescindible fomentar su desarrollo y uso, lo cual será alcanzado impulsando un cambio de mentalidad y de cultura que haga que todos los actores implicados en este proceso sean conscientes de la importancia de integrar las nuevas tecnologías en el día a día de la Administración de Justicia.

En lo que respecta al mencionado cambio de mentalidad y cultura, y conforme ha sido expuesto en este trabajo, cabe hacer especial mención a la actitud favorable que ha adoptado el PJCABA en lo que respecta a la incorporación de herramientas tecnológicas en el proceso judicial —y, en lo que aquí interesa, en el EJF—.

A través de las resoluciones dictadas y demás medidas tomadas, ha buscado modernizar la Administración de Justicia mediante el uso generalizado y obligatorio de las nuevas tecnologías, tanto por funcionarios como por profesionales de la justicia, y sentar las bases para la plena tramitación electrónica de las ejecuciones fiscales. Resulta importante destacar que todo ello se ha realizado en pos de garantizarles a todas las personas, de forma inequívoca, el derecho a una tutela judicial efectiva.

Es por ello por lo que considero que el referido cambio ya ha comenzado en el ámbito del PJCABA, cuyos integrantes se han mostrado proclives a mejorar la prestación del servicio de justicia mediante la incorporación de nuevas tecnologías. Esto último me da la esperanza de que la implementación de los sistemas tecnológicos tenga favorable acogida.

Asimismo, para que esta herramienta sea manejada en debida forma, serán necesarias capacitaciones permanentes principalmente del personal judicial (aunque también lo será de todo litigante, en tanto no se descarta el uso de la IA para ayudarlo en su trabajo), con el fin de que adquieran nuevas habilidades.

(136) Ver http://theamericanreader.com/.

En este punto, cabe recordar que estas ya han comenzado a tener lugar en el ámbito del Poder Judicial de esta Ciudad, en especial, en todo aquello que respecta al uso del EJE.

También será indispensable aumentar la inversión y fortalecer la colaboración entre la industria y el mundo académico en materia de investigación e innovación en este ámbito.

Por otra parte, se requerirá otorgar transparencia y confianza a los particulares sobre la aplicación y utilización ética y legal de los algoritmos, como también la formulación de una legislación moderna y guiada por principios éticos sólidos.

Ahora bien, lo que nunca debe perderse de vista es que el fin principal que debe perseguir este innovador expediente inteligente es asegurar una eficaz prestación del servicio de justicia y que la IA debe ser siempre funcional a los intereses de la Justicia y no al revés.

Esto quiere decir que la utilización de la IA no podrá jamás ocasionar el desmantelamiento de las garantías y derechos fundamentales de las partes del proceso.

Para concluir, y amén de la referida actitud proactiva que ha adoptado el PJCABA, estimo que siempre debe tenerse presente que "una organización no adaptada a su entorno termina desapareciendo indefectiblemente y, por lo mismo, el grado de eficacia de una organización se mide por su grado de adaptación", y aunque no sucede lo mismo con la Administración, y en particular con la Administración de Justicia, que difícilmente vendría a desaparecer, sí que se encuentra en un momento de clara pérdida de su eficacia, corriendo el peligro de dejar de servir para aquello para lo que fue creada, y "constituyendo incluso una rémora social", lo que supone un estancamiento de la exigida eficacia administrativa, situación claramente indeseable" **(137)**.

(137) NIETO GARCÍA, Alejandro, "Reforma administrativa y modernización de la Administración Pública", Revista Vasca de Administración Pública, núm. 23, 1989.

Breves consideraciones sobre la prohibición de *reformatio in pejus* en el procedimiento disciplinario desde una perspectiva jurídica trialista

Francisco M. Sabalua (*)

Lisandro Omar Emmanuel Erreguerena

Sumario: I. Introducción.— II. La tutela administrativa efectiva en el procedimiento disciplinario.— III. La regla del doble conforme y la prohibición de la *reformatio in pejus.*— IV. Integración de los principios de "verdad material" y el principio "la tutela administrativa efectiva" (y su regla de la prohibición de la *reformatio in pejus*).— V. Conclusiones.

I. Introducción

En el presente trabajo haremos unas breves consideraciones a luz de la teoría jurídica trialista sobre los efectos que tiene la prohibición de la *reformatio in pejus* con relación a los recursos administrativos que pueden interponerse en un procedimiento disciplinario.

Veremos de qué forma tal prohibición puede importar un límite jurídico al principio de verdad material. Si bien en todo procedimiento disciplinario rige el principio de verdad material por el cual el Estado por medio del procedimiento persigue el conocimiento de la verdad real (es decir, material) y no simplemente la verdad formal (según los planteos, argumentos, hechos o derecho alegado por las partes y volcados en el expediente) **(1)**. Sin embargo, debemos considerar el principio del debido proceso legal, que implica otros valores jurídicos o reglas, como la prohibición de la *reformatio in pejus*, que puede en algunos casos resultar opuestos al principio de verdad material.

En la actualidad las metas se han debilitado y adquieren mayor fuerza las formas o procesos, de manera que no se puede prescindir de ello **(2)**, a tal punto que en derechos humanos se reconoce que existe un derecho "al proceso" **(3)**.

Si bien el principio de verdad material posee una alta jerarquía en todo procedimiento o proceso no puede entrar a colisionar en el caso concreto con la garantía de la defensa en juicio, y ello se manifiesta en la prohibición de la *refor-*

(*) Abogado. Especialista en Derecho Administrativo. Docente en la asignatura Derecho Administrativo del Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires.

(1) V. BALBÍN, Carlos F, "Manual de Derecho Administrativo", Ed. La Ley. Buenos Aires, 2018, p. 752.

(2) V. CIURO CALDANI, Miguel A., "La conjetura del funcionamiento de las normas jurídica. Metodología Jurídica", Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 2000.

(3) V. CIURO CALDANI, Miguel Ángel, "Filosofía de la jurisdicción", Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 1998, ps. 23/24.

matio in pejus **(4)**. Ambos principios deben integrarse.

También indagaremos sobre la solución propuesta y su armonización de los valores de las distintas ramas jurídicas involucradas en la cuestión a la luz de la *dikelogía* de la teoría trialista del mundo jurídico.

II. La tutela administrativa efectiva en el procedimiento disciplinario

El procedimiento disciplinario es aquel mediante el cual se manifiesta la potestad disciplinaria de la Administración pública **(5)**.

Esta potestad tiende al aseguramiento del ordinario desenvolvimiento de la función administrativa y, en consecuencia, de la conservación el valor orden indispensable en cualquier tipo de organización administrativa, sin perjuicio de proyectarse en la sociedad que demanda por un plantel de personal administrativo competente y honesto **(6)**.

La potestad disciplinaria que se ejercita en el procedimiento disciplinario es, al igual que el poder coactivo del derecho penal, una manifestación del *ius puniendi*, esto es la facultad de castigar que tiene el Estado, restringiendo derechos a los ciudadanos frente a la comisión de un ilícito o una infracción a la norma jurídica **(7)**.

La doctrina tradicional distinguía respecto de la potestad sancionadora administrativa y el poder coactivo penal como dos ámbitos separados con un régimen diferente, basado ello principalmente en que ambos perseguían una finalidad distinta. Así, sostenían que el poder sancionador administrativo perseguía asegurar la organización interna de la administración y la eficacia de su actuar, mientras que el poder coactivo penal perseguía la seguridad de las personas y los bienes **(8)**.

En función de tal distinción, la doctrina y la jurisprudencia más tradicional **(9)** sostenían que el poder disciplinario administrativo se encuentra menos limitado por principios y garantías que el poder coactivo penal. Si bien entendían que por tratarse de dos ámbitos —el poder sancionador administrativo y el poder coactivo penal— de ejercicio del *ius puniendi* corresponde extender la aplicación de algunos principios y garantías del proceso penal al procedimiento disciplinario administrativo, no obstante, consideraban que, puesto que en la potestad sancionadora administrativa el objetivo es asegurar la eficacia de la acción de la Administración, se admite, entonces, una mayor discrecionalidad en el ejercicio de dicha potestad, y, consecuentemente, respecto de esta no rigen los mismos principios y garantías que limitan el *ius puniendi* en el proceso penal **(10)**.

Sin embargo, actualmente se reconoce que hay principios o garantías que ya no son exclusivos del ámbito penal, sino de aplicación a toda la actividad desarrollada por el Estado. Algunas

(4) V. IVANEGA, Miriam M, "El alcance del principio de verdad material en el procedimiento administrativo", pub. en revista electrónica AIDA "Opera Prima de Derecho Administrativo". Obtenido en la web el día 10/02/2021, en https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/opera-prima-derecho-admin/article/view/1488

(5) V. CABRAL, Pablo O. y SCHREGINGER, Marcelo J, "El Régimen de Empleo Público en la Provincia de Buenos Aires", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 679.

(6) V. ZINGARETTI, Gisela, "La facultad disciplinaria de la Administración en el empleo público", Lexis N.º 0003/402660, Abeledo Perrot on line 30/05/2011, D_revlab09-11.zip.zip revlab09-3.txt

(7) V. ZINGARETTI, Gisela, ob. cit.

(8) V. GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo y JUSTO Juan B. (col.) "Administración Pública, juridicidad y derechos humanos", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010, p. 157.

(9) V. CS, "Pereiro de Buodo" (1987), Fallos, 310:316, consid. 4.

(10) V. ZINGARETTI, Gisela, "La facultad disciplinaria de la administración en el empleo público", pub. en Abeledo Perrot on line Cita Online: Lexis Nexis 0003/402660, donde la autora afirma: "La trascendencia de estas posiciones se manifiesta fundamentalmente en estos ámbitos de ejercicio de esta facultad discrecional: i) la obligatoriedad o no en el órgano competente de aplicar sanciones, así como también de atenuarla; ii) la rigidez o flexibilidad del sistema de sanciones establecido en la ley; iii) el carácter abierto o cerrado de los tipos disciplinarios; iv) la extensión de la facultad por parte del órgano en la determinación del quantum de la sanción, en especial, en los casos de medidas no expulsivas; y v) la posibilidad de perdonar la falta, por razones de oportunidad, mérito y conveniencia".

garantías que antaño eran catalogadas como propias del proceso penal se han convertido en principios generales de todo tipo de procedimiento y proceso, tal la garantía del debido proceso legal **(11)**.

Pues los tratados de derechos humanos marcan un contenido jurídico que debe estar presente en todas las manifestaciones de la actividad estatal, tal como surge claramente del art. 8°, CADH. Y, por ende, son aplicables tales principios y garantías también a los procedimientos administrativos disciplinarios.

Así lo ha interpretado la Corte IDH en "Baena, Ricardo y otros - 270 trabajadores v. Panamá" al sostener: "...es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la Administración excluida de cumplir con este deber. Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas... En cualquier materia, inclusive en la laboral y la administrativa, la discrecionalidad de la Administración tiene límites infranqueables, siendo uno de ellos el respeto de los derechos humanos. Es importante que la actuación de la Administración se encuentre regulada, y esta no puede invocar el orden público para reducir discrecionalmente las garantías de los administrados. Por ejemplo, no puede la Administración dictar actos administrativos sancionatorios sin otorgar a los sancionados la garantía del debido proceso" **(12)**.

Desde este enfoque, la distinción mencionada entre proceso penal y procedimiento administrativo es puesta en crisis, sobre la base de que no corresponde atender al bien perseguido sino al derecho individual en juego. Por eso, toda privación de un derecho frente un hecho ilícito es expresión del *ius puniendi*, lo que obliga a aplicar las garantías previstas para proteger a los individuos contra los eventuales excesos en el ejercicio del poder. Entonces, las garantías se activan respecto del derecho comprometido y no del fin que busca el Estado **(13)**. De esta forma, "la afectación de un derecho es el común denominador para la activación de una garantía procedimental, independientemente de la distinción que pueda profesarse entre el *ius puniendi* administrativo y el penal" **(14)**.

Entonces, tal como venimos diciendo, la garantía del debido proceso que fija el art. 8°, CADH establece límites jurídicos tanto para los procesos judiciales como cualquier procedimiento administrativo, dando nacimiento al principio de la tutela administrativa efectiva, como un concepto análogo al de la tutela judicial efectiva **(15)**.

Así lo ha sostuvo la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "Astorga Bracht" (327:4185) del 14/10/2004, al decir que una resolución administrativa, en ese caso del Comité Federal de Radiodifusión (COMFER), era violatoria "del art. 18 de la Constitución nacional y de las convenciones internacionales de derechos humanos, que cuentan con jerarquía constitucional, en cuanto resguardan el derecho a la tutela administrativa y judicial efectiva..." **(16)**. Al definir la tutela administrativa y judicial efectiva, la Corte sostuvo que esta supone "...la posibilidad de ocurrir ante los tribunales de justicia —a lo que cabe agregar, ante las autoridades administrativas competentes— y obtener de ellos sentencia o decisión útil relativa a los derechos de los particulares o litigantes (Fallos 310:276 y 937; 311:208) y que requiere, por sobre todas las cosas, que no se prive a nadie arbitrariamente de la adecuada y oportuna tutela de los derechos que pudieren eventualmente asistirle sino por medio de un proceso —o procedimiento— conducido en legal forma y que concluya con el dictado de una sentencia —o decisión— fundada (Fallos 310:1819)" **(17)**.

(11) V. IVANEGA, Miriam M., "Cuestiones de procedimiento disciplinario y derecho de defensa", Abeledo Perrot On line, Cita Online: Lexis Nexis 0003/014998. Obtenido el día 01/10/2018.

(12) V. CIDH, "Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá "(Fondo, Reparaciones y Costas), 02/02/2001, Serie C, N° 72, párr. 124.

(13) V. IVANEGA, Miriam M., ob. cit.

(14) V. GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo, ob. cit.

(15) V. IVANEGA, Miriam M., ob. cit.

(16) V. CS, "Astorga Bracht" (fallos 327:4185)

(17) V. Ibidem.

Por ello en nuestro ordenamiento jurídico la aplicación de las garantías a todo tipo de procedimiento sancionador de la Administración ahora se da por aplicación directa —so pena de responsabilidad internacional— de las garantías reconocidas en los instrumentos internacionales. Tanto el derecho penal como el derecho sancionador administrativo se nutren de una unidad superior: el *ius puniendi*, categoría unitaria que posee una regulación omnicomprensiva en el plano supranacional por vía de las cláusulas del debido proceso —previstas enfáticamente en el art. 8° de la CADH— sin importar las distinciones que introduzcan los derechos internos **(18)**.

De lo dicho hasta aquí surge que las reglas del debido proceso legal, entre las que se encuentra el "doble conforme", que conlleva la prohibición de la *reformatio in pejus*, son aplicables ampliamente como límites jurídicos dentro de los procedimientos disciplinarios, particularmente en el sumario administrativo.

La adecuada aplicación de estas garantías obliga necesariamente a una amplia reformulación de muchos regímenes sancionadores y una urgente adaptación de nuestro derecho infraconstitucional a los parámetros de los tratados internacionales de DD. HH. **(19)**

III. La regla del doble conforme y la prohibición de la *reformatio in pejus*

Un principio que se deriva del art. 8°, CADH es la regla del doble conforme, que se traduce en el principio de impugnabilidad, que consiste "en el derecho de atacar aquel acto que se considere lesivo de alguna garantía, resultando inconstitucional todo dispositivo normativo o interpretativo que imposibilite de cualquier modo el derecho a obtener la revisión de lo decidido" **(20)**. El principio de impugnabilidad requiere no solo la existencia de recursos, sino que estos sean útiles para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla. La regla entonces es la posibilidad de obtener una revisión integral de lo decidido **(21)**.

La garantía del doble conforme brinda cobertura convencional a la prohibición de la *reformatio in pejus* en sede administrativa **(22)**.

Nos dice el autor Justo: "la autoridad con capacidad de resolución del recurso no puede decidir en forma más gravosa al acto atacado, pues resultaría ilógico conceder al afectado la facultad de impugnación, y, al mismo tiempo, exponerlo al riesgo de que por el ejercicio de esta garantía —en ausencia de recurso de la parte acusadora— su situación procesal se vea empeorada. De esa manera se lo colocaría en la disyuntiva de correr ese riesgo o consentir una resolución que considera injusta" **(23)**.

Pues según nos explica Gordillo "el funcionario no puede modificar la parte o aspectos no impugnados del acto, en la medida que tales aspectos hayan concedidos derechos al recurrente o terceros y haya estabilidad del acto administrativo, pues tales partes del acto administrativo están firmes y son así irrevisables de oficio y al no cuestionarlo el particular, no pueden tampoco dar lugar a revisión en base al recurso" **(24)**.

Los autores han encontrado distintos fundamentos para la vigencia de la prohibición de la *reformatio in pejus* en sede administrativa, así: a) la tutela judicial efectiva (o la tutela administrativa efectiva, ya que nos referimos a la sede administrativa), pues se busca evitar el uso coactivo o el efecto disuasivo de la *reformatio* sobre la interposición de los recursos; y b) el principio de congruencia, como principio general del derecho procesal, y el principio dispositivo, principios en virtud de los que el órgano

(18) V. GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo, ob. cit., p. 169.

(19) V. Ibidem, p. 170.

(20) V. Ibidem, p. 191.

(21) V. Ibidem, p. 192.

(22) V. JUSTO, Juan B., "El doble conforme en el procedimiento disciplinario", Revista de Derecho Público, Empleo Público, Rubinzal- Culzoni, Santa Fe, 2012, t. I, p. 253.

(23) V. GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo, ob. cit., p. 192.

(24) V. GORDILLO, Agustín, "Tratado de Derecho Administrativo", Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2000, t. IV, p. 137, II-27.

administrativo solo debe ser congruente con la pretensión y resistencia formuladas **(25)**.

Otros autores se oponen a tal prohibición fundado: a) en el principio de verdad jurídica objetiva o verdad material, como Comadira, que destaca la posibilidad de incluir como objeto del acto cuestiones no propuestas por los interesados, lo que justificaría la *reformatio in pejus* en el procedimiento administrativo; b) en la facultad revocatoria de la administración frente al acto irregular (art. 17, LNPA), pues dice Hutchinson si el órgano administrativo puede de oficio dejar sin efecto un acto administrativo irregular más no habría razón para que no pueda hacerlo a instancia de un recurso **(26)**.

Consideramos que la garantía de la impugnabilidad o "doble conforme" derivados del art. 8° de la Convención Americana de DD. HH. conllevan la prohibición de la *reformatio in pejus*. Pues la posibilidad que se produzca la *reformatio in pejus* es peligrosa para la garantía del debido proceso, ya que puede ser usada por la Administración como un medio de amedrentar indirectamente a los administrados para no interponer recursos contra sus actos. Sería virtualmente una amenaza para aquellos de empeorarles aún más la situación jurídica en que se los ha colocado en virtud del acto anterior **(27)**.

Así tal prohibición se relaciona con la operatividad de la garantía de la defensa en juicio en el procedimiento administrativo **(28)**. Pues si el administrado fuera pasible de tal amenaza por el solo hecho de recurrir quedaría en una situación de indefensión, ante el riesgo de empeorar su situación se vería compelido a renunciar a la defensa de sus propios derechos.

Dijo la Corte Nacional en el fallo "Olmos" del año 2006 que "cabe concluir que resultaría ilógico concederle al imputado la facultad de impugnación, y, al mismo tiempo, exponerlo al riesgo de que por el ejercicio de esta potestad, en ausencia de recurso de la parte acusadora, su situación procesal se vea empeorada, puesto que de esta manera se lo colocaría en la disyuntiva de correr ese riesgo o consentir una sentencia que considera injusta (conf. Fallos: 300:671 y 307:2236)" **(29)**.

Tal argumento de nuestra Corte Nacional, que además reconoció la jerarquía constitucional de la prohibición de la *reformatio in pejus*, aunque vertido en un caso de materia penal, es aplicable análogamente al procedimiento disciplinario, pues en estos procedimiento se ejercita el *jus puniendi* estatal y ya por ello se activa la garantía del doble conforme —que implica también la prohibición de la *reformatio in pejus*—, como regla del debido proceso aplicable a toda actuación estatal que restringe derechos humanos.

IV. Integración de los principios de "verdad material" y el principio "la tutela administrativa efectiva" (y su regla de la prohibición de la *reformatio in pejus*)

La prohibición de la *reformatio in pejus* revela que puede existir cierta tensión en el caso concreto entre el principio de "verdad material (o real)" y el principio de "tutela administrativa efectiva (o debido proceso legal en sede administrativa)" y los requerimientos de justicia a que atienden cada uno **(30)**.

(25) V. SABZ RUBIALES, Iñigo "Contenido y alcance de la prohibición de "reformatio in peius en el procedimiento administrativo", Revista de administración pública, ISSN 0034-7639, N.º 190, 2013, ps. 241-27. En la web en https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4250987.juridicas.unam.mx/index.php/opera-prima-derecho-admin/article/view/1488

(26) V. IVANEGA, Miriam M, "El alcance del principio de verdad material en el procedimiento administrativo", pub. en revista electrónica AIDA "Opera Prima de Derecho Administrativo" donde explica la postura de Hutchinson al respecto. Obtenido en la web el día 10 de febrero de 2021, en https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/opera-prima-derecho-admin/article/view/1488

(27) V. GORDILLO, Agustín, ob. cit.

(28) V. SABZ RUBIALES, Iñigo "Contenido y alcance de la prohibición de "reformatio in peius en el procedimiento administrativo", Revista de administración pública, ISSN 0034-7639, N.º 190, 2013, págs. 241-27. En la web en https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4250987juridicas.unam.mx/index.php/opera-prima-derecho-admin/article/view/1488

(29) V. CS, "Olmos", Fallos: 329:1447, consid. 4º.

(30) V. CIURO CALDANI, Miguel Ángel, "Las ramas del mundo jurídico en la postmodernidad (las ramas del mundo jurídico en tiempos de la crisis de la materia)", en

En lo que refiere a la potestad disciplinaria que se ejerce en cualquier procedimiento disciplinario debemos considerar su finalidad: tal es la preservación y la autoprotección de la organización administrativa, en el correcto funcionamiento de los servicios administrativos y es específica de la relación que vincula a los agentes públicos con la Administración pública **(31)**.

Por ello es que, en todo procedimiento disciplinario, incluido el sumario administrativo, en virtud del interés público que persigue la Administración pública al actuar, rige el principio de verdad material por el cual el Estado por medio del procedimiento persigue el conocimiento de la verdad real (es decir, material) y no simplemente la verdad formal según los planteos, argumentos, hechos o derecho alegado por las partes y volcados en el expediente administrativo **(32)**.

La Administración en un procedimiento administrativo disciplinario persigue la verdad material porque debe atender los valores del bien común —al orden y la previsibilidad— y al correcto funcionamiento de los servicios administrativos **(33)**.

Sin embargo, debemos ponderar otros valores y principios jurídicos, que pueden tensionarse con la "verdad real"; así, particularmente, en nuestro análisis consideraremos la tensión que se produce con el debido proceso o la tutela administrativa efectiva, que conlleva implícito la regla de la prohibición de la *reformatio in pejus*.

Consideramos que el propio mandato de alcanzar la "verdad real" debe ser relativizado, en el sentido de sincerar sus propios límites facticos o gnoseológicos. Dentro de la teoría trialista optamos por la postura "constructivista" de Ciuro Caldani respecto de la verdad en el sentido que su objetividad es indemostrable, porque nadie ha podido salirse de sí para conocer algo exterior, pero si es posible establecer por un pacto "la referencia a un 'objeto' que tendrá los alcances que nosotros le demos, sin establecer si ese objeto existe solo 'en nosotros' o también 'fuera' de nosotros" **(34)**.

En un sentido similar se ha expresado Ferrajoli al hablar de la verdad procesal como verdad aproximativa: "La imposibilidad de formular un criterio seguro de verdad de las tesis judiciales depende del hecho de que la verdad 'cierta', 'objetiva' o 'absoluta' representa siempre la 'expresión de un ideal' inalcanzable" **(35)**.

Por ello consideramos que la verdad "no se descubre", sino que se "construye" conforme determinadas pautas pactadas, dentro de las cuales en el marco de un procedimiento disciplinario no se puede obviar el principio o la garantía del debido proceso, sino que debe ser integrado junto al principio de verdad material **(36)**.

Antiguamente cuando existían metas "fuertes" (como la santidad) y la verdad se concebía como absoluta era más fácil legitimar cualquier método o proceso para alcanzar la verdad, incluso la tortura, pero en la actualidad las metas se han debilitado y adquieren mayor fuerza las formas o procesos, de manera que no se puede prescindir de ellos **(37)**. A punto tal que en materia de derechos humanos se reconoce que existe un derecho "al proceso" **(38)**.

La Dra. Ivanega señala que, si bien el principio de verdad material posee una alta jerarquía en todo procedimiento disciplinario no puede

"Investigación y Docencia", Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 1998, vol. 31, p. 51 y ss.

(31) V. ZINGARETTI, GISELA, "La facultad disciplinaria de la Administración en el empleo público", Lexis N.º 0003/402660, Abeledo Perrot on line 30/05/2011, D_revlab09-11.zip.zip revlab09-3.txt

(32) V. BALBÍN, Carlos F, "Manual de Derecho Administrativo", La Ley, Buenos Aires, 2018, p. 752.

(33) V. CASSAGNE, JUAN CARLOS "Derecho Administrativo", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, 6ª ed., t. I., ps. 131 y ss.;

(34) V. CIURO CALDANI, Miguel A., ob. cit.

(35) FERRAJOLI, LUIGI "Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal", Editorial Trotta, Madrid, 1995, p. 50.

(36) V. IVANEGA, Miriam M., ob. cit.

(37) V. CIURO CALDANI, Miguel A., "La conjetura del funcionamiento de las normas jurídica. Metodología Jurídica", Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 2000.

(38) V. CIURO CALDANI, Miguel Ángel, "Filosofía de la jurisdicción", Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 1998, ps. 23/4.

entrar a colisionar en el caso concreto con la garantía de la defensa en juicio o con la tutela administrativa efectiva **(39)**.

La garantía del debido proceso —y su consecuencia la prohibición de "la *reformatio*"— atiende al valor jurídico supremo Humanidad —esto es, el deber ser cabal de nuestro ser o la plenitud humana—, y ello implica que la persona no sea objeto del proceso sino sujeto de este, que no sea un medio sino un fin en sí mismo.

Consideramos que la tutela administrativa efectiva y la regla de la prohibición de la *reformatio in pejus* deben prevalecer y ser un límite respecto del principio de verdad material que aquí analizamos. Pues se halla en juego en esta tensión el valor "humanidad", que incluso es superior al valor "verdad"; y siendo la "humanidad" un valor supremo del derecho no puede ser subvertido en aras de un valor relativamente inferior a aquel como es "la verdad".

El fin —por muy loable que sea, como la verdad— no justifica cualquier medio, como sería un procedimiento disciplinario que no respete la garantía del debido proceso legal, valiéndose de la *reformatio in pejus* como un coaccionar indirecto a los administrados para disuadirlos de interponer cualquier recurso en defensa de sus derechos.

La razón de ponderar "tutela administrativa efectiva" —y su regla de la prohibición de la *reformatio in pejus*— como un principio superior al principio de "verdad material" constituye una cuestión ética que resuelve una cuestión central de todo procedimiento disciplinario: si habremos de tratar al agente imputado como un objeto de prueba o un sujeto de derecho. Por lo tanto, un juicio respetuoso de las garantías fundamentales de los sujetos implicados, es decir, un proceso que privilegie las formas por sobre las metas, no puede ser controvertido por su resultado.

En lo axiológico (o *dikelógico*), debemos considerar los valores que inspiran el derecho administrativo en un régimen humanista —Goldschmidt (1978)—. Según lo ha explicado Ciuro Caldani en un régimen humanista nuestro derecho administrativo debe atender al valor humanidad —el deber ser cabal de nuestro ser o plenitud—, que conlleva considerar la dignidad humana de la persona, ya que los seres humanos al decir de Kant somos fines en sí mismos y no meros medios, cualquiera sea el fin loable que se persiga —ej. la verdad o el bien común— **(40)**.

Tal como mencionamos en nuestra cuestión hay también exigencias de justicia del derecho constitucional y supraconstitucional de los derechos humanos, aquí también insistimos con mayor razón aun en la superioridad del valor humanidad —el deber ser cabal de nuestro ser (o plenitud) **(41)**—, considerando la dignidad del agente estatal que siendo "fin en sí mismo" y no "mero medio para otro fin" no puede ser sacrificado en aras de satisfacer ninguno de los fines del Estado por muy loables que ellos sean **(42)**.

También intervienen exigencias de justicia del derecho laboral, como la protección del trabajador **(43)** —considerando la dignidad del trabajo como actividad humana creadora y no mera mercancía—. El principio protectorio, de consagración constitucional (art. 14 bis, CN), tiene como fin mantener el equilibrio entre quienes están vinculados por un contrato de trabajo en atención a la diferencia de fuerzas que media entre los empleadores y los obreros **(44)**.

(39) V. IVANEGA, Miriam M., ob. cit.

(40) V. CIURO CALDANI, Miguel Ángel, "Proyecciones académicas del trialismo (Disertaciones, comunicaciones y ponencias)", FDER Edita, Rosario, 2017.

(41) V. CIURO CALDANI, Miguel Ángel, Nota sobre la perspectiva axiológica de los derechos humanos, Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, Rosario, 1992, vol. 15, ISSN 1851-0884; y V. CIURO CALDANI, Miguel Ángel, "Notas para comprensión dikelógica de la discriminación", ob. cit.

(42) V. CIURO CALDANI, Miguel Ángel, "Nota sobre la perspectiva axiológica de los derechos humanos", ob. cit. y V. CIURO CALDANI, Miguel Ángel, "Notas para comprensión dikelógica de la discriminación", ob. cit.

(43) V. RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge, "Tendencias actuales del principio protectorio frente a la relación de empleo público", DT 1994-B, 1131.

(44) V. MASCITTI, Matías, "El Derecho del Trabajo en la dimensión dikelógica", Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, ISSN-e 1851-0884, ISSN 1514-2477, N.º 32, 2009, ps. 63-74.

Deben atenderse también los requerimientos de justicia del derecho procesal penal, ello por vía de la analogía, atento que la potestad disciplinaria que se ejerce en el procedimiento disciplinario es también manifestación del jus puniendi como el derecho penal y por ende existen principios o garantías del derecho procesal penal que son plenamente aplicables al sumario administrativo, como en nuestro caso la prohibición de la *reformatio in pejus* **(45)**.

Ciuro Caldani nos dice: "La forma ha de conducir al fondo, pero este no puede ser sin la forma. Nada de esto ha de llevar, sin embargo, al desconocimiento de que, sobre todo en épocas como la actual, en algunas áreas, como la de los derechos humanos, el proceso adquiere —por lo menos discursivamente— gran significación, al punto de alcanzar el núcleo del concepto jurisdiccional. Existe un muy relevante derecho al proceso" **(46)**.

Tal nos dice Chaumet: "en el caso concreto se exigirá consideraciones axiológicas, elecciones o preferencias del aplicador, lo que implica el reconocimiento del elemento valorativo. La preferencia está vinculada con una alternativa elegida como mejor y ello involucra una valoración. Quien juzga es la garantía ultima e imprescindible de que los valores, y en lugar destacado la justicia, sean apreciados en todas sus exigencias" **(47)**. Y agrega: "...Así, cuando hay colisión de razones axiológicas (ej. la justicia del 'debido proceso' —que conlleva la prohibición de la *reformatio in pejus*— con la transparencia en la búsqueda de la 'verdad jurídica objetiva' o 'verdad real') al justificar una decisión se establecerá una relación de precedencia condicionada. Ello supone que, haciendo referencia al caso, se indiquen las condiciones bajo las cuales una razón precede a la otra". Y que "...las categorías trialistas revelan elementos para efectuar dicha precedencia. En su caso, ello no implica alcanzar conclusiones necesariamente verdaderas, sino que permite alcanzar conclusiones más verosímiles, aceptables, probables..."; y agrega: "... conforme a los desarrollos de la teoría trialista existen relaciones de coadyuvancia o de secuestro en el material estimativo de los valores, que permiten comprender el caso judicial. El desconocimiento de las relaciones entre los valores puede llevar a valorar los elementos del caso con relación a aquel que aparezca con más fuerza. En este marco se puede integrar el planteo trialista con los criterios de ponderación que explica Alexy..." **(48)**.

La ponderación no es más que la optimización relativa a principios contrapuestos: cuanto mayor sea el grado de insatisfacción o de detrimento de un derecho o de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacer el otro.

Tratándose de la *reformatio in pejus*: la dignidad de la persona humana imputada en un procedimiento disciplinario está por encima del interés en alcanzar la pretendida "verdad real". No puede la primera sacrificarse en el altar de la segunda, pues se incurriría en una pretensión totalitaria —y una subversión de valores— ajena al régimen humanista previsto en el Estado social, democrático y constitucional de derecho.

V. Conclusiones

Consideramos que la tensión aquí analizada, entre los principios de verdad material y de tutela administrativa efectiva —y su regla de la prohibición de la *reformatio in pejus*— debe ser contemplada a la luz del requerimiento axiológico que importa el régimen humanista elegido por nuestra Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos de jerarquía supranacional.

Como nos dice Chaumet: "en un modelo de Estado constitucional, las normas constitucionales adquieren una fuerza expansiva fundamental a la hora de determinar cualquier rama del derecho, por ello ahora constituyen exigencias de desarrollo y concreción de los derechos constitucionales, siendo la fuente central para determinar que se debe ordenar, prohibir y sancionar" **(49)**.

(45) V. GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo, "Administración Pública, juridicidad y derechos humanos", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010, p. 157 y ss.

(46) V. CIURO CALDANI, Miguel Ángel, "Filosofía de la jurisdicción", Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 1998, ps. 23/4.

(47) V. CHAUMET, Mario E., "Argumentación. Claves aplicables en un derecho complejo", Editorial Astrea, Buenos Aires, 2017, 1ª ed., p. 291.

(48) V. Ibidem.

(49) V. Ibidem, p. 234.

Según la teoría trialista para que un régimen pueda ser considerado justo, debe ser humanista, debe tomar a cada ser humano y consecuentemente a cada manifestación de su vida como un fin en sí mismo. Ello obliga a no caer en totalitarismos, tomar el ser humano como medio para otros fines.

Nos dice Chaumet: "La mediatización puede obedecer a finalidades propias del juez, de terceros o de la comunidad en su conjunto..."; y agrega: "...hay que evitar, que los valores del mismo nivel como la justicia, la salud, la utilidad, la verdad, etc. se arroguen unos el material De los otros y que cualquiera de ellos se subvierta contra el valor superior humanidad" **(50)**.

En definitiva, la prohibición de la *reformatio in pejus* es una garantía constitucional que condiciona la validez de la decisión sobre cualquier recurso administrativo en el marco de un procedimiento disciplinario, más aun cuando tal procedimiento importa el ejercicio de jus puniendi estatal y concurren las mismas razones que en el derecho penal para activar tal garantía de la prohibición de la *reformatio in pejus*.

Lo contrario, desconocer la prohibición mencionada y optar por una supremacía del "principio de verdad material" en desmedro de "la defensa en juicio" importaría un "pragmatismo maquiavélico", donde se desarrollaría sobre todo "la pretensión axiológicamente subversiva de imponer los valores relativos permitiéndoles deshacerse del control de valores relativamente inferiores en desmedro del valor supremo del ordenamiento jurídico 'de humanidad'".

Así el Estado empleador subvertiría el valor "verdad" frente al valor supremo "humanidad", que importa el deber ser cabal del ser del hombre (plenitud), tomando así al agente estatal como un medio y no como un fin en sí mismo, como sería la exigencia de justicia de un régimen humanista **(51)**. En síntesis, un resultado que no repara en los medios **(52)**.

Como nos dice Chaumet: "en un modelo de Estado constitucional, las normas constitucionales adquieren una fuerza expansiva fundamental a la hora de determinar cualquier rama del derecho, por ello ahora constituyen exigencias de desarrollo y concreción de los derechos constitucionales, siendo la fuente central para determinar que se debe ordenar, prohibir y sancionar" **(53)**.

(50) V. Ibidem, p. 303.

(51) V. CIURO CALDANI, Miguel Ángel, "Meditaciones sobre los fines y los medios. En especial sobre el gobernante maquiavélico", Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, Nro. 20, ISSN 1851-0884, p 93.

(52) V. CIURO CALDANI, Miguel Ángel, "Filosofía de la Corrupción", ob. cit., p. 27.

(53) V. CHAUMET, Mario E., ob. cit., p. 234.

JURISPRUDENCIA ANOTADA

FACULTADES DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES EN MATERIA DE EDUCACIÓN

Facultades concurrentes. Límites de la autoridad nacional. Federalismo como sistema cultural de convivencia. Principios aplicables: "lealtad federal" o "buena fe federal". Estatus constitucional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Atribuciones para decidir sobre los modos de promover y asegurar la educación de sus habitantes. Poder de policía sobre cuestiones de salud y salubridad públicas y sobre la organización y funcionamiento de sus instituciones educativas. El derecho fundamental a la educación. Protección de la salud en la emergencia sanitaria. Cuestiones ajenas a la decisión del Poder Judicial.

Con notas de Alberto B. Bianchi, Antonio M. Hernández, María Gabriela Ábalos y Juan Santiago Ylarri

1. — En el examen de legalidad del art. 10 *in fine de*l DNU 235/2021, a partir de su modificación por el art. 2º del DNU 241/2021, la falta de justificación suficiente para ejercer una competencia sanitaria que alcance a suspender la modalidad presencial de la educación en la Ciudad deja al descubierto que, en este caso, el Estado Federal en lugar de ejercer una atribución propia invadió una que le resulta ajena.

2. — El debido resguardo del federalismo constitucional exigía que el Estado nacional justificara de manera suficiente el ejercicio en el caso de su específica competencia sanitaria con relación a la concreta orden de suspender del dictado de clases educativas presenciales en todos los niveles y en todas sus modalidades en la jurisdicción de la Ciudad de Buenos Aires.

3. — Si bien las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires guardan subordinación con el Estado federal en ciertos ámbitos, esa subordinación se verifica en los estrictos términos jurídicos de la Constitución Nacional. No se trata, por tanto, de una subordinación indeterminada, sino limitada por el mismo texto de la Norma Fundamental argentina.

4. — Tanto la autonomía de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para definir la modalidad educativa como la atribución federal para atender a una emergencia sanitaria deben entenderse en el marco del federalismo que ordena la Constitución nacional.

5. — La conformación territorial formulada por el dec. 125/2021 —AMBA— citado, más allá de su pertinencia estratégica, no tiene la virtualidad de alterar las potestades constitucionales reconocidas a los diversos componentes del Estado Federal que formen parte de tales áreas.

6. — La previsión del AMBA como un área susceptible de adopción de políticas específicas en materia epidemiológica por el Estado nacional a través del art. 3º del DNU 125/2021 no puede ser entendido como la constitución de una "región" en los términos del art. 124 de la Constitución Nacional ni puede implicar una alteración de las potestades provinciales o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; sin perjuicio de las facultades reconocidas al Congreso nacional para promover "políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones" (art. 75.19, CN), con el debido respeto de las atribuciones de la Ciudad de Buenos Aires y las provincias involucradas.

7. — Las normas adoptadas por las autoridades nacionales no solo no deben contradecir a la Constitución ni a los tratados internacionales, sino tampoco invadir el ámbito competencial de las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. En caso de que esta contradicción ocurra, al verificarse el ejercicio de una atribución a extramuros de la Constitución nacional, no podría válidamente concluirse la prevalencia de la norma federal en los términos de los arts. 5º y 31, CN.

8. — Los arts. 5º y 31 de la Constitución nacional pueden resultar violados tanto cuando el desborde competencial provenga del ejercicio de la autoridad local como cuando provenga del ejercicio de la autoridad nacional (inconstitucionalidad ascendente o descendente). De ello se deriva que la prevalencia del derecho federal se encuentra condicionada a que el ejercicio de la potestad normativa nacional haya sido encauzado dentro de las pautas formales y sustanciales exigidas constitucionalmente, entre ellas el reparto de competencias estatuido por la misma Norma Suprema.

9. — Los principios de "buena fe" y "lealtad federal" que, en la arquitectura constitucional argentina, subyacen tras la "coordinación" y "concertación" entre los distintos estamentos de gobierno (Nación, provincias, Ciudad de Buenos Aires y municipios), exigen concluir que el no cuestionamiento ante la Corte Suprema de otras normas adoptadas por el Estado na-

cional en el marco de la pandemia COVID-19 no puede ser entendido de tal manera que implique derivar el consentimiento de la actora de la disposición cuya invalidez constitucional se ha planteado en los presentes, o la renuncia por parte del GCBA a atribuciones que, en cuanto reconocidas a ella en virtud de su status constitucional, resultan irrenunciables.

10. — La distribución de competencias en un Estado federal y la complejidad de aspectos que pueden converger en una misma realidad exigen que el preciso deslinde de competencias se haga atendiendo cuidadosamente a las circunstancias de cada caso.

11. — Las normas adoptadas por las autoridades nacionales no solo no deben contradecir a la Constitución ni a los tratados internacionales sino tampoco invadir el ámbito competencial de las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

12. — El hecho de que el estricto acatamiento de los plazos procesales propios del juicio sumarísimo haya superado al breve plazo de vigencia temporal del DNU 241/2021 impugnado no resulta óbice para que la Corte Suprema emita pronunciamiento, pues no se trata solo de ponderar una decisión temporaria y circunstancial, sino de dejar establecido un criterio rector de máxima relevancia institucional en el marco del federalismo argentino.

13. — Dado que circunstancias como las examinadas en la causa pueden prorrogarse o repetirse en el futuro, la Corte Suprema entiende que su pronunciamiento no solo no se ha vuelto inoficioso, sino que debe orientar, desde lo jurídico —no desde lo sanitario—, decisiones futuras.

14. — La decisión adoptada por el Poder Ejecutivo de la Nación DNU 241/2021, de disponer la suspensión de las clases en la Ciudad de Buenos Aires entre el 15 y el 30 de abril de 2021 de manera unilateral y directa configura una intromisión, durante ese período, en las facultades que corresponden al gobierno autónomo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para dirigir el funcionamiento de su sistema escolar y resulta, por ello, contrario a la Constitución Nacional (del voto del Dr. Rosenkrantz).

15. — Dado que lo que se encuentra en juego es la organización y funcionamiento del sistema educativo a nivel local, no basta la mera invocación del bienestar general para sustentar una norma nacional como el DNU 241/2021. La consideración invocada por el Estado nacional que podría estar ligada al bienestar general ha sido, nuevamente, que la modalidad de dictado de clases en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires tendría un impacto interjurisdiccional, pero no excede lo meramente conjetural (del voto del Dr. Rosenkrantz).

16. — La obligación de respetar y acatar el proyecto de república democrática que establece la Constitución Nacional abarca a todas las autoridades de la Nación, sin distinciones (del voto del Dr. Rosenkrantz).

17. — La emergencia no nos libera del poder regulativo del derecho; las autoridades deben encarar la responsabilidad de atender los problemas que ella plantea dentro de los límites formales y sustanciales que les impone la Constitución (del voto del Dr. Rosenkrantz).

18. — La emergencia no es una franquicia para ignorar el derecho vigente. La emergencia está sujeta al derecho, en tanto también es una situación jurídicamente regulada y ella no implica en modo alguno que cualquier medida que pudiera representarse como eficaz para atender la situación sea, por esa sola razón, constitucionalmente admisible. No debe perderse de vista que la emergencia, si bien puede proporcionar la ocasión para ejercer un poder existente, no crea poderes nuevos (del voto del Dr. Rosenkrantz).

19. — Si se supusiera que el alcance transnacional de la pandemia —que, por lo demás, es conceptual y deriva de la propia calificación del fenómeno como tal— determina por sí mismo el carácter interjurisdiccional de cualquier regulación vinculada con ella, ello implicaría el desplazamiento total y absoluto de las autoridades locales en cualquier situación o aspecto de la realidad que guardase un mínimo de conexión con aquel grave problema (del voto del Dr. Rosenkrantz).

20. — La delimitación de un territorio como el Área Metropolitana Buenos Aires (AMBA) por parte de la Nación no basta para sujetarlo a la jurisdicción federal (del voto del Dr. Rosenkrantz).

21. — Nada de lo dicho en la sentencia con relación a la autonomía de la Ciudad y Buenos Aires pone en duda las potestades del gobierno nacional para tomar medidas de alcance general y uniforme con la finalidad de combatir la pandemia. El análisis se limita a resolver la cuestión de qué autoridad resulta competente para adoptar medidas sanitarias con efectos circunscriptos al interior del sistema educativo

de cada jurisdicción, a la luz de las consideraciones brindadas por el propio Estado nacional al justificar el decreto impugnado (del voto del Dr. Rosenkrantz).

22. — La Ciudad de Buenos Aires y las provincias pueden regular la apertura de las escuelas conforme con las disposiciones de la ley 26.206 y la resolución 387/21 del Consejo Federal de Educación, priorizando la apertura y la reanudación de las clases presenciales durante la emergencia sanitaria (del voto del Dr. Lorenzetti).

23. — El Estado nacional solo puede regular el ejercicio del derecho a la educación de modo concurrente con las provincias (ley 26.206), estableciendo las bases, pero no puede, normalmente, sustituirlas, ni decidir de modo autónomo apartándose del régimen legal vigente (del voto del Dr. Lorenzetti).

24. — El bloque de constitucionalidad establece un derecho humano a la educación que debe ser satisfecho en la mayor medida posible, porque es el que define las oportunidades de desarrollo de una persona (del voto del Dr. Lorenzetti).

25. — En materia de educación, cuando no hay acuerdo, es competencia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o de las provincias adoptar este tipo de decisiones específicas (del voto del Dr. Lorenzetti).

CS, 04/05/2021. - Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c. Estado Nacional (Poder Ejecutivo Nacional) s/ acción declarativa de inconstitucionalidad.

[Cita on line: AR/JUR/11763/2021]

COSTAS

En el orden causado.

CSJ 567/2021-00

Dictamen del Procurador General de la Nación interino

- I -

El Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires promovió la acción prevista por el artículo 322 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación contra el Estado Nacional, a fin de obtener que se declarara la inconstitucionalidad del art. 2° del decreto 241/2021 del Poder Ejecutivo Nacional (y de todas las disposiciones reglamentarias o complementarias dictadas o que se dicten en su consecuencia), que modificó lo dispuesto por el art. 10 del decreto 235/2021 y estableció —en su último párrafo— la suspensión del dictado de clases presenciales y las actividades educativas no escolares presenciales en todos los niveles y en todas sus modalidades, desde el 19 de abril hasta el 30 de abril de 2021, inclusive, en el ámbito del aglomerado urbano denominado "Área Metropolitana de Buenos Aires (AMBA)" definido por el artículo 3° del decreto 125/2021.

Afirmó, en lo sustancial, que la norma impugnada vulneraba: a) la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires, en razón de que —a su entender— la decisión adoptada por el Estado Nacional implicaba una virtual intervención federal, al arrogarse potestades eminentemente locales, tales como las materias de salud y educación; b) el principio de razonabilidad, toda vez que —desde su punto de vista— la suspensión de las clases presenciales dispuesta no se encontraba justificada en datos empíricos, sino que obedecía a la mera voluntad del Poder Ejecutivo Nacional; y c) el principio de supremacía de la Constitución Nacional consagrado por su art. 31.

En ese marco, adujo que el decreto en cuestión violaba de manera flagrante lo dispuesto por la Ley Fundamental, en cuanto garantiza el respeto de las autonomías de las provincias mientras estas aseguren la educación primaria (art. 5°), y garantiza y establece específicamente la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires (art. 129).

Aseveró que, con fundamento en la propagación de la segunda ola del COVID-19, el Estado Nacional hizo tabla rasa del texto y del espíritu de la Constitución Nacional para cercenar los derechos del gobierno autónomo de la Ciudad de Buenos Aires y pretender imponer, de manera inconsulta, una solución extrema que no encontraba justificación en la situación epidemiológica actual en cuanto a su real propagación en el ámbito escolar.

Destacó que el decreto de necesidad y urgencia cuestionado no presentaba ninguna prueba o estudio para justificar la decisión adoptada con relación a un territorio que, si bien es la sede del gobierno federal, tiene en materia de salud y educación sus propias facultades autónomas, que no podían ser avasalladas de manera arbitraria e injustificada.

En ese sentido, consideró inconstitucional al decreto 241/2021 por haber sido dictado sin acreditarse el requisito de necesidad. Asimismo, entendió que lo que esa norma pretendía disponer por esa vía de excepción debió hacerse con intervención del Congreso Nacional, el que no se encontraba en receso ni impedido de tratar la cuestión en forma inmediata y urgente, ni existían circunstancias excepcionales que hicieran imposible seguir los trámites ordinarios

previstos en la Constitución Nacional para la sanción de las leyes (art. 99, inc. 3°). Agregó que el decreto en cuestión suponía una forma vedada u oblicua de intervenir la jurisdicción autónoma de la Ciudad de Buenos Aires, lo cual también debía realizarse mediante la sanción de una ley del Congreso Nacional, ya que este poder no se encontraba en receso (art. 75, inc. 31, de la Constitución Nacional).

Aseguró que el Poder Ejecutivo Nacional intentaba suplantar la voluntad política del gobierno autónomo porteño que, mediante el decreto local 125/GCBA/2021, había declarado de máxima esencialidad el ámbito del Ministerio de Educación y de los establecimientos educativos, a fin de preservar su normal funcionamiento con protocolos.

Aludió a la insuficiencia de la escuela virtual para tener por cumplida la obligación de prestar el servicio de educación, y a la evidencia científica que demostraría que la falta de presencialidad ocasionaba un grave perjuicio a los niños, niñas y adolescentes en cuanto a su evolución psicológica, interpersonal y social.

Resaltó que actualmente se conocía mucho más sobre el virus y sus distintas variaciones, sus consecuencias, las personas de riesgo y, fundamentalmente, las medidas eficaces y demostradas para evitar la propagación del contagio; por ello se establecieron, de común acuerdo entre las jurisdicciones, los protocolos necesarios y suficientes para asegurar que la presencialidad escolar no impactara en el número de contagios de manera significativa; y que los estudios demostraban que la presencialidad escolar —si se respetaban los protocolos vigentes— tenía una incidencia tan mínima en el número de contagios que no se justificaba su suspensión temporaria o definitiva.

Expresó que las razones fácticas, científicas y epidemiológicas del decreto de necesidad y urgencia no alteraban lo antes expuesto y la prueba que aportó, en especial, respecto de la no necesidad del cierre de las escuelas para contener la propagación del virus; así, estimó que el real motivo de su dictado no estaría expuesto en sus fundamentos, lo que determinaba la existencia de un vicio en la motivación.

Refirió que el habitual diálogo que venían desarrollando la jurisdicción nacional y la Ciudad se vio roto sin previo aviso y en forma sorpresiva, pues el día anterior el ministro de Educación de la Nación se había reunido con los de las jurisdicciones locales y había priorizado la presencialidad escolar.

Aceptó que, si la virulencia del virus lo justificara, la restricción de la presencialidad escolar podría ser una decisión razonable, aunque consideró que, en las actuales circunstancias reales de inocuidad de aquella, no debía permitirse que los niños y adolescentes fueran privados de su derecho a recibir su formación en las escuelas.

Enumeró diversas disposiciones de los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional), como la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 26), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (art. 28), en las que se destaca la importancia del derecho a la educación, en tanto contribuye al desarrollo de la personalidad humana, el respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales, y se menciona la necesidad de adoptar medidas para fomentar la asistencia regular a las escuelas y disminuir la deserción escolar.

Destacó el rol fundamental del formato presencial en la socialización de niños y adolescentes, en la promoción de la inclusión como participación efectiva en los procesos de enseñanza y en el logro de los aprendizajes fundamentales.

Puntualizó que el Ministerio de Salud de la Ciudad, como autoridad encargada de establecer los criterios epidemiológicos necesarios para determinar las condiciones para el desarrollo de las clases presenciales, indicó que, en el marco de la resolución conjunta 1-GCABA-MEDGC/21, la evidencia actual de los efectos de la educación presencial sobre el riesgo de infecciones por coronavirus mostraba que la educación presencial no resultaba ser el principal promotor de los incrementos de la infección en la comunidad y los estudiantes no estaban expuestos a mayores riesgos de infección en las escuelas en comparación con el hecho de no asistir a ellas cuando se aplican medidas de mitigación.

Mencionó las recomendaciones de organismos internacionales como el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) y el Banco Mundial, según las cuales, frente al aumento sostenido de casos positivos de COVID-19, las escuelas debían ser lo último en cerrarse debido al impacto que producía dicha decisión en la continuidad pedagógica de los estudiantes.

Sostuvo —luego de reseñar un estudio de caso publicado en la revista *The Lancet* de marzo de este año y a una publicación de 2020 del Centro Europeo para el Control de las Enfermedades que la evidencia —tanto local como internacional— daba cuenta de que en la escuela los contagios eran infrecuentes, en tanto los casos de COVID confirmados acumulados desde el 17 de marzo al 12 de abril de este año (5.006) representaban solo el 0,71% del total de personas que asistían a las escuelas; la cantidad de burbujas aisladas (945)

era solamente el 2,1% del total; y que, de esos casos de aislamiento preventivo por contacto dentro de la misma burbuja, solo se positivizaron el 0,012%.

Subrayó que la escuela tampoco era una carga para el transporte público, ya que, según el monitoreo de datos, desde el inicio de clases en febrero de este año había caído en un 70% aproximadamente la cantidad de viajes con boleto estudiantil, lo que significaba que casi 3 de 4 familias dejaron de usar el transporte público para ir a la escuela y buscaron otras maneras de llegar a los establecimientos escolares.

Apuntó que, en un documento del Ministerio de Educación de la Ciudad actualizado al 12 de abril de este año, se destacó que variada evidencia (UNICEF, UNESCO y OMS —Organización Mundial de la Salud—) demostraba que los niños y niñas no eran actores fundamentales en la propagación del virus y eran menos vulnerables que los adultos ante potenciales contagios, así como a desarrollar formas graves de la enfermedad; por ese motivo —alegó— distintos países destacaron la importancia del retorno a la presencialidad y exhibieron los múltiples riesgos a los que quedaban expuestos los menores en un contexto de cierre generalizado de escuelas, sobre todo para aquellos estudiantes que vivían en condiciones más desfavorecidas.

Expuso que un indicador alternativo para analizar la cantidad de casos era el porcentaje de personas en edad escolar que contrajeron el virus con relación al total de contagios; en ese sentido, indicó que los niños y niñas que asistían al nivel primario representaban alrededor del 5% del total de casos positivos de COVID-19, valores que se mantenían relativamente estables hasta abril de este año, y que, desde el inicio de clases podía observarse un leve aumento en su representatividad sobre el total de casos.

En cuanto al grupo de edad que teóricamente asistía al nivel secundario (población entre 13 y 18 años) se observaba, en términos generales, una disminución en la representatividad a partir del inicio de clases respecto al comienzo del año, donde llegó a representar el 15% del total de contagiados diarios, mientras que, luego de la apertura de clases presenciales, se observaban valores estables que oscilan entre el 6 y 8% del total de contagiados.

Enfatizó que las declaraciones formuladas por los ministros de Educación y de Salud de la Nación durante el 13 y el 14 de abril de este año revelaban la falta de razonabilidad de la decisión adoptada mediante el decreto 241/2021, pues —según recalcó— ambos funcionarios se expidieron, el primero, respecto de la necesidad de sostener la modalidad presencial en las escuelas, y la segunda, en contra de las restricciones respecto de las actividades educativas presenciales.

Remarcó que la educación a distancia no era un sustituto natural de la educación presencial, y que la ausencia de esta última conllevaba —según estadísticas del Consejo de Niños, Niñas y Adolescentes y datos emanados de la Oficina de Violencia Doméstica de la Corte Suprema de Justicia de la Nación— la amenaza de dejar a los niños y niñas de la Ciudad en un estado de indefensión frente a potenciales vulneraciones de sus derechos, si se tenía en cuenta el rol fundamental de la escuela y de los agentes educativos como actores necesarios dentro del sistema de promoción y protección de derechos de los menores en el marco del principio de corresponsabilidad.

Hizo referencia, también, al impacto psicológico del aislamiento social en niños y jóvenes, según estudios que individualizó en la demanda.

Explicó que las medidas sanitarias que debieran adoptarse en los establecimientos educativos en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se encontraban reservadas a su jefe de gobierno y no al Poder Ejecutivo Nacional, por lo que no era posible avalar el ejercicio por parte del Estado Nacional de competencias que se superponían con atribuciones que ya habían sido legítimamente ejercidas por las autoridades locales de la Ciudad en uso de su autonomía.

Esgrimió que el art. 129 de la Constitución Nacional solamente limitaba la autonomía local cuando el ejercicio de las facultades locales impidiera o dificultara aquellas que ejercían las autoridades nacionales, razón por la cual, al ser la potestad de ejercer el poder de policía en materia de salud y de educación eminentemente local, no podía admitirse la intervención del poder federal en la Ciudad.

Observó que, según lo dispuesto por el artículo 2° del decreto 241/2021 (que sustituyó al art. 10 del 235/21), las provincias podían decidir sobre la continuidad o suspensión de las clases presenciales, pero la Ciudad no, lo que —a su juicio— constituía una clara violación al principio de igualdad, por evidenciar una discriminación arbitraria con relación a las restantes jurisdicciones locales que traicionaba el espíritu del federalismo y lesionaba el necesario equilibrio entre los integrantes de la República.

Reiteró la tacha de inconstitucionalidad de la norma impugnada por ser contraria al principio de razonabilidad (art. 28 de la Constitución Nacional), toda vez que la suspensión de la presencialidad en las aulas en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires no se encontraba fundada en datos empíricos ni científicos, lo que —a su criterio— demostraba que lo decidido se basaba únicamente en la voluntad del órgano emisor.

Resaltó que el decreto 241/2021, en cuanto dispuso la suspensión de clases presenciales, era violatorio del principio de supremacía federal consagrado por el artículo 31 de la Constitución Nacional por vulnerar varias de sus normas, entre ellas, y fundamentalmente, lo dispuesto por el artículo 129 en cuanto consagra la autonomía de la Ciudad.

En ese sentido, recalcó que, según el art. 121 de la Constitución Nacional, los poderes delegados por los entes locales en el gobierno federal están taxativamente enunciados en la Ley Fundamental y constituyen competencias de excepción, amplias, pero no por eso menos excepcionales; y que el decreto impugnado desconoció la facultad de adoptar las medidas sanitarias necesarias en los establecimientos educativos de la Ciudad, conferida por la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires.

Manifestó encontrarse legitimada para iniciar la acción, en tanto se planteaba la invalidez de actos que vulneraban atribuciones y poderes inherentes a la autonomía política de la Ciudad, según surgía de lo dispuesto por el art. 129 de la Constitución Nacional, y del mandato expreso a las autoridades constituidas de la Ciudad de preservar su autonomía, consagrado por el art. 6° de la Constitución local.

Explicó que se encontraban reunidos, en el caso, los recaudos legales y jurisprudenciales para la admisibilidad formal de la vía procesal intentada.

Ofreció la prueba documental que acompañó con la demanda.

Finalmente, pidió que se dictara una medida cautelar que dispusiera la inmediata suspensión de los efectos del artículo 2° del decreto 241/2021 en cuanto determinó la suspensión de las clases presenciales en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y que se ordenara al Estado Nacional abstenerse, hasta el dictado de la sentencia definitiva y firme, de llevar a cabo cualquier conducta que implicara ejecutar la norma cuestionada.

- II -

El 19 de abril de 2021, de conformidad con lo dictaminado por esta Procuración General, V.E. declaró que la causa corresponde a su competencia originaria y ordenó correr traslado de la demanda al Estado Nacional.

- III -

A fs. 458/514, el Estado Nacional contestó el traslado de la demanda, solicitó su rechazo, pidió que se desestime la medida cautelar, denunció escándalo jurídico, puso de manifiesto el interés público comprometido y desconoció la documental acompañada por el GCABA.

De modo preliminar, señaló que esta causa debería tramitar ante los tribunales inferiores de la Justicia Federal, toda vez que la instancia originaria de V.E. se encuentra taxativamente prevista para los casos que indica el artículo 117 de la Constitución Nacional, entre otros, en los asuntos en los que una provincia es parte. Por tal motivo dijo que aun cuando la Ciudad de Buenos Aires tiene un estatus especial —pues está dotada de "un régimen de Gobierno autónomo con facultades propias de legislación y jurisdicción", conforme lo previsto en el artículo 129 de la Constitución Nacional y en el Estatuto organizativo que la rige— no es una provincia de la Nación Argentina.

Expresó que el Tribunal siguió aquel criterio hasta que lo modificó en el pronunciamiento dictado en Fallos: 342:533, en el cual, según la mayoría de sus integrantes, por vía de interpretación y remitiéndose, en especial, a la doctrina del precedente "Nisman" (Fallos: 339:1342), concluyó que el texto del artículo 117 de la Constitución incluye a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

En su concepto, la única posibilidad de corregir el texto expreso de la Constitución es una reforma según el procedimiento previsto en ella, pero que, no obstante, teniendo en cuenta que V.E. ya definió que el tratamiento de estos autos corresponde a su competencia originaria, en concordancia con el criterio adoptado por la mayoría del Tribunal en Fallos: 342:533, y reiterado recientemente en otras causas, igualmente respondía el traslado conferido.

Sentado lo expuesto, al contestar los argumentos de la demanda, relató que el 11 de marzo de 2020 la Organización Mundial de la Salud (OMS) declaró al brote de virus SARS-CoV2 (COVID-19) como una pandemia, el cual se propagó con gran velocidad, empeorando la situación epidemiológica a nivel internacional, provocando que en el mundo entero se viera en una situación de altísima gravedad sanitaria. Por ello, y para hacer frente a la emergencia en nuestro país —indicó— se dictaron los decretos de necesidad y urgencia 260/20 y 297/20, por los cuales, respectivamente, se amplió la emergencia pública sanitaria establecida en la ley 27.541 y se dispuso el "aislamiento social, preventivo y obligatorio" (ASPO), durante el plazo comprendido entre el 20 y el 31 de marzo de aquel año, el que fue prorrogado sucesivamente. Asimismo, rememoró que ante el incremento de la cantidad de contagios se adoptaron otras medidas como la dispuesta en el decreto 520/2020 y sus normas modificatorias y complementarias ordenando, según el territorio, las medidas de "distanciamiento social, preventivo y obligatorio" (DISPO) y en el decreto 167/2021 que prorrogó la emergencia sanitaria

sancionada por aquella ley, ampliada por su similar 260/20, hasta el 31 de diciembre de 2021.

Destacó que al momento del dictado del decreto 241/2021 cuestionado por la CABA, la OMS confirmó 137,8 millones de casos y 2,9 millones de fallecidos, en un total de 223 países, áreas o territorios a causa de la pandemia. El 14 de abril de 2021 la tasa de incidencia acumulada para Argentina alcanzó 5.736 casos cada 100.000 habitantes, la letalidad llegó a 2,2% y la tasa de mortalidad a 1.287 fallecimientos por millón de habitantes.

Expuso que en esta "segunda ola" de contagios, el aumento de casos se registró en casi todas las jurisdicciones del territorio nacional y más del 50% de ellos se concentró en el Área Metropolitana de Buenos Aires (AMBA).

En ese contexto, manifestó que de no adoptarse medidas inmediatas para prevenir la velocidad de propagación del virus —aumentado en forma sostenida en dicha área, mayor aún que en otras del país— se genera una importante tensión en el sistema de salud en todos sus niveles, así como el riesgo de su saturación, y como consecuencia directa de ello, un previsible incremento de la mortalidad.

Tal situación —dijo— hizo necesario el dictado del DNU 235/2021, cuya finalidad fue incrementar las medidas ya adoptadas en forma directamente proporcional al crecimiento de casos, con carácter temporal e intensivo, focalizadas geográficamente y orientadas a las actividades y horarios que conllevan situaciones de mayores riesgos de circulación del virus.

Ahora bien —prosiguió— luego de transcurridos 7 días desde la adopción de esas medidas y en el marco de la evaluación diaria de la situación sanitaria y epidemiológica del AMBA, devino indispensable el dictado del decreto 241/2021, para implementar nuevas medidas focalizadas en ese territorio tendientes a disminuir la circulación de personas y, por lo tanto, la transmisión del virus.

En ese contexto, puntualizó que se dispuso en tal decreto ampliar el horario de restricción de la circulación de personas en todo el territorio del AMBA desde las 20 hasta las 6 horas del día siguiente, suspender el funcionamiento de los centros comerciales y de todas las actividades deportivas, recreativas, sociales, culturales y religiosas que se realizan en ámbitos cerrados y "suspender en el AMBA, a partir del 19 de abril y hasta el 30 de abril de 2021, inclusive, las clases presenciales en todos los niveles y en todas las modalidades, y las actividades educativas no escolares presenciales".

Al respecto, estimó que estas últimas son actividades que movilizan un número importante de personas o se desarrollan en espacios cerrados, habiéndose evidenciado un considerable incremento del uso, desde su inicio, del transporte público de pasajeros en el AMBA, lo que se reflejó, a su vez, en la expansión del virus.

Expuso que, para fundar tal decisión, se tuvo en cuenta que el grupo de personas de 6 a 17 años, entre las semanas 1 a 4 del año representaba el 5,3% del total de casos confirmados y entre las semanas 12 a 14 el 7,3% del total de casos. Añadió que al evaluar la proporción de casos que representaba cada grupo de edad sobre el total notificado, los de 13 a 18 años y de 20 a 29 años eran los que mayor aumento relativo habían presentado en las últimas semanas.

Destacó que "reconoce la importancia de la presencialidad en la actividad escolar y que por consiguiente ha tratado y trata de no afectarla, pero la situación epidemiológica en el AMBA alcanzó una gravedad tal que resultó insoslayable la adopción de medidas inmediatas y temporales". Aclaró que, asimismo, para continuar garantizando el derecho a la educación se estableció la modalidad virtual hasta el reinicio posterior, luego de transcurrido ese plazo.

Recordó que al momento del dictado del decreto 241/2021, esto es, al 15 de abril, la República Argentina había acumulado un total de 2.615.360 casos y 58.678 fallecidos, según los datos oficiales del Ministerio de Salud de la Nación, que le sirvieron de antecedente para su emisión.

Al describir los gráficos presentados en su escrito y la situación epidemiológica en el país a aquel momento, señaló que durante la "primera ola", "considerando la fecha de inicio de síntomas, el 19 de octubre de 2020 fue el día en que se registró la mayor cantidad de casos (16.451), luego se produjo un descenso, pero el número de contagios se incrementó nuevamente a partir del 14 de diciembre, para volver a descender en la segunda semana de enero. Así, a partir de la semana 7 del 2021 comenzaron a aumentar nuevamente los casos dando inicio a la denominada 'segunda ola' cuyo pico, antes del decreto mencionado, se verificó el 5 de abril del 2021 con 22.897 contagios registrados durante ese día". Asimismo, expresó que "del análisis genómico surge que en Argentina se identificaron las siguientes variantes: B.1.1.7 (UK), P.1 (linaje Manaos), P.2 (Río de Janeiro) y B.1.427 (California). Los datos de vigilancia genómica, mostraron un aumento de transmisión de variantes de interés representando aproximadamente el 10% principalmente en el área del AMBA. Se observó un aumento abrupto de casos en las dos semanas previas al dictado del Decreto N° 241/2021, comparado con las dos semanas anteriores, en todas las regiones".

Agregó que la situación en las jurisdicciones siguió siendo heterogénea, teniendo en cuenta la evolución observada en cada brote, las dinámicas propias de cada área con relación a la demografía y la respuesta que pudo dar el sistema de atención para hacer frente a la epidemia y que, si bien el aumento se evidenció en la mayoría de las jurisdicciones, resultó más significativo en el AMBA y en aquellos centros donde la densidad poblacional es más alta. Añadió que este año, en comparación con el 2020, el número de casos fue mucho mayor "si se toma en cuenta el aumento porcentual semana a semana, de la semana epidemiológica 11 a la 12, los casos aumentaron un 37%, y de la 12 a la 13 un 40% (alcanzando en algunas regiones como el AMBA y Cuyo, aumentos mayores al 50% en una semana)".

En cuanto al análisis epidemiológico por la presencialidad en las escuelas, consideró importante diferenciar entre los riesgos individuales y los colectivos. Señaló que, en los primeros, el riesgo en la presencialidad escolar podría ser bajo si se acompaña y garantiza el adecuado cumplimiento de las medidas de prevención (uso correcto de barbijo, distanciamiento, higiene de manos, higiene respiratoria, ventilación adecuada, identificación temprana y aislamiento de los casos y cuarentena de contactos), pero en este supuesto debe tenerse en cuenta que, en un contexto de aumento de transmisión comunitaria del virus, todos los asistentes a establecimientos escolares tienen más probabilidad de enfermar cuanto más circulen, por lo que el bajo riesgo mencionado anteriormente, aumenta en áreas de alta transmisión. Con referencia a los segundos (riesgos colectivos) se evidencia que "cuanto mayor es la circulación de personas mayor es la transmisión del virus, esto es aún más pronunciado cuando la prevalencia es más alta".

Desde esa perspectiva, analizó la curva epidemiológica en el grupo de población escolar, observando que, "desde el comienzo del ciclo lectivo, se ha producido un aumento exponencial del número de casos, similar —y aún mayor— a lo observado en la curva de la población en general", esto "independientemente de que las instituciones escolares sean consideradas espacios de bajo riesgo INDIVIDUAL —ello a condición del adecuado cumplimiento de los protocolos— el riesgo individual bajo aumenta cuando se incrementa la prevalencia de la enfermedad en la población".

Así pues, de la descripción de los gráficos que presentó concluyó que "si consideramos el aumento proporcional según edad, comparando las 2 semanas previas al inicio de clases y las dos semanas anteriores al DNU N° 241/2021, se observa que los grupos de edad escolar presentan un aumento proporcional mayor al resto de las edades. Esto es esperable, debido a la mayor circulación de estos grupos de edad, en áreas de alta transmisión viral". "Cuando se analizan las curvas epidémicas de la población general, y la de menores de 20 años, se puede observar cómo en 2020, cuando aumentaron los casos en la población general, los casos en menores de 20 años aumentaron en menor proporción; a diferencia de lo observado en esta 'segunda ola de COVID-19', en donde el grupo de menores de 20 años aumenta, incluso proporcionalmente más que la población general". "Si aumentamos la escala en 10 veces, para los casos en menores de 20 años, se puede observar cómo en el 2020, el aumento de este grupo de edad se mantuvo siempre por debajo del aumento de la población en general, y actualmente presenta un aumento mayor".

Por lo antedicho, y ante la imposibilidad de separar el riesgo individual de lo colectivo, observó: "Crecimiento exponencial de casos con alta velocidad de aumento. Incremento también veloz de circulación de nuevas variantes (más transmisibles, posiblemente de más gravedad y afectación de grupos etarios más jóvenes). Aumento de la utilización de transporte público, desde el inicio de las clases (con presencialidad restringida). Más de 3 millones de niños y niñas en edad escolar y 300.000 docentes y no docentes, sumado a los acompañantes, que se movilizan (dependiendo del porcentaje de presencialidad), diariamente".

Así las cosas, aseveró que el decreto 241/2021, desde el punto de vista jurídico de la necesidad y urgencia, cumple con los tres criterios establecidos por la doctrina mayoritaria: es una medida adecuada, porque sirve para disminuir la circulación y, con ello, contagios; es necesaria (menos lesiva), ya que de no recortarse la circulación en forma sustantiva, la saturación del sistema de atención de la salud y el riesgo directo o indirecto para la vida de millones de personas es concreto y palpable; y es proporcional (en sentido estricto) a la gravedad de la pandemia, en tanto hace prevalecer el derecho a la vida y a la salud, ante la presencialidad educativa —que es reemplazada, temporalmente, por la modalidad virtual—.

Reiteró, sobre la base de los informes sanitarios aportados por el Ministerio de Salud de la Nación, que el aumento de la curva de contagios fue exponencial en las últimas semanas, generando un riesgo cierto de saturación del sistema sanitario, constatándose de este modo, que a mayor circulación de personas se incrementa la velocidad de contagios, lo que hizo indispensable la adopción de medidas que redujeran la movilidad de las personas y con ello la transmisión del virus.

En ese marco, consideró que las restricciones adoptadas por el decreto cuestionado configuraron el medio idóneo para evitar el colapso del sistema sanitario producto del aumento desmedido de casos de COVID-19 y para resguardar de ese modo la salud

pública y que ello fue el fundamento de decidir, entre otras medidas, suspender temporalmente la presencialidad de las clases.

Añadió que la razonabilidad de la norma se encuentra cimentada en los hechos que le han dado origen (situación epidemiológica, crecimiento exponencial de los contagios, el aumento de la ocupación de camas de terapia intensiva) y por la necesidad de salvaguardar el interés público comprometido, concretamente, la vida y la salud de la población.

Asimismo dicha medida, en su concepto, resulta proporcional a los fines que se procura alcanzar, puesto que, en cuanto al punto particular cuestionado por la actora, observó que la suspensión temporal de la presencialidad no implica una interrupción de las clases, porque ellas continuarán en la modalidad virtual; ello, sumado al hecho de que configura una medida limitada en su duración, conforme lo prescribe el mismo decreto 241/2021.

Por su parte, recalcó que dicha suspensión se funda en la necesidad de reducir la movilidad de la gran cantidad de personas (docentes, no docentes, alumnos y acompañantes) que genera la presencialidad de las clases, ampliando, también, la restricción de la circulación en el horario nocturno y en la atención de los comercios, coherentemente, con el fin de reducir la circulación de personas.

Concluyó que, de este modo, se compatibiliza el deber de resguardar el derecho a la salud, a la vida y a la educación, esto es que la limitación temporal resulta proporcionada y razonable con el fin perseguido con la norma.

Expuso que "garantizar el derecho a la educación, en este contexto, ha sido uno de los objetivos fundamentales del Gobierno Nacional, en tanto se han adoptado otras medidas de trascendencia destinadas a garantizar el acceso a la educación virtual y/o a los medios tecnológicos que la facilitan, a través del dictado del DNU N° 690/2020 y las consecuentes resoluciones del ENACOM. De esta manera se buscó asegurar el acceso a la conectividad dada la necesidad imperiosa de estos tiempos de ejercer el trabajo, la educación, la medicina, entre otras actividades, mediante la modalidad virtual; remarcando que la educación es uno de los pilares fundamentales para el dictado del decreto que declaró esenciales a los servicios de información y comunicación".

Señaló que la evaluación que justifica el dictado del decreto 241/2021 se sustenta en informes del Ministerio de Salud de la Nación —organismo que monitorea la evolución de la pandemia de manera permanente— y que, en cambio, la actora pretende respaldar las afirmaciones que formula en el escrito de demanda en un glosario de documentos que presuntamente provendrían, en su mayor parte, de páginas institucionales de diversas entidades públicas y privadas, sin que se encuentren refrendados por autoridades competentes o por profesionales con incumbencias en las materias abordadas. Por tal motivo, entendió que no se puede otorgar a estos documentos valor probatorio alguno.

En cuanto al poder de policía del Estado Nacional en materia de salubridad, sostuvo que la ley 27.541 que declaró la emergencia pública, entre otras, en materia sanitaria y las normas que se dictaron en su consecuencia (decretos 260/2020 y 167/2021), otorgan un marco jurídico a su ejercicio por parte del Gobierno Federal, encuadrándolo en la propia Constitución Nacional y en las normas que declararon la emergencia sanitaria.

Citó jurisprudencia que, desde nuestros albores institucionales, destacó que la salud pública es el mayor bien de la sociedad y añadió que una medida como la cuestionada, solo restringe la presencialidad en las escuelas por un lapso acotado en el tiempo, pero no implica la suspensión de las actividades educativas —las cuales pueden continuar por vía virtual—, a raíz de una situación de gravedad tal que ha generado una crisis a nivel mundial.

En lo que atañe al ejercicio del poder de policía por parte de las distintas jurisdicciones y de la Nación, entendió que no cabe considerarlo exclusivo de las provincias ya que es evidente que, para atender a los fines superiores del Estado Federal en su conjunto, la Nación requiere esas potestades como herramientas indispensables de gobierno. Agregó que en determinadas competencias el poder es concurrente y que, si existiera un interés federal en determinada materia y el criterio de las autoridades locales resultara incompatible con el del poder federal, prevalecería este último de acuerdo con el artículo 31 de la Constitución

Nacional. Recordó que la doctrina también ha dicho que cuando haya colisión entre dos legislaciones de atribuciones concurrentes no cabe ninguna duda de que la norma nacional debe primar sobre la local.

Consideró que, ante la propagación del virus que amenaza la salud de la población, las medidas implementadas por el Gobierno Federal (en el caso, el Poder Ejecutivo, en virtud de sus potestades constitucionales y de las que le otorgó el Congreso Nacional mediante la ley 27.541) resultan plenamente justificadas en pos del bien común de la Nación. Señaló que ese ejercicio se ha traducido en un plexo normativo conformado por disposiciones legales y normas de ese rango dictadas por el Poder Ejecutivo Nacional con fundamento en las atribuciones conferidas por el artículo 99, inciso 3°, de la Constitución Nacional, que

gozan de la primacía que consagra el artículo 31 de la Carta Magna en favor de la normativa federal.

Por otra parte, puso de resalto el carácter interjurisdiccional del decreto 241/2021, en cuanto sus previsiones en materia sanitaria alcanzan a la Ciudad de Buenos Aires y a una porción considerable —la más densamente poblada— de la Provincia de Buenos Aires, conglomerado que se identifica como AMBA. En este sentido, señaló que la problemática sanitaria generada por la pandemia del COVID-19 no reconoce fronteras internas y que la circulación masiva de personas entre el Gran Buenos Aires y la Ciudad de Buenos Aires constituye un fenómeno de la vida cotidiana e involucra el desplazamiento de personas pertenecientes a la comunidad educativa.

Expresó que las medidas adoptadas buscan proteger la vida y la salud a nivel nacional, y para ello, se puso especial énfasis en el área geográfica conocida como AMBA, por ser la región de mayor concentración de población y por ende de mayor circulación del virus. De modo que, si no se implementan las medidas necesarias, ello impactará inevitablemente hacia el resto de la población.

Añadió que, en la medida en que las decisiones sanitarias no afecten la salud de la población a nivel nacional o de las restantes jurisdicciones, pueden resultar de competencia propia de CABA. Sin embargo, cuando la acción o inacción de las autoridades locales trascienda de forma cierta, probable o inminente a otras jurisdicciones, suscita la competencia federal por la interjurisdiccionalidad de la situación configurada.

Señaló que CABA ha consentido todos y cada uno de los decretos dictados entre los años 2020 y 2021, anteriores al decreto 241/2021, sin cuestionar la competencia del Poder Ejecutivo Nacional en materia sanitaria con fundamento en la calificación de pandemia por parte de la Organización Mundial de la Salud (OMS) y la preocupación por la amenaza del virus. En este sentido, advirtió que las autoridades de CABA consintieron la constitucionalidad de aquellas medidas, incluso más restrictivas que la adoptada por el decreto 241/2021 respecto de la presencialidad en las escuelas y recordó que el "aislamiento social preventivo obligatorio" (ASPO) que rigió durante largos meses en el año 2020, implicó restricciones mucho más intensas que las actuales.

En el mismo orden de ideas, sostuvo que todas las medidas enmarcadas en la pandemia por COVID-19, siempre tuvieron en miras la protección de la vida y la salud de la población, disponiendo restricciones de derechos en favor del interés común. Tales normas no fueron controvertidas por la actora, ni tampoco la que restringió la posibilidad de dar enseñanza presencial en el 2020. Consideró que resulta incoherente —desde una perspectiva no solo jurídica, sino también política e institucional— que en este momento crucial, en que la situación epidemiológica se agravó con motivo de la "segunda ola" de contagios, la actora impugne esta medida, cuando durante el año pasado consintió otras de igual tenor, o aún más intensas, en un escenario más benevolente, atento a la menor cantidad de casos registrados en comparación con los actuales.

Por ello, entendió que, si con una menor tasa de contagio y de muertes por COVID-19, la restricción de la presencialidad fue válida en el pasado para la actora, más aún debería serlo ante el contexto actual. Ha existido una conducta voluntariamente asumida por la accionante, jurídicamente relevante, que ahora no puede contradecir sin ponerse en una situación palmariamente incompatible con su postura anterior.

Tras aclarar el estatus jurídico que —a su entender— tiene asignada la Ciudad por la Ley Fundamental, destacó que el dictado del decreto impugnado no apareja vulneración alguna de la autonomía que el artículo 129 de la Constitución Nacional le confirió al GCBA, por cuanto la medida dictada responde al ejercicio del poder de policía que en materia sanitaria tiene el Estado Nacional en el ámbito federal, en función de su rol de garante del bien común de la Nación.

A su criterio, ello no es incompatible con el ejercicio del poder de policía que compete a las autoridades del GCBA en aspectos atinentes a la esfera del derecho público estrictamente local, mas advirtió que ellas no pueden, mediante su actuación u omisión, poner en crisis las medidas adoptadas por el Gobierno Federal para prevenir el riesgo a la salud y la vida de la población del país en su conjunto y, en este caso en particular, de los habitantes del AMBA.

En cuanto a la intervención federal que esgrime la actora, adujo que el decreto 241/2021 no encuadra en dicho instituto ni produce efectos siquiera lejanamente asimilables a los que son propios de esa figura. Aseveró que la norma cuestionada solo traduce un ejercicio razonable del poder de policía en materia sanitaria en la esfera federal y no implica desplazamiento de las autoridades locales, cuyas atribuciones (con el estricto alcance que les confieren el artículo 129 de la Constitución Nacional y su propio Estatuto Organizativo) en modo alguno se han visto menoscabadas, pues el alcance nacional de la problemática inherente al COVID-19 suscita la competencia federal sobre la materia.

Con respecto a la medida cautelar solicitada por la accionante tendiente a que se ordene la inmediata suspensión de los efectos del art. 2° del decreto 241/2021, alegó que resulta evidente su inadmisibilidad, sea que se califique a la medida como suspensiva o innovativa (positiva, en los términos de la ley

26.854). Puso de relieve que se trata de una auténtica pretensión positiva —que requiere mayor rigurosidad en la apreciación de los recaudos—, ya que además de la suspensión de los efectos del acto de gravamen (negativo), su dictado implicaría una actividad positiva en cabeza de la Administración Nacional, que modificaría la situación de hecho y de derecho existente al tiempo de su dictado, afectando además directamente los intereses de la Provincia Buenos Aires e indirectamente los de toda la Nación, por cuanto los efectos disvaliosos que se produzcan en el AMBA se extenderán a la población en general.

Con fundamento en los argumentos desarrollados para avalar la constitucionalidad de la norma impugnada y su razonabilidad, sostuvo que surge de modo prístino que no existe arbitrariedad o ilegalidad manifiesta. Reiteró que el decreto 241/2021 fue dictado por el Poder Ejecutivo de conformidad con el régimen constitucional y legal aplicable y que no presenta un vicio ostensible, notorio y grave, requisitos necesarios para la admisibilidad de la medida cautelar peticionada en ese marco.

Consideró, así, que no están comprobados los requisitos para acceder al dictado de una medida excepcional como lo es una cautelar innovativa o positiva. Añadió que, aun si se estimara que la medida reclamada por la actora fuera la simple suspensión de los efectos de un acto, tampoco sería viable, porque no se comprueba ilegalidad en el accionar del Estado Nacional, ni un peligro en la demora que requiera una tutela urgente. Por el contrario, entendió que el peligro se configuraría para la población del AMBA si se concediera la pretensión cautelar.

Asimismo, esgrimió que el resultado práctico del pedido cautelar conlleva el anticipo de una eventual sentencia sobre el fondo, afectando el objeto del pleito con menoscabo de las garantías de defensa e igualdad entre las partes. Tampoco se acreditaron debidamente la existencia de verosimilitud en el derecho invocado, el peligro irreparable en la demora, ni la ausencia de afectación del interés público comprometido que se cristaliza en la defensa de la salud pública.

Finalmente, solicitó que se cite como tercero a la Provincia de Buenos Aires, en los términos del art. 94 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, pues consideró que cualquier decisión que se adopte con respecto al decreto 241/2021 tendrá efectos ineludiblemente sobre la esfera de dicha provincia. También desconoció toda la prueba documental acompañada por la actora por no constarle su autenticidad ni su contenido.

- IV -

El 27 de abril de 2021, V.E. rechazó a la citación como tercero de la Provincia de Buenos Aires solicitada por el Estado Nacional, corrió traslado por 48 hs. de la prueba documental acompañada por este último y ordenó el pase de las actuaciones a esta Procuración General, haciendo saber que debían ser devueltas en el plazo de 72 horas.

- V -

Liminarmente, corresponde señalar que la pretensión de la actora se encuentra dirigida a cuestionar la validez constitucional del decreto 241/2021 —en especial, de su art. 2°, parte final—, del 15 de abril de 2021.

Al respecto, no es ocioso recordar que esta pretensión, en tanto no tenga carácter simplemente consultivo, no importe una indagación meramente especulativa y responda a un "caso" que busque precaver los efectos de un acto en ciernes, constituye causa en los términos de la Ley Fundamental (Fallos: 308:2569; 310:606 y 977; 311:421, entre otros).

Sobre la base de estas premisas, entiendo que se encuentran reunidos los requisitos establecidos por el artículo 322 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación pues mediante el art. 2°, parte final, de dicho decreto, el Poder Ejecutivo Nacional ordena la suspensión del dictado de clases presenciales y las actividades educativas no escolares presenciales en todos los niveles y en todas sus modalidades, desde el 19 de abril hasta el 30 de abril de 2021, en el aglomerado del "Área Metropolitana De Buenos Aires" (AMBA), según está definido en el artículo 3° del decreto 125/2021.

En mi parecer, dicha orden, a la que la actora atribuye ilegitimidad y lesión al régimen de autonomía de la Ciudad, representa una conducta explícita de la demandada, con entidad suficiente para sumir a la peticionante en un "estado de incertidumbre sobre la existencia, alcance y modalidad de una relación jurídica", entendiéndose por tal a aquella que es concreta al momento de dictarse el fallo.

Tal concreción se verifica en autos, a poco que se repare que con el dictado del decreto de necesidad y urgencia cuestionado se han producido la totalidad de los presupuestos de hecho necesarios para la declaración acerca de la existencia o inexistencia del derecho discutido, condición bajo la cual puede afirmarse que el fallo aquí a dictarse pondrá fin a una controversia actual, diferenciándose de una consulta en la cual se responde acerca de la eventual solución que podría acordarse a un supuesto de hecho hipotético (arg. dictamen de este Ministerio Público *in re* "Newland, Leonardo A. c. Provincia de Santiago del Estero", del 4 de diciembre de 1986, compartido por V.E. en Fallos: 310:606, cons. 2°, criterio reiterado en Fallos: 311:421, cons. 3°).

En el marco de lo expuesto, en mi parecer, se encuentran reunidos la totalidad de los requisitos fijados por el artículo 322 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación para la procedencia formal de la acción intentada.

Finalmente, considero que esa Corte sigue siendo competente para entender en esta causa, a tenor de lo ya dictaminado por este Ministerio Público.

- VI -

Estimo necesario recordar que en el marco de los decretos 260/20 y 297/20 y las normas complementarias que se dictaron para contener el avance de la pandemia desatada por el COVID-19, el decreto 576/20 dispuso que las clases presenciales permanecieran "suspendidas en todos los niveles y en todas sus modalidades hasta tanto se disponga el reinicio de las mismas en forma total o parcial, progresiva o alternada, y/o por zonas geográficas o niveles o secciones o modalidades, previa aprobación de los protocolos correspondientes. El Ministerio de Educación de la Nación establecerá para cada nivel y modalidad los mecanismos y autoridades que podrán disponer el reinicio de las clases presenciales y la aprobación de protocolos, de conformidad con la normativa vigente" (art. 9°).

Posteriormente, mediante la resolución 423/2020 del Ministerio de Educación de la Nación, se creó el Consejo Asesor para la Planificación del Regreso Presencial a las Aulas que, entre otras funciones, debía asesorar en lo atinente a la planificación y adopción de normas generales y de alcance federal, a fin de que el regreso de los estudiantes, docentes, personal directivo y no docente de los establecimientos educativos de todos los niveles contara con fundamentos basados en criterios técnicos y científicos, para lo cual debían considerarse también experiencias internacionales y la evolución de la pandemia en cada jurisdicción.

Aquel órgano también tenía la misión de elaborar protocolos de alcance federal que establecieran las condiciones para el reinicio de las clases presenciales, las exigencias en torno al distanciamiento social, normas de seguridad e higiene y elementos de cuidado, y brindar información y recomendaciones sobre las medidas de actuación frente a la presencia de casos sospechosos o diagnosticados en las aulas, conforme a los lineamientos de la autoridad sanitaria nacional.

En cumplimiento de aquellas directivas, el Comité Técnico Multidisciplinario del Consejo Asesor elaboró recomendaciones y determinó las condiciones para la reapertura de las escuelas, considerando que ella debe guiarse por el interés superior del estudiante y por aspectos generales de salud pública. Tras el análisis de las recomendaciones y la ponderación de lineamientos que encuadran pedagógicamente el retorno a las clases presenciales, el Consejo Federal de Educación dictó la resolución 364/2020 que aprueba el anexo I "Protocolo Marco y Lineamientos Federales para el Retorno a Clases Presenciales en la Educación Obligatoria y en los Institutos Superiores" (art. 1°). Asimismo, se acordó la presentación del "Plan Jurisdiccional de Retorno a Clases Presenciales" ante el Ministerio de Educación de la Nación de conformidad con el protocolo aprobado, contemplando toda definición que se considere pertinente proponer en la implementación específica en cada jurisdicción. Finalmente, estableció que los planes jurisdiccionales que se presentaran debían tener la aprobación de la máxima autoridad educativa y de la autoridad sanitaria que se designara como responsable de avalar el protocolo sanitario de cada jurisdicción (art. 5°).

El Protocolo Marco expresó inicialmente que tiene aplicación en los establecimientos educativos de todos los niveles y modalidades de Educación Obligatoria y en los institutos superiores, estableciendo un conjunto de pautas de trabajo que promueven un ordenamiento en las actividades inherentes al retorno a las clases presenciales, basadas en criterios sanitarios y de higiene y seguridad, así como de organización escolar y pedagógica.

Entre los lineamientos generales para la reapertura de las actividades presenciales, menciona el establecimiento de criterios de implementación en cada jurisdicción según la situación o fase epidemiológica que transita y la generación de un plan en conjunto con la comunidad educativa para evaluar posibilidades de implementación por niveles y modalidades.

Seguidamente, al considerarse necesario y conveniente precisar los alcances de los protocolos vigentes, a fin de adecuar las decisiones jurisdiccionales en el sector educativo con las de otros sectores, el Consejo Federal de Educación dictó la resolución 370/2020. Allí se destacó que los integrantes del Consejo Asesor para la planificación del regreso presencial a las aulas elaboraron una guía de análisis y evaluación de riesgo para el desarrollo de actividades presenciales y revinculación en las escuelas en el contexto de COVID-19, conteniendo un conjunto de elementos para el análisis jurisdiccional junto con indicadores epidemiológicos y otras condiciones que deberían tenerse en cuenta para la adopción de decisiones jurisdiccionales.

Mediante el art. 24 del decreto 67/2021 se dispuso que "Podrán reanudarse las clases presenciales y las actividades educativas no escolares presenciales de acuerdo a los parámetros de evaluación, estratificación y determinación del nivel de riesgo epidemiológico y condiciones establecidas en las Resoluciones

N° 364 del 2 de julio de 2020 y N° 370 del 8 de octubre de 2020 del Consejo Federal de Educación, sus complementarias y modificatorias".

Dicha norma añadió que, en todos los casos, "se deberá actuar de acuerdo a los protocolos debidamente aprobados por las autoridades correspondientes" y que la efectiva reanudación en cada jurisdicción fuera decidida por las autoridades provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires según corresponda, quienes podrán suspender las actividades y reiniciarlas conforme la evolución de la situación epidemiológica, de conformidad con la normativa vigente. En cuanto al uso del servicio público de transporte de pasajeros urbano, interurbano e interjurisdiccional, exceptuó de la prohibición a ese solo efecto al personal directivo, docente y no docente, y los alumnos que asistan a clases presenciales y a actividades educativas no escolares presenciales que se hubieran reanudado.

A su turno, el Consejo Federal de Educación dictó las resoluciones 386/2021 y 387/2021 a fin de precisar los protocolos vigentes, ajustando la normativa al marco de análisis de riesgo epidemiológico y sanitario establecido en el decreto 67/2021 citado y, asimismo, efectuando un proceso de revisión integral de la organización funcional de las instituciones educativas, en lo concerniente a sus tiempos, espacios y conformación de agrupamientos para el trabajo pedagógico en todos los niveles y modalidades del sistema educativo.

En ambas resoluciones se destaca, en primer lugar, que en todas las jurisdicciones debe priorizarse el sostenimiento de clases presenciales en todos los niveles y modalidades de la educación obligatoria de acuerdo con el nivel de riesgo de los distintos aglomerados urbanos, partidos o departamento, pueblos o parajes, bajo condiciones de seguridad sanitaria. En particular, la resolución 386/2021 determina que "Cada jurisdicción establecerá sus propios protocolos adecuados a sus particularidades y orientaciones específicas, manteniendo como piso mínimo las definiciones establecidas a nivel federal".

Considero que esta normativa, en definitiva, refleja los cambios, reorganizaciones y adecuaciones que los marcos de actuación, los protocolos y planes de organización escolar requieren en este contexto excepcional, teniendo en cuenta la heterogeneidad y especificidad de cada jurisdicción.

- VII -

Bajo este prisma, pienso que debe estudiarse la pretensión de la actora, quien solicita la declaración de inconstitucionalidad del decreto de necesidad y urgencia 241/2021 y de toda disposición reglamentaria o complementaria dictada o que se dicte en su consecuencia en punto a la suspensión de clases presenciales y las actividades educativas no escolares presenciales en todos los niveles y en todas sus modalidades, desde el 19 hasta el 30 de abril —inclusive— de 2021, en el ámbito de su jurisdicción.

A fin de resolver tal cuestión, considero necesario efectuar una breve reseña de las normas en ella involucradas.

El 8 de abril de este año, el Poder Ejecutivo Nacional —con invocación de las atribuciones conferidas por el artículo 99, incisos 1° y 3°, de la Constitución Nacional— dictó el decreto 235/2021 (publicado en el Boletín Oficial del mismo día) con el objeto de "establecer medidas generales de prevención y disposiciones locales y focalizadas de contención, basadas en evidencia científica y en la dinámica epidemiológica, que deberán cumplir todas las personas, a fin de mitigar la propagación del virus SARS-CoV-2 y su impacto sanitario, hasta el 30 de abril de 2021, inclusive" (v. art. 1°).

En los considerandos de ese decreto, señaló —entre otras cuestiones— que "la tasa de incidencia acumulada para Argentina es de 5280 casos cada 100.000 habitantes, la tasa de letalidad disminuyó levemente, siendo de dos coma tres por ciento (2,3 %) y la tasa de mortalidad es de mil doscientos treinta y nueve (1239) fallecimientos por millón de habitantes; que "actualmente, el aumento de casos se registra en casi todas las jurisdicciones y más del sesenta por ciento (60%) de los nuevos casos corresponden al Área Metropolitana de Buenos Aires (AMBA); y que "ante la actual situación epidemiológica, las medidas de prevención de COVID-19 se deben fortalecer en todo el territorio nacional, evaluando las particularidades de cada partido o departamento, la dinámica de la epidemia y el conocimiento adquirido acerca de las actividades de mayor riesgo".

Advirtió también que "ante el acelerado aumento de casos, se deben implementar medidas temporarias, intensivas, focalizadas geográficamente y orientadas a las actividades y horarios que conllevan mayores riesgos"; y que "las actividades que implican un significativo aumento de la circulación de las personas así como aquellas que se dan en espacios cerrados, mal ventilados o que implican aglomeración de personas y no permiten respetar las medidas de distanciamiento y el uso adecuado de barbijo, conllevan alto riesgo de transmisión del virus SARS-CoV-2".

Más adelante, indicó que "cada jurisdicción deberá implementar estrategias específicas y adaptadas a la realidad local en relación con la prevención, atención, monitoreo y control de su situación epidemiológica y deberá identificar las actividades de alto riesgo, según la evaluación de riesgos en el ámbito regional correspondiente", y que "asimismo, resulta fundamental el control por parte de las jurisdicciones

del cumplimento de las medidas aquí definidas y de aquellas implementadas específicamente en cada jurisdicción".

También resaltó que "de acuerdo a las evidencias que nos brindan los guarismos señalados, al análisis de los indicadores epidemiológicos de todas las zonas del país, a la consulta efectuada a los expertos y a las expertas en la materia, al diálogo mantenido con los Gobernadores y las Gobernadoras de Provincias, con el Jefe de Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con las Intendentas y los Intendentes y en el marco del Plan Estratégico desplegado por el Estado Nacional, se entiende que siguen conviviendo distintas realidades que deben ser abordadas de forma diferente, en materia epidemiológica, en nuestro país".

Posteriormente, destacó que "la dinámica actual de la transmisión y la aparición de nuevos casos se origina principalmente en actividades sociales y recreativas nocturnas que implican contacto estrecho prolongado, en espacios cerrados con escasa ventilación o abiertos con aglomeración de personas que dificultan el uso de tapabocas/ nariz y el mantenimiento de la distancia física, y conllevan alto riesgo de transmisión, en especial en los grupos de personas que luego se constituyen en agentes de contagio hacia los grupos de mayor riesgo", y agregó que "esta situación se puede ver agravada por el consumo de alcohol ya que el mismo facilita el relajamiento del cumplimiento de las reglas de conducta y distanciamiento", razón por la cual estimó que "con el objetivo de disminuir los contagios, es necesario adoptar medidas respecto de este tipo de actividades, las cuales por lo general se realizan en horario nocturno. Por ello, en los lugares de 'Alto Riesgo Epidemiológico y Sanitario' se establece la restricción de circular para las personas, entre las cero horas y las seis horas del día siguiente, previéndose a dicho fin que los locales gastronómicos deban permanecer cerrados entre las veintitrés horas y las seis horas del día siguiente", al tiempo que aclaró que "se faculta a los Gobernadores, a las Gobernadoras y al Jefe de Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para establecer medidas adicionales a las previstas en la presente norma, en forma temporaria, proporcional y razonable, siendo responsables del dictado de dichas restricciones en virtud de la evaluación sanitaria de los departamentos o partidos de la jurisdicción a su cargo".

En ese marco, y en lo que interesa a la cuestión en examen, en el artículo 10 del decreto 235/2021 se dispuso: "Se mantendrán las clases presenciales y las actividades educativas no escolares presenciales dando efectivo cumplimiento a los parámetros de evaluación, estratificación y determinación del nivel de riesgo epidemiológico y condiciones establecidas en las Resoluciones N° 364 del 2 de julio de 2020, 370 del 8 de octubre de 2020, 386 y 387 ambas del 13 de febrero de 2021 del Consejo Federal de Educación, sus complementarias y modificatorias.

"En todos los casos se deberá actuar de acuerdo a los protocolos debidamente aprobados por las autoridades correspondientes.

"Los Gobernadores y las Gobernadoras de Provincias y el Jefe de Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, según corresponda, podrán suspender en forma temporaria las actividades y reiniciarlas, conforme a la evaluación del riesgo epidemiológico, de conformidad con la normativa vigente.

"El personal directivo, docente y no docente y los alumnos y las alumnas —y su acompañante en su caso—, que asistan a clases presenciales y a actividades educativas no escolares presenciales, quedan exceptuados y exceptuadas de la prohibición del uso del servicio público de transporte de pasajeros urbano, interurbano e interjurisdiccional, según corresponda y a este solo efecto, conforme con lo establecido en las resoluciones enunciadas."

El 15 de abril de este año el Poder Ejecutivo Nacional —nuevamente, con invocación de las atribuciones conferidas por el artículo 99, incisos 1° y 3°, de la Constitución Nacional—, dictó el decreto 241/2021 (publicado en el Boletín Oficial del día siguiente), mediante el cual introdujo un conjunto de modificaciones al decreto 235/2021, entre ellas, en lo que interesa a este caso, al artículo 10, cuyo texto quedó redactado así: "Se mantendrán las clases presenciales y las actividades educativas no escolares presenciales en todo el país, salvo las excepciones dispuestas en el presente decreto o que se dispongan, dando efectivo cumplimiento a los parámetros de evaluación, estratificación y determinación del nivel de riesgo epidemiológico y condiciones establecidas en las Resoluciones N° 364 del 2 de julio de 2020, 370 del 8 de octubre de 2020, 386 y 387 ambas del 13 de febrero de 2021 del Consejo Federal de Educación, sus complementarias y modificatorias.

"En todos los casos se deberá actuar de acuerdo a los protocolos debidamente aprobados por las autoridades correspondientes.

"Los Gobernadores y las Gobernadoras de Provincias y el Jefe de Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, según corresponda, podrán suspender en forma temporaria las actividades, conforme a la evaluación del riesgo epidemiológico, de conformidad con la normativa vigente. Solo en caso de haber dispuesto por sí la suspensión de clases, podrán disponer por sí su reinicio, según la evaluación de riesgo.

"El personal directivo, docente y no docente y los alumnos y las alumnas —y su acompañante en su

caso—, que asistan a clases presenciales y a actividades educativas no escolares presenciales, quedan exceptuados y exceptuadas de la prohibición del uso del servicio público de transporte de pasajeros urbano, interurbano e interjurisdiccional, según corresponda y a este solo efecto, conforme con lo establecido en las resoluciones enunciadas.

"Establécese, en el aglomerado del Área Metropolitana de Buenos Aires (AMBA), según está definido en el artículo 3° del Decreto N° 125/2021, la suspensión del dictado de clases presenciales y las actividades educativas no escolares presenciales en todos los niveles y en todas sus modalidades, desde el 19 de abril hasta el 30 de abril de 2021, inclusive."

En los considerandos del decreto 241/2021, mencionó que "al 14 de abril de 2021, la tasa de incidencia acumulada para Argentina es de cinco mil setecientos treinta y seis (5736) casos cada cien mil (100.000) habitantes; la tasa de letalidad alcanza a dos coma dos por ciento (2,2%) y la tasa de mortalidad es de mil doscientos ochenta y siete (1287) fallecimientos por millón de habitantes", y que "actualmente, el aumento de casos se registra en casi todas las jurisdicciones del territorio nacional y más del cincuenta por ciento (50%) de los nuevos casos se concentran en el Área Metropolitana de Buenos Aires (AMBA)".

Subrayó que "luego de siete días de dictado el Decreto N° 235/2021 y en el marco de la evaluación diaria de la situación sanitaria y epidemiológica del Área Metropolitana de Buenos Aires (AMBA), se ha adoptado la decisión de implementar nuevas medidas focalizadas en este territorio tendientes a disminuir la circulación de personas y, por lo tanto, la circulación del virus. El crecimiento exponencial de contagios que se ha observado en los últimos días, proyectado hacia las próximas semanas, evidencia un panorama inquietante con riesgo de saturación del sistema de salud y de aumento de la mortalidad, lo que amerita el establecimiento de medidas urgentes destinadas a evitar estas gravosas consecuencias".

Así, justificó la adopción de medidas relativas al horario de restricción de la circulación de personas, al horario de cierre de bares, restaurantes y locales comerciales en general y a la suspensión del funcionamiento de shoppings y centros comerciales y de las actividades deportivas, recreativas, sociales, culturales y religiosas que se realicen en ámbitos cerrados, actividades —todas ellas— que estimó que "movilizan un número importante de personas o se desarrollan en espacios cerrados", motivos que "elevan el riesgo de transmisión del virus SARS-CoV-2 y su suspensión, además, también coadyuva a la disminución de la circulación de personas y, por lo tanto, del virus".

A renglón seguido, entendió "necesario, además de la adopción de las medidas mencionadas, suspender en el Área Metropolitana de Buenos Aires (AMBA), a partir del 19 de abril y hasta el 30 de abril de 2021, inclusive, las clases presenciales en todos los niveles y en todas sus modalidades y las actividades educativas no escolares presenciales".

Al respecto, destacó que "desde el inicio de las actividades escolares presenciales el uso de transporte público de pasajeros y pasajeras en el Área Metropolitana de Buenos Aires (AMBA) se incrementó en un veinticinco por ciento (25 %), según datos aportados por el Ministerio de Transporte de la Nación".

Bajo esa premisa, indicó que "en momentos de alta circulación del virus, la reducción transitoria de la circulación de personas en el Área Metropolitana de Buenos Aires (AMBA), relacionadas con las actividades de educación presencial, coadyuva a ralentizar la velocidad de transmisión del virus en un momento de crecimiento exponencial de casos en la región y ante la necesidad de prevenir la saturación del sistema de salud".

A continuación, mencionó que "el grupo de personas de seis a diecisiete años, entre las semanas uno a cuatro del año representaba el cinco coma tres por ciento (5,3%) del total de casos confirmados y entre las semanas doce a catorce representó el siete coma tres por ciento (7,3%) del total de casos", y que "al evaluar la proporción de casos que representa cada grupo de edad sobre el total notificado, los grupos de edad de trece a dieciocho años y de veinte a veintinueve años son los que mayor aumento relativo presentaron en las últimas semanas".

En los mismos considerandos, el Poder Ejecutivo destacó que "se reconoce sin dudas la importancia de la presencialidad en la actividad escolar, pero la situación epidemiológica en el Área Metropolitana de Buenos Aires (AMBA) demuestra una gravedad que exige la adopción de medidas inmediatas para disminuir la circulación de las personas, con el fin de disminuir, también, la velocidad en el crecimiento de los contagios. Por ese motivo deberán realizarse los mayores esfuerzos, durante las DOS semanas de suspensión de clases presenciales para garantizar el derecho a estudiar con la modalidad virtual, hasta el reinicio posterior luego de transcurrido ese plazo. En este sentido se comparte el criterio de que la suspensión de la presencialidad en las aulas debe llevarse adelante por el menor tiempo posible, tal como han indicado prestigiosos organismos vinculados a los derechos de niños, niñas y adolescentes, como UNICEF y la Sociedad Argentina de Pediatría".

Finalmente, en lo que se refiere a la cuestión en examen, concluyó en que "las medidas temporarias,

intensivas, focalizadas geográficamente y orientadas a las actividades y horarios que conllevan situaciones de mayores riesgos y que generan gran movilidad de personas se adoptan para mitigar el incremento exponencial de casos de COVID-19".

- VIII -

Sentado lo anterior, considero que la primera cuestión a dilucidar consiste en determinar si la norma impugnada afecta la autonomía de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, consagrada en el artículo 129 de nuestra Norma Fundamental.

Como sustento liminar para el estudio del planteo de inconstitucionalidad, es preciso indicar que la Constitución Nacional realiza un reparto de atribuciones que determina la existencia de básicamente dos bloques de competencias —el de las esferas de gobierno local y el del Estado federal— y establece facultades exclusivas, delegadas, reservadas y concurrentes.

Así, son facultades exclusivas los poderes delegados a la Nación y prohibidos a las provincias (art. 126 de la Constitución) y los poderes reservados a las provincias (art. 121 id.), en tanto que constituyen facultades concurrentes aquellas que pueden ser ejercidas por la Nación y por las provincias.

Cabe recordar que la Corte ha puesto de resalto las especiales características con que la Constitución Nacional ha revestido la configuración política institucional de naturaleza federal, la regla y no la excepción consiste en la existencia de jurisdicciones compartidas entre la Nación y las provincias, debiendo en consecuencia ser interpretadas las normas de aquella de modo que las autoridades de la una y de las otras se desenvuelvan armoniosamente, evitando interferencias o roces susceptibles de acrecentar los poderes del gobierno central en desmedro de las facultades provinciales, incluso del GCBA, y viceversa, y procurando que actúen para ayudarse y no para destruirse (Fallos: 334:891; 338:1183 y 342:2256).

Los sujetos de esta relación, en nuestro medio, son "las unidades orgánicas e indestructibles con poderes inherentes, que componen la Nación" (González Calderón, Juan A. "Derecho Constitucional", Imprenta Buenos Aires, G. Kraft, 1943).

Corresponde señalar que las modificaciones introducidas por la reforma constitucional de 1994, no han hecho variar este criterio, antes bien, lo han acentuado. Pedro José Frías, al evaluar la incidencia de la reforma constitucional en el capítulo federal, pone de resalto el carácter contractual antes que estático del actual federalismo; la mayor participación de las provincias y de los órganos legislativos; la promoción del desarrollo humano con justicia social; las bases de la educación con identidad y pluralidad cultural; los poderes de policía e imposición de las provincias en los establecimientos de utilidad nacional en tanto no interfieran en sus fines; transferencias con reasignación de recursos; el dominio originario de las provincias sobre los recursos naturales; su derecho a conservar organismos de seguridad social para sus empleados públicos y profesionales ("El Federalismo en la Reforma Constitucional", LA LEY, T. 1994-D, Sec. Doctrina, ps. 1123 y ss.).

La realización de las competencias concurrentes que la reforma constitucional ha afianzado en los artículos 41, 43, 75, incisos 17, 19 y 30, y 125, entre otros, no implica enervar los ámbitos de actuación de ninguna órbita del gobierno, sino que importa la interrelación, cooperación y funcionalidad en una materia común de incumbencia compartida, como es el caso de la salud pública, sin perjuicio del poder de policía de salubridad que, en primer término, está en cabeza de las provincias (Fallos: 338:1110 y 1183).

Así lo ha entendido la Corte Suprema —en composiciones que se remontan casi al origen de nuestra organización institucional, 1869— cuando expuso que "es un hecho y también un principio constitucional, que la policía de las provincias está a cargo de sus gobiernos locales, entendiéndose incluido en los poderes que se han reservado, el de proveer lo conveniente a la seguridad, salubridad y moralidad de sus vecinos" (texto citado en el primer fallo mencionado en el párrafo anterior).

En esa inteligencia, las obligaciones que atañen a la Nación en materia sanitaria no son exclusivas ni excluyentes de las que competen a sus unidades políticas en sus esferas de actuación. Es que, en la dinámica de la distribución de competencias en el campo de la salud, entre ambas jurisdicciones (Estado Nacional, por un lado, y provincias y Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por el otro), la tendencia que prevalece es el abandono de la técnica de la separación absoluta de aquellas entre el Estado central y sus miembros —sus competencias exclusivas—, para afianzar el esquema de las compartidas o concurrentes.

Dicho lo expuesto, en el presente caso no puede prescindirse del contexto en el cual se desenvuelven las tensiones entre los gobiernos locales y la Nación, como rasgo propio del proceso federal, que implica reconocer que el federalismo no es ya estático, sino que permite avanzar en la concreción de políticas interjurisdiccionales y una línea de gestión intergubernamental. Sobre la base de esta interpretación, las relaciones y convergencias entre distintos niveles de gobierno resignifican las políticas públicas en orden a la protección de derechos fundamentales, en áreas tales como la salud, o en su caso —y valga solo a títu-

lo ejemplificativo— en materias como el medio ambiente, en el que se prevé la competencia provincial de acuerdo a específicas circunstancias locales (art. 41, Constitución Nacional).

A partir de estas pautas, cabe destacar que la tutela del derecho a la salud es una manda consagrada por la Constitución Nacional (arts. 5°, 42 y 121), por los tratados internacionales con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22 de la Ley Suprema; art. 12, inc. c) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; inc. 1° de los arts. 4° y 5° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos —Pacto de San José de Costa Rica—; inc. 1°, del art. 6° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; como así también el art. XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y el art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; ver Fallos: 330:4647, y causa CSJ 670/2006 (42-S)/CSJ "Sánchez, Elvira N. c. Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados y otro", sentencia del 15 de mayo de 2007).

Al respecto, esa Corte tiene dicho que la salud está íntimamente relacionada con el derecho a la vida, siendo este el primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional; el hombre es el eje y centro del sistema jurídico en tanto fin en sí mismo —más allá de su naturaleza trascendente— su persona es inviolable y constituye un valor fundamental, con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (doctrina de Fallos: 329:4918).

En relación con estos derechos (salud y vida), si bien los conflictos normativos e interjurisdiccionales son inevitables en el concierto de competencias concurrentes o compartidas en este campo, en la materia cabe seguir la regla pro homine que da preferencia a la aplicación de aquella norma que mejor garantiza la plena realización del derecho en cuestión.

Este ámbito presenta dos perfiles delimitables: el primero, integrado por algunas obligaciones tendientes a evitar que la salud sea dañada, ya sea por terceros —por el Estado u otros particulares— entendidas por tales como obligaciones negativas, el segundo por otros factores controlables —tales como epidemias, prevenir enfermedades evitables mediante la implementación de campañas de vacunación— que son obligaciones positivas.

De allí que la relación entre el Estado, el GCBA y las provincias, o indistintamente entre cada uno de ellos, en lo que hace a la protección de la salud, debe estar fundada en la cooperación, atendiendo, primordialmente, a la dinámica de los cambios que se producen día a día en la evolución de las enfermedades.

De lo expuesto se colige que el poder de policía en materia de salud, si bien debe ser ejercido en principio por los entes locales, es una competencia concurrente entre Nación, provincias y Ciudad de Buenos Aires en determinadas circunstancias. De ello se deriva que la primera puede regular en materia de salud para un ámbito interjurisdiccional (en el caso, el AMBA), cuando existen razones de emergencia como las que se viven actualmente debido a la pandemia y la posibilidad de mayor transmisión del virus COVID 19 por motivos fácticos, tales como el uso del transporte entre jurisdicciones y la misma forma de propagación del virus, que no reconoce fronteras territoriales, lo que conduce a que sea el Estado Nacional el competente para regular la materia en cuestión en estas circunstancias, de tal modo que no se viola por ello la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires, que conserva su competencia concurrente en materia de salud en lo que se limita a su jurisdicción y no tiene efectos más allá de ella.

Entiendo que no obsta a esa conclusión el hecho de que esté en juego la regulación de la educación pues, al tratarse en este caso de la primacía de la conservación de la salud y a la vida como derechos que posibilitan el disfrute de otros, debe prevalecer la competencia del Estado Nacional para su regulación, sin que se afecte por ello la autonomía de la Ciudad. En este sentido, cabe recordar que la ley 26.206, de Educación Nacional, establece que el Estado Nacional, las Provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, de manera concertada y concurrente, son los responsables de la planificación, organización, supervisión y financiación del Sistema Educativo Nacional. Garantizan el acceso a la educación en todos los niveles y modalidades, mediante la creación y administración de los establecimientos educativos de gestión estatal (art. 12). Por su parte, en el artículo 121 se dispone que los gobiernos provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en cumplimiento del mandato constitucional, deben: a) Asegurar el derecho a la educación en su ámbito territorial. Cumplir y hacer cumplir la presente ley, adecuando la legislación jurisdiccional y disponiendo las medidas necesarias para su implementación; b) Ser responsables de planificar, organizar, administrar y financiar el sistema educativo en su jurisdicción, según sus particularidades sociales, económicas y culturales. Como se advierte, ni de la Constitución ni de la ley surge que la Ciudad pueda abstenerse, al momento de organizar y regular la educación en el ámbito de su jurisdicción, de cumplir con normas nacionales dictadas en una situación de emergencia para atender a la preservación de la salud y de la vida, por lo cual el ejercicio del poder de policía de salud en estas circunstancias no altera su autonomía.

- IX -

Ahora bien, esta competencia regulatoria, limitativa de derechos, corresponde, según el orden constitu-

cional, al Congreso de la Nación (art. 14 de la Constitución Nacional).

Sin embargo, el Poder Ejecutivo Nacional fundó su competencia para dictar el decreto 241/2021 en las facultades que excepcionalmente le confiere la Constitución Nacional en el artículo 99, inciso 3°, de la Constitución Nacional.

Por ello, es necesario dilucidar si, en el caso, concurrían las razones de necesidad y urgencia que posibilitaran al Poder Ejecutivo Nacional suspender el dictado de las clases presenciales mediante el empleo de aquella vía.

Respecto a dicha atribución, V.E. se ha pronunciado en el precedente "Peralta" (Fallos: 313:1513) al expresar que, en el ámbito de la legislación de emergencia, la validez constitucional de un decreto de necesidad y urgencia se encontraba condicionada a la existencia de una situación de grave riesgo social frente a la cual haya existido la necesidad de adoptar medidas súbitas cuya eficacia no es concebible por el trámite ordinario previsto en la Constitución para la sanción de las leyes (conf. args. también en Fallos: 333:1928).

Vale recordar que el principio que organiza el funcionamiento del estatuto del poder es la división de funciones y el control recíproco, esquema que no ha sido modificado por la reforma constitucional de 1994. Así, el Congreso Nacional tiene la función legislativa, el Poder Ejecutivo dispone del reglamento y el Poder Judicial dicta sentencias, con la eminente atribución de ejercer el control de constitucionalidad de las normas jurídicas. Desde esta perspectiva, no puede sostenerse, en modo alguno, que el Poder Ejecutivo puede sustituir libremente la actividad del Congreso o que no se halla sujeto al control judicial (Fallos: 333:633).

En este orden de ideas, es menester señalar que el referido artículo 99, inciso 3°, luego de la reforma constitucional del año 1994, señala que el Poder Ejecutivo solo podrá emitir disposiciones de carácter legislativo "...cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos". Estos decretos "serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, juntamente con el jefe de gabinete de ministros".

No puede dejar de advertirse, entonces, que el constituyente de 1994 explicitó en el artículo 99, inciso 3°, del texto constitucional, estándares judicialmente verificables respecto de las situaciones que deben concurrir para habilitar el dictado de disposiciones legislativas por parte del Presidente de la Nación. El Poder Judicial deberá entonces evaluar si las circunstancias invocadas son excepcionales, o si aparecen como manifiestamente inexistentes o irrazonables, en cuyo caso la facultad ejercida carecerá del sustento fáctico constitucional que lo legitima (Fallos: 333:633).

A esos efectos, cabe descartar de plano, como inequívoca premisa, los criterios de mera conveniencia del Poder Ejecutivo que, por ser siempre ajenos a circunstancias extremas de necesidad, no justifican nunca la decisión de su titular de imponer un derecho excepcional a la Nación en circunstancias que no lo son. El texto de la Constitución Nacional no habilita a elegir discrecionalmente entre la sanción de una ley o la imposición más rápida de ciertos contenidos materiales por medio de un decreto (Fallos: 338:1048).

En este entendimiento, V. E. resolvió, en el precedente "Verrochi" (Fallos: 322:1726), que para que el Ejecutivo pudiera ejercer válidamente las facultades legislativas excepcionales —que, en principio, le son ajenas— era necesaria la concurrencia de alguna de estas dos circunstancias: a) que sea imposible dictar la ley mediante el trámite ordinario previsto en la Constitución, o b) que la situación que requiere solución sea de una urgencia tal que deba tratarse inmediatamente en un plazo incompatible con el trámite normal de una ley.

El examen de la necesidad y urgencia exigidos por la Constitución Nacional para habilitar el dictado de decretos en los términos del artículo 99, inciso 3°, se basa también en lo dicho por V. E. en la causa "Lee Carlos c. Provincia de Formosa", en la que recordó lo señalado en la sentencia del 10 de septiembre de 2020 dictada en autos "Maggi, Mariano c. Corrientes, Provincia de s/ medida autosatisfactiva", en cuanto a que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el 9 de abril de 2020, había emitido una Declaración titulada "COVID-19 y Derechos Humanos: Los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de Derechos Humanos y respetando las obligaciones internacionales", a fin de instar a que la adopción y la implementación de medidas, dentro de la estrategia y esfuerzos que los Estados Parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos están realizando para abordar y contener esta situación que concierne a la vida y salud pública, se efectúe en el marco del Estado de Derecho, con el pleno respeto a los instrumentos interamericanos de protección de los derechos humanos y los estándares desarrollados en la jurisprudencia de ese Tribunal. Entre las consideraciones particulares incluidas en dicha declaración, la Corte destacó, por su atinencia al caso y en tanto la compartía, que: "Todas aquellas medidas que los Estados adopten para hacer frente a esta pandemia y puedan afectar o restringir el goce y ejercicio de derechos humanos deben ser limitadas temporalmente, legales, ajustadas a los objetivos definidos conforme

a criterios científicos, razonables, estrictamente necesarias y proporcionales, y acordes con los demás requisitos desarrollados en el derecho interamericano de los derechos humanos".

Con el fin de verificar la aplicación de tales criterios al *sub lite*, corresponde recordar, una vez más, que mediante el decreto 241/2021 el Poder Ejecutivo Nacional sustituyó el artículo 10 del decreto 235/2021 y, en lo que aquí interesa, estableció en el aglomerado denominado Área Metropolitana de Buenos Aires "la suspensión del dictado de clases presenciales y las actividades educativas no escolares presenciales en todos los niveles y en todas sus modalidades, desde el 19 de abril hasta el 30 de abril de 2021, inclusive".

En la motivación de ese punto, el Poder Ejecutivo sostuvo:

- "Que, en este contexto, también resulta necesario, además de la adopción de las medidas mencionadas, suspender en el Área Metropolitana de Buenos Aires (AMBA), a partir del 19 de abril y hasta el 30 de abril de 2021, inclusive, las clases presenciales en todos los niveles y en todas sus modalidades y las actividades educativas no escolares presenciales".

- "Que desde el inicio de las actividades escolares presenciales el uso de transporte público de pasajeros y pasajeras en el Área Metropolitana de Buenos Aires (AMBA) se incrementó en un veinticinco por ciento (25 %), según datos aportados por el Ministerio de Transporte de la Nación".

- "Que, en momentos de alta circulación del virus, la reducción transitoria de la circulación de personas en el Área Metropolitana de Buenos Aires (AMBA), relacionadas con las actividades de educación presencial, coadyuva a ralentizar la velocidad de transmisión del virus en un momento de crecimiento exponencial de casos en la región y ante la necesidad de prevenir la saturación del sistema de salud".

- "Que el grupo de personas de seis a diecisiete años, entre las semanas uno a cuatro del año representaba el cinco coma tres por ciento (5,3 %) del total de casos confirmados y entre las semanas doce a catorce representó el siete coma tres por ciento (7,3 %) del total de casos".

— "Que, al evaluar la proporción de casos que representa cada grupo de edad sobre el total notificado, los grupos de edad de trece a dieciocho años y de veinte a veintinueve años son los que mayor aumento relativo presentaron en las últimas semanas".

— "Que se reconoce sin dudas la importancia de la presencialidad en la actividad escolar, pero la situación epidemiológica en el Área Metropolitana de Buenos Aires (AMBA) demuestra una gravedad que exige la adopción de medidas inmediatas para disminuir la circulación de las personas, con el fin de disminuir, también, la velocidad en el crecimiento de los contagios. Por ese motivo deberán realizarse los mayores esfuerzos, durante las DOS semanas de suspensión de clases presenciales para garantizar el derecho a estudiar con la modalidad virtual, hasta el reinicio posterior luego de transcurrido ese plazo. En este sentido se comparte el criterio de que la suspensión de la presencialidad en las aulas debe llevarse adelante por el menor tiempo posible, tal como han indicado prestigiosos organismos vinculados a los derechos de niños, niñas y adolescentes, como UNICEF y la Sociedad Argentina de Pediatría".

- "Que las medidas temporarias, intensivas, focalizadas geográficamente y orientadas a las actividades y horarios que conllevan situaciones de mayores riesgos y que generan gran movilidad de personas se adoptan para mitigar el incremento exponencial de casos de COVID-19".

En este marco, y en atención a la doctrina del Tribunal en referencia a los decretos de necesidad y urgencia, considero que los argumentos expuestos en la norma impugnada no alcanzan para fundar un estado de necesidad que permita legitimar la suspensión de la concurrencia a los establecimientos educativos en todos sus niveles.

Así lo creo, pues no ha sido debidamente acreditado que el dictado de clases presenciales haya sido la causa del agravamiento de la situación sanitaria a la que aludió el decreto impugnado, en cuyos considerandos se efectúan afirmaciones genéricas acerca de la necesidad de reducir la circulación de personas y el uso del transporte público, sin precisar adecuadamente la supuesta relación directa e inmediata entre las actividades de educación presencial y el crecimiento exponencial de casos en la región.

En efecto, si se compara lo expresado en el decreto 241/2021 y su similar 235/2021, dictado una semana antes, se advierte que si bien la tasa de incidencia acumulada para el país se incrementó de 5.280 a 5.736 casos cada 100.000 habitantes entre el primero y el segundo, no se menciona si la cantidad de testeo aumentó o se mantuvo en ese período, mientras que la tasa de letalidad que era del 2,3% al 8 de abril, bajó al 2,2% al 15 de abril.

Por otra parte, cabe destacar que en el decreto 235/2021, que como he señalado había resuelto mantener "las clases presenciales y las actividades educativas no escolares presenciales", se dice que más del 60% de los nuevos casos correspondían al AMBA, mientras que al momento de dictar el decreto 241/2021 aquel había bajado a más del 50%.

A lo expuesto cabe agregar que tampoco permite tener por acreditada la necesidad de restringir el acceso a los establecimientos educativos sin cumplir con el trámite legislativo pertinente, lo afirmado en los considerandos de la norma atacada en cuanto al incremento de la representación en los casos confirmados de los menores entre seis (seis) y diecisiete años, ni que "los grupos de edad de trece a dieciocho años y de veinte a veintinueve años son los que mayor aumento relativo presentaron en las últimas semanas".

Pienso que ello es así ya que el decreto no alude ni demuestra, como era menester, que los aumentos de los contagios en esas franjas etarias hayan obedecido a la realización de clases presenciales. En este punto debe reparase que la ocurrencia del aumento de casos en los menores arriba individualizados, puede ser la consecuencia de una pléyade de causas o concausas y no necesariamente derivar de la asistencia a los establecimientos educativos. Por lo tanto, la necesidad de suspender la presencialidad escolar requería un análisis más profundo sobre este último punto.

No cambia lo expuesto, el motivo referido al acrecentamiento de la utilización del transporte público de pasajeros, pues la norma no discierne entre la situación imperante en la Provincia de Buenos Aires y en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

En efecto, una decisión restrictiva de derechos como la adoptada requería un estudio pormenorizado en el que se analizara si, con el fin de disminuir el uso del transporte público de pasajeros, la suspensión de la presencialidad era necesaria en todo el AMBA o en algunas zonas determinadas de este aglomerado.

Aun cuando es cierto que no hay derechos absolutos, no lo es menos que el poder del gobierno para recortarlos de acuerdo con sus necesidades, sean o no de emergencia, es mucho menos que absoluto. Los tribunales deben examinar con creciente rigor las intervenciones en los derechos individuales, a medida que estas se tornan más intensas y prolongadas, para establecer no solo si está justificada la validez en general de la medida, sino también su alcance (Fallos: 343:1704).

En este sentido y en lo vinculado a este último aspecto también se advierte que desde el regreso a la modalidad presencial del dictado de clases, siempre se les confió a los gobiernos locales su eventual suspensión temporaria así como su reinicio, de acuerdo con la evaluación que sus titulares realizaran del riesgo epidemiológico. Sin embargo, ese criterio fue modificado por el mismo Estado nacional sin que se aprecien fundamentos acerca de los motivos por los cuales asumió facultades en relación con una actividad que antes había dejado en manos de las provincias y la Ciudad de Buenos Aires, y solo en relación con una región que comprende a esta última.

Lo expuesto adquiere mayor relevancia aún, si se tiene presente que el derecho vulnerado por la norma impugnada es el referido al acceso a la educación.

Así, el artículo 14 de la Constitución Nacional reconoce a todos los habitantes del país, el derecho de aprender (consagrado conjuntamente al de enseñar), que abarca, en el ámbito de la educación formal, el acceso a tal educación así como a no ser discriminado en ninguna de las etapas del aprendizaje. La trascendencia de la educación se evidencia al considerar sus dimensiones en tres diferentes escalas: la escala personal, la social y la cívica. En su escala personal, el proceso educativo debe permitir desarrollar en el ser humano sus potencialidades intelectuales y sus destrezas o habilidades psicomotrices. Para ello es necesario orientar la educación hacia la formación de un espíritu crítico, destinado a pensar, a discernir y a comprender. En su dimensión social, se concluye que la fortaleza de los países no puede ser ponderada exclusivamente con base en indicadores macroeconómicos sino en aspectos culturales, educativos, institucionales y sociales de la población concernida, lo que decanta en la trascendencia de la educación en el desarrollo humano. Como ha afirmado José Manuel Estrada, "del cultivo del espíritu no solo se sigue la vigorización del individuo; se sigue la vigorización de la sociedad" (Curso de Derecho Constitucional, Científica Literaria Argentina, Buenos Aires, 1927, T. 1, p. 246). Finalmente, desde la dimensión cívica, la educación constituye un elemento determinante del espíritu crítico necesario para el desarrollo del proceso deliberativo previo a la toma de decisiones públicas por una comunidad en un sistema democrático.

Es menester recordar que, mediante el artículo 75, inciso 19, de la Constitución Nacional, se confirió al Congreso de la Nación la competencia para sancionar leyes de organización y de base de la educación que consoliden la unión nacional y que respeten las particularidades provinciales y locales, así como se le impuso, entre otras obligaciones, asegurar la responsabilidad indelegable del Estado y la participación de la familia y la sociedad a fin de organizar la educación.

Por mandato de la Constitución Nacional, el Congreso está obligado a definir el modelo institucional de manera que asegure la vigencia de determinados principios y garantías que también se hallan insertos en dicha Carta y en los tratados que ella prevé, tales como la igualdad de oportunidades y posibilidades, la no discriminación y el derecho de enseñar y aprender (doctrina de Fallos: 322:919). En función de dicho cometido, el Congreso Nacional sancionó la Ley de Educación Nacional (26.206) que, entre otros principios, establece que el Estado Nacional, las provin-

cias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires "tienen la responsabilidad principal e indelegable de proveer una educación integral, permanente y de calidad para todos/as los/as habitantes de la Nación, garantizando la igualdad, gratuidad y equidad en el ejercicio de este derecho, con la participación de las organizaciones sociales y las familias" (art. 4°). Asimismo, dispone que el Estado debe garantizar el ejercicio del derecho constitucional de enseñar y aprender y que son responsables de las acciones educativas el Estado Nacional, las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en los términos fijados por el artículo 4°; los municipios, las confesiones religiosas reconocidas oficialmente y las organizaciones de la sociedad; y la familia, como agente natural y primario (art. 6°).

En el mismo orden de ideas, cabe destacar que la tutela preferente de los menores recibe reconocimiento expreso en un conjunto de instrumentos internacionales con jerarquía constitucional, conforme al artículo 75, inciso 22, de la norma fundamental nacional. En efecto, la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que los niños tienen derecho a medidas especiales de protección. Con miras a ese cuidado, la Convención sobre Derechos del Niño consagra la noción del interés superior del niño, como un principio rector de la normativa particular y como una consideración primordial en la adopción de las medidas que deban ser tomadas por los tribunales, las autoridades administrativas y los órganos legislativos, proporcionando un parámetro objetivo que permite resolver cuestiones en las que están comprometidos los menores atendiendo a aquella solución que les resulte de mayor beneficio (arts. 3° de la referida Convención y 3° de la ley 26.061, y Fallos: 342:459, considerando 14 y voto del juez Rosatti, considerando 12).

De lo expuesto se advierte que la educación es la base del desarrollo personal del ser humano, por ello el Estado tiene el deber indelegable de garantizar el pleno ejercicio de ese derecho y estructurar un sistema educativo permanente.

Así entonces, y tomando en consideración los motivos informados en el decreto impugnado como así también el rol preponderante que ocupa el derecho a la educación en nuestro esquema constitucional, considero que las medidas adoptadas mediante el artículo 2°, último párrafo, del decreto 241/2021, en lo que concierne a la suspensión del dictado de clases presenciales y las actividades educativas no escolares presenciales en todos los niveles y en todas sus modalidades en el aglomerado denominado AMBA, no fueron adecuadamente fundadas puesto que, sin desconocer la situación epidemiológica por la que se atraviesa, tienen por objeto restringir el derecho fundamental a la educación que la actora debe garantizar en atención a las normas vigentes que así lo disponen (v. Constitución Nacional y ley 26.206),

En este contexto, entiendo, entonces, que no es posible concluir en que fuera necesaria la adopción de medidas inmediatas que tengan por efecto suspender la concurrencia a los diferentes establecimientos educativos ubicados en el AMBA, pues no se ha demostrado el riesgo existente en ese sector ni cómo, en su caso, eso podría comprometer el interés general.

No se desconoce el enorme esfuerzo realizado por directivos, docentes, alumnos y sus grupos familiares para sostener el proceso pedagógico y garantizar el derecho a la educación en el contexto de la pandemia por el COVID-19 y la suspensión de clases presenciales dispuesta en el contexto del Aislamiento Social, Preventivo y Obligatorio (ASPO), el cual quedó demostrado durante 2020.

No obstante, documentos del Ministerio de Educación de la Nación muestran las dificultades que enfrenta la virtualidad en el proceso educativo para garantizar efectivamente el derecho de niños, niñas y adolescentes a acceder a la educación en sus diversos niveles. Así resulta de los informes preliminares de la Evaluación Nacional del Proceso de Continuidad Pedagógica —disponible en https://www.argentina.gob.ar/educacion/evaluacion-e-informacion-educativa/evaluacion-nacional-del-proceso-de-continuidad-pedagogica— elaborada a partir de encuestas a equipos directivos y hogares (https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/resumen_de_datos_informes_preliminares_directivos_y_hogares_0.pdf) y a docentes (https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/datos_destacados_encuesta_a_docentes_enpc p.pdf).

De la lectura de la primera de esas encuestas se desprende que, aunque todas las escuelas llevaron adelante propuestas de continuidad pedagógica (con disparidades en el tiempo que les demandó organizar la continuidad escolar —79% de los establecimientos lo logró en menos de dos semanas de suspendidas las clases presenciales, 16% tardó alrededor de un mes y un 5% aún no lo había conseguido al tiempo de la encuesta, realizada en junio de 2020—) y, coincidentemente, el 95% de las familias declaró que sus hijos recibieron propuestas pedagógicas durante todo el período del ASPO, los resultados de tales relevamientos permitieron concluir en que "(l)as disparidades en las experiencias de educación remota que atravesaron los estudiantes está condicionada, en gran medida, por los recursos disponibles en los hogares: menos de la mitad de ellos cuenta con acceso fijo de buena calidad en la señal a Internet, 3 de cada 10 de hogares no tienen acceso fijo a Internet: 27% accede solo por celular y 3% no tiene internet de ningún tipo. En hogares con Internet fija, la tercera parte tiene problemas

en la señal. El 53% no cuenta con una computadora liberada para uso educativo. El piso tecnológico de los hogares que asisten a escuelas del sector privado duplica al de los que asisten al sector estatal. La dotación de recursos tecnológicos para sostener la actividad educativa en los hogares es desigual según la condición económica y las regiones del país".

Como resultado de ese relevamiento, asimismo, se remarcó que "(l)os equipos directivos también señalaron problemas en las condiciones de acceso a recursos tecnológicos: 79% indicó que las y los directores y docentes tenían limitaciones de conectividad y un 66% identificó problemas con el equipamiento. (...) En todos los casos analizados, las directoras y los directores de las escuelas privadas manifiestan una mayor frecuencia de comunicación con las y los estudiantes en comparación con las escuelas de gestión estatal. Lo mismo sucede entre las escuelas urbanas respecto de las rurales. Mientras que en el sector privado cerca del 90% de las escuelas mantuvo contacto con sus estudiantes más de una vez por semana; entre las escuelas del sector estatal, con alta inserción territorial en áreas de menor conectividad (localidades pequeñas y rurales) y la mayor cobertura de sectores sociales de menores ingresos (con menor conectividad), esa frecuencia de contacto desciende al 70%. El teléfono celular fue la vía de comunicación más utilizada para los intercambios entre docentes, estudiantes y familias, en todos los niveles de enseñanza, territorios y sectores sociales. El uso de medios que permiten una comunicación sincrónica expresa grandes diferencias según sector de gestión y ámbito, tanto desde la mirada de los equipos directivos como desde los hogares: *Plataformas para reuniones virtuales: 17% de directivos del sector estatal afirmó que las utiliza, mientras la proporción ascendió al 73% entre directivos de escuelas privadas. Un 8% de los directivos del ámbito rural y 44% en el ámbito urbano. *Plataformas educativas: 6% de uso entre las escuelas estatales y 30% en el sector privado, según las y los directores. *Solo 1 de cada 4 familias tuvo comunicación con la escuela a través de videoconferencias o de plataformas educativas genéricas".

Por otra parte, la encuesta a docentes arrojó como resultados "que el medio de comunicación más utilizado en nivel inicial y primario fue el teléfono celular, ya sea para enviar mensajes de texto vía SMS o WhatsApp (81% y 89%) como para realizar llamadas (50% y 65%). En el nivel secundario, el celular también fue el medio más usado, pero solo para mensajes de texto o WhatsApp (75%), mientras que el segundo medio más usado fue el correo electrónico, cuestión que puede asociarse a la edad de los y las estudiantes y al manejo autónomo de este tipo de herramientas. En el mismo nivel, se destaca el uso de plataformas educativas como *Google Classroom o Moodle*, señalado por el 59% de los y las docentes. Las plataformas para reuniones virtuales fueron el medio elegido por un tercio de los y las docentes en los tres niveles de enseñanza, dato que debe leerse a la luz de la disponibilidad, no solo de teléfonos celulares u otros dispositivos tecnológicos, sino de la calidad de la conexión a internet. El uso de estas plataformas presenta fuertes disparidades entre las escuelas del sector de gestión estatal y privada. En efecto, se percibe una diferencia de 50 puntos porcentuales entre los y las docentes que escogen las plataformas para reuniones virtuales en las escuelas estatales del nivel inicial y primario en relación a las escuelas privadas. Esta diferencia se reduce a casi 40 puntos porcentuales en el nivel secundario".

Esta encuesta a docentes también mostró que "(l)a dificultad más frecuentemente señalada por las y los docentes en el desarrollo de su propuesta de enseñanza fue el logro de la participación activa por parte de sus estudiantes en las actividades propuestas. En segundo lugar, se señaló como dificultad el contacto con las y los estudiantes/ familias por falta de datos y/o por la lejanía de sus hogares. Si se analiza esta dificultad según sector de gestión, se observa que para las y los docentes del sector estatal este problema se duplica en relación a sus pares del sector de gestión privada. Una brecha similar se advierte entre las respuestas de docentes del ámbito urbano y rural en nivel inicial y primario".

Los datos recolectados permitieron señalar que "(l)as dos dificultades mayormente mencionadas [por los docentes] para llevar adelante el proceso de enseñanza durante la pandemia son tecnológicas: falta o limitaciones en la conectividad a internet (62%) y limitaciones de recursos electrónicos (59%). En tanto, solo un tercio (36%) señaló dificultades respecto a poder compatibilizar las tareas laborales con las domésticas o de cuidado. En las escuelas secundarias y en las privadas, estas últimas dificultades fueron mencionadas con mayor frecuencia. (...) Si bien la mayoría de las y los consultados (92%) señaló tener una computadora en el hogar (de escritorio o portátil), solo un tercio de docentes (37%) dispone de ese equipamiento para su uso exclusivo algo que, en el actual contexto, se transformó en una limitación para el desarrollo de la enseñanza desde la propia casa. (...) Por otra parte, dos tercios de los y las docentes tiene problemas con la conectividad o directamente no tiene conectividad inalámbrica a internet (wifi)".

En relación con las dificultades de los estudiantes, la encuesta a docentes muestra que "(a)l igual que lo que consignaron en sus propios hogares, las y los docentes ubicaron en primer lugar la conectividad y el equipamiento tecnológico como principales dificultades de sus estudiantes para seguir la propuesta

educativa en el período del cierre de escuelas. Asimismo, en tercer lugar se destacó la poca experiencia en el uso de recursos electrónicos y digitales y casi en la misma proporción las dificultades socioeconómicas. En cuanto a las dificultades de conectividad y equipamiento, el problema es más señalado en secundaria que en el nivel inicial. A nivel agregado las limitaciones de conectividad a internet muestran una importante brecha por sector de gestión: 92% en estatal y 70% en privada. Respecto a las dificultades socioeconómicas, estas diferencias aumentan: 64% en estatal y 19% en privada".

En suma, la información recogida por el Ministerio de Educación de la Nación permite afirmar que, aun con el ingente esfuerzo llevado a cabo por el cuerpo directivo y docente del sistema educativo inicial, primario y secundario, tanto de gestión estatal como privada, las dificultades derivadas especialmente de la falta de medios tecnológicos disponibles para docentes y alumnos, que se ven acentuadas en el caso de educadores y alumnos de escuelas de gestión estatal, constituyen un enorme obstáculo para que la enseñanza virtual reemplace en forma eficaz a la presencialidad escolar, de modo de garantizar acabadamente el derecho a la educación consagrado por el artículo 14 de la Constitución Nacional.

Por esas razones, no cabe tener por configurada en el *sub examine* la existencia de circunstancias fácticas que el artículo 99, inciso 3°, de la Constitución Nacional, describe con rigor de vocabulario (Fallos: 322:1726 cit.), circunstancia que —en mi parecer— de manifiesto la invalidez constitucional de la norma impugnada por la actora.

- X -

A lo largo de este dictamen se ha destacado el carácter cooperativo y no competitivo que define nuestro régimen federal, del que se derivan los principios de naturaleza constitucional que informan el concepto de federalismo de concertación. Estos subyacen en el texto de la ley 26.206 de Educación Nacional en cuanto establece la responsabilidad concertada y concurrente del Estado nacional, las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en la planificación, organización, supervisión y financiación de un sistema educativo nacional capaz de proveer una educación integral, permanente y de calidad para todos los habitantes de la Nación.

Pienso que el hecho de que esta decisión se haya tomado primordialmente por motivos sanitarios y en ejercicio de facultades que, por lo demás, también ejerce de manera concurrente la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Fallos: 338:1110), no impide apartarse del paradigma del federalismo concertado que debe primar en las relaciones interjurisdiccionales, especialmente si se presentan desacuerdos razonables o fricciones que la realidad impone y que no siempre se pueden evitar cuando coexisten dos gobiernos que actúan directamente sobre el mismo pueblo (K.C. Wheare, *Federal Government*, Londres, 1947, citado por Linares Quintana, Segundo en Derecho Constitucional e Instituciones Políticas, Tomo II, Buenos Aires, 1970, p. 102).

De hecho, como lo comprueban los antecedentes normativos expuestos, muchas de las cuestiones sanitarias vinculadas con el sistema educativo fueron consideradas en el marco del Consejo Federal de Educación, lo que permitió incorporar la necesaria perspectiva de las jurisdicciones locales en la delicada tarea de armonizar el interés superior del estudiante con los aspectos generales de la salud pública.

Es innegable que, con frecuencia, en el sistema federal la delimitación de las competencias de los distintos niveles de gobierno es, no pocas veces, ambigua, vaga y a veces en apariencia contradictoria, y que, en palabras del entonces difundido informe Rowell-Sirois sobre las provincias canadienses, "ni aun el mayor cuidado al determinar la división de los poderes en un esquema federal evitará dificultades cuando la división se aplica a la variedad y complejidad de las relaciones sociales" (op. cit. p. 126). También es cierto que esa dificultad intrínseca es aun mayor en tiempos de guerra, crisis o emergencia (p. 129). En paralelo, debe tenerse en cuenta que —como ya dije— uno de los propósitos de la reforma constitucional de 1994 fue el fortalecimiento del federalismo, pues se observaba ya con preocupación un largo proceso en el que el comportamiento federal había reacomodado las pautas y las normas más a favor de la centralización que de la descentralización; más a favor de la dependencia de las provincias que de la convergencia concertada, más con tendencia a priorizar las competencias federales que coordinarlas con las provincias (Bidart Campos, "El federalismo argentino desde 1930 hasta la actualidad", en "Federalismos Latinoamericanos: México, Brasil, Argentina", Fondo de Cultura Económica, México, 1993, p. 366).

Estas consideraciones adquieren especial relevancia frente al contexto epidemiológico actual, cuando es público y notorio que, en los últimos días, la situación se ha agravado debido a la propia dinámica y cambiantes características de la situación de la epidemia.

- XI -

En estos términos, doy por contestada la vista conferida. Buenos Aires, abril 29 de 2021. — *Eduardo E. Casal.*

CSJ 567/2021

ORIGINARIO

Buenos Aires, mayo 4 de 2021.

Resulta:

I. El día 16 de abril del corriente año se presentó el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires e inició una acción declarativa en los términos del art. 322 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación contra el Estado Nacional, a fin de obtener la declaración de inconstitucionalidad del art. 2° del decreto de necesidad y urgencia (DNU) 241/2021 del Poder Ejecutivo Nacional, que modificó lo dispuesto en el art. 10 del decreto 235/2021 y estableció —en su último párrafo— la suspensión del dictado de clases presenciales y de las actividades educativas no escolares presenciales en todos los niveles y en todas sus modalidades, desde el 19 hasta el 30 de abril de 2021, inclusive, en el ámbito del aglomerado urbano denominado "Área Metropolitana de Buenos Aires (AMBA)" definido en el art. 3° del decreto 125/2021.

Después de justificar su legitimación en el caso, así como el cumplimiento de los recaudos de admisibilidad de la acción entablada, en relación al fondo de la cuestión debatida afirmó, en lo sustancial, que la norma impugnada viola de manera flagrante lo dispuesto por la Constitución Nacional, en cuanto garantiza el respeto de la autonomía de las provincias mientras estas aseguren la educación primaria (art. 5°), y garantiza y establece específicamente la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires (art. 129).

Destacó que el DNU cuestionado no presenta ninguna prueba o estudio para justificar la decisión adoptada con relación a un territorio que, si bien es la sede del gobierno federal, tiene en materia de salud y educación sus propias facultades autónomas, que no pueden verse avasalladas de manera arbitraria e injustificada.

En ese sentido, consideró que el decisorio nacional es inconstitucional por haber sido dictado sin necesidad. Asimismo, entendió que lo que esa norma pretende disponer por vía de DNU debió hacerse con intervención del Congreso Nacional, el que no se encuentra en receso ni impedido de tratar la cuestión en forma inmediata y urgente, sin que existan circunstancias excepcionales que hagan imposible seguir los trámites ordinarios previstos en la Constitución Nacional para la sanción de las leyes (art. 99, inc. 3°). Agregó que el decreto en cuestión supone una forma vedada u oblicua de intervenir la jurisdicción autónoma de la Ciudad de Buenos Aires lo cual, de ser esa la intención, también debía realizarse mediante la sanción de una ley del Congreso Nacional, ya que este órgano no se encuentra en receso (art. 75, inc. 31, de la Constitución Nacional).

Aseguró que el Poder Ejecutivo Nacional intenta suplantar la voluntad política del gobierno autónomo porteño que, mediante el decreto local 125/GCBA/2021, había declarado de máxima esencialidad el ámbito del Ministerio de Educación y de los establecimientos educativos, a fin de preservar su normal funcionamiento con protocolos.

Aludió a la insuficiencia, por los motivos económico— sociales y educativos que señaló, de la escuela virtual para tener por cumplida la obligación de prestar el servicio de educación, y a la evidencia científica que demostraría que la falta de presencialidad ocasiona un grave perjuicio a los niños, niñas y adolescentes en cuanto a su evolución psicológica, interpersonal y social.

Después de recordar que los niños, niñas y adolescentes, a quienes concierne la norma impugnada, son sujetos de especial protección, enumeró diversas disposiciones de los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional (vigentes por el reenvío del art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional) en las que se destaca la importancia del derecho a la educación, en tanto tiene por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana; mencionó las recomendaciones de organismos internacionales como el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) y el Banco Mundial, según las cuales, frente al aumento sostenido de casos positivos de COVID-19, las escuelas deben ser lo último en cerrarse debido al impacto que produce esta decisión en la continuidad pedagógica de los estudiantes; y sostuvo que la evidencia —tanto local como internacional— da cuenta de que en la escuela los contagios son infrecuentes, y que la educación no sobrecarga el transporte público.

Explicó que las medidas sanitarias que deban adoptarse en los establecimientos educativos en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA) se encuentran reservadas a su jefe de gobierno y no al Poder Ejecutivo Nacional, por lo que no es posible avalar el ejercicio por parte del Estado Nacional de competencias que se superponen con atribuciones que ya han sido legítimamente ejercidas por las autoridades locales de la Ciudad en uso de su autonomía.

Esgrimió que el art. 129 de la Constitución Nacional solamente limita la autonomía local cuando el ejercicio de sus facultades impida o dificulte aquellas que ejercen las autoridades nacionales, razón por la cual, al ser la potestad de ejercer el poder de policía en materia de salud y de educación eminentemente local, no puede admitirse la intervención del poder federal en la Ciudad.

Observó que, según lo dispuesto en el art. 2° del DNU 241/2021 (que sustituyó al art. 10 del DNU 235/2021), las provincias pueden decidir sobre la continuidad o suspensión de las clases presenciales, pero la Ciudad no, lo que —a su juicio— constituye una clara violación al principio de igualdad, por evidenciar una discriminación arbitraria con relación a las restantes jurisdicciones locales que traiciona el espíritu del federalismo y lesiona gravemente el necesario equilibrio entre los integrantes de la República.

Insistió en que la norma impugnada es inconstitucional por ser palmariamente contraria al principio de razonabilidad (art. 28 de la Constitución Nacional), toda vez que la suspensión de la presencialidad en las aulas en el ámbito de la CABA no se encuentra fundada en datos empíricos ni científicos, lo que —a su criterio— demuestra que lo decidido se basa únicamente en la voluntad del órgano emisor del decreto.

Finalmente, pidió que se dicte una medida cautelar mediante la cual se disponga la inmediata suspensión de los efectos del art. 2° del DNU 241/2021 en cuanto dispuso la suspensión de las clases presenciales en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y que se ordene al Estado Nacional abstenerse, hasta el dictado de la sentencia definitiva y firme, de llevar a cabo cualquier conducta que implique ejecutar la norma cuestionada.

II. En la misma fecha, con posterioridad a la presentación reseñada, la parte actora amplió su demanda y acompañó el "Informe Técnico - Diagnóstico Movilidad por motivos educativos" elaborado por la Subsecretaría de Planificación de la Movilidad, dependiente de la Jefatura de Gabinete de Ministros del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

III. El día 19 de abril el Tribunal declaró su competencia originaria para entender en la presente causa y ordenó correr traslado de la demanda interpuesta en los términos de las normas que regulan el proceso sumarísimo.

IV. En fecha 20 de abril los copresidentes de la "Asamblea Permanente por los Derechos Humanos", invocando dicho carácter, presentaron el escrito titulado "Se presentan como *amicus curiae*", explicando los motivos por los cuales consideran que la entidad que presiden posee un interés legítimo en el asunto y solicitando que se admita su intervención en el proceso en la calidad alegada, en los términos de la acordada 7/2013, a los fines de aportar argumentos jurídicos para la resolución de la cuestión. Dicha presentación fue agregada en el expediente a los fines de ser considerada por el Tribunal en su oportunidad.

V. El día 25 del mismo mes, y alegando la misma condición, se presentaron las personas que allí se identificaron, invocando su condición de integrantes del colectivo denominado "Padres Organizados".

Por su parte, el día siguiente, se efectuaron sendas presentaciones, también como "amigos del tribunal", del presidente de la "Asociación Civil Nace Un Derecho" y del señor Oscar Alfredo Atienza, en su carácter de médico cirujano.

En cada una de las presentaciones referidas los presentantes explicaron los motivos por los cuales consideran poseer un interés legítimo en el asunto y solicitaron que se admita su intervención en el proceso en calidad de *amicus curiae*, en los términos de la citada acordada 7/2013, a los fines de aportar fundamentos para resolver la cuestión aquí planteada.

Dichas presentaciones, al igual que la referida en el punto anterior, fueron agregadas al expediente a los fines de ser consideradas por el Tribunal en su oportunidad.

VI. En fecha 26 de abril el Estado Nacional contestó la demanda y solicitó su rechazo.

En ceñida síntesis, después de efectuar un "señalamiento" respecto de la competencia originaria declarada por esta Corte en la causa y de efectuar una negación genérica y particular respecto de los hechos expuestos en la demanda, defendió la constitucionalidad del decreto de necesidad y urgencia federal 241/2021, tanto en su dimensión de legalidad como en la de razonabilidad.

A partir de la situación epidemiológica que describió, intentó justificar el objeto de la norma discutida, así como el ámbito de aplicación territorial decidido para las medidas allí dispuestas ("región del AMBA"). Explicó que la norma, en cuyo eje subyace el fin de restringir el tránsito y la circulación de personas, se dictó en ejercicio de la competencia sanitaria de emergencia.

Finalmente manifestó que no podía dejar de señalarse que "la CABA ha consentido todos y cada uno de los Decretos dictados entre los años 2020 y 2021, anteriores al DNU N° 241/2021" (página 71 del escrito de contestación de demanda).

VII. Al día siguiente el Tribunal ordenó correr traslado a la actora de la documental acompañada por el Estado Nacional.

En la misma oportunidad se decidió desestimar la citación obligada de tercero, solicitada por la demandada, respecto de la Provincia de Buenos Aires.

VIII. En fecha 29 de abril el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires respondió el traslado referido en el punto anterior.

En su escrito la actora expuso que los informes acompañados por la demandada no refieren específicamente a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires sino a la extensión geográfica del "AMBA" que, si bien la abarca, no debe ser contemplada de manera genérica debido a que la situación epidemiológica difiere en las distintas realidades que la comprenden. Sostuvo que corresponde que la Ciudad de Buenos Aires sea tratada como una jurisdicción autónoma a la que le competen consideraciones particulares inherentes a su condición como tal, independientemente del movimiento poblacional que se produce entre las distintas jurisdicciones.

IX. En la misma fecha señalada en el punto anterior el señor Procurador General de la Nación interino dictaminó acerca de las cuestiones constitucionales propuestas, concluyendo en la invalidez de la norma impugnada por la actora.

En su dictamen consideró que —en virtud de los fundamentos que allí desarrolla y en el marco de la doctrina de este Tribunal referida a los decretos de necesidad y urgencia— los argumentos expuestos en la norma refutada no alcanzan para fundar un estado de necesidad que permita legitimar la suspensión allí dispuesta de la concurrencia a los establecimientos educativos en todos sus niveles. Por ello concluyó en que, en el *sub examine*, no cabe tener por configurada la existencia de las circunstancias fácticas descriptas en el art. 99, inciso 3°, de la Constitución Nacional.

Considerando:

1°) Que, tal como se decidió en fecha 19 de abril, esta demanda corresponde a la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, según los arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional.

2°) Que corresponde a esta Corte resolver en primer término el planteo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, referido a que el Estado Nacional habría violado su autonomía, en tanto comprende el preliminar examen de legalidad del DNU 241/2021 impugnado.

3°) Que al ser el federalismo un sistema cultural de convivencia, cuyas partes integrantes no actúan aisladamente, sino que interactúan en orden a una finalidad que explica su existencia y funcionamiento, el ejercicio de las competencias constitucionalmente asignadas debe ser ponderado como una interacción articulada ("La Pampa, Provincia de", Fallos: 340:1695; "Corrientes, Provincia de", Fallos: 344:251), evitando que confronten unas con otras.

En tal sentido se ha pronunciado esta Corte al sostener que la asignación de competencias en el sistema federal "no implica, por cierto, subordinación de los estados particulares al gobierno central, pero sí coordinación de esfuerzos y funciones dirigidos al bien común general, tarea en la que ambos han de colaborar, para la consecución eficaz de aquel fin; no debe verse aquí enfrentamientos de poderes, sino unión de ellos en vista a metas comunes" ("Buenos Aires, Provincia de", Fallos: 330:4564, considerando 11 *in fine*; "La Pampa, Provincia de", Fallos: 340:1695, considerando 6°; "Buenos Aires, Provincia de c. Santa Fe", Fallos: 342:2136, considerando 10 y "Corrientes, Provincia de", Fallos: 344:251, entre otros).

Como lo expresó desde antiguo este Tribunal, la Constitución ha querido hacer un solo país para un solo pueblo. No habría Nación si cada provincia se condujera como una potencia independiente; pero tampoco la habría si fuese la Nación quien socavara las competencias locales (arg. doct. "Bressani", Fallos: 178:9 y "La Pampa, Provincia de", Fallos: 340:1695).

4°) Que, en el contexto referido, el sistema federal constitucional argentino se funda en el principio de "lealtad federal" o "buena fe federal", conforme al cual en el juego armónico y dual de competencias debe evitarse el abuso de las competencias de un Estado en detrimento de los otros. De esta manera, el ideario federal en el que descansa nuestro sistema de gobierno parte de la base de que el Estado Nacional, las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los municipios coordinan sus facultades "para ayudarse y nunca para destruirse" ("Bazán", Fallos: 342:509 y "Telefónica Móviles Argentina", Fallos: 342:1061 voto de los jueces Maqueda y Rosatti, considerando 9°).

Así, este principio rector del federalismo argentino implica asumir una conducta federal leal que tome en consideración los intereses del conjunto federativo, para alcanzar cooperativamente la funcionalidad de la estructura federal "in totum" ("La Pampa, Provincia de", Fallos: 340:1695).

En síntesis, el armónico desenvolvimiento del sistema federal de gobierno depende de la "buena fe", de la "coordinación" y de la "concertación" recíproca entre los distintos estamentos de gobierno (Nación, Provincias, Ciudad de Buenos Aires y municipios), pues esos principios constituyen el modo razonable para conjugar los diferentes intereses en juego y encauzarlos hacia la satisfacción del bien común.

5°) Que, a la luz del imperativo constitucional del federalismo, los tribunales, y particularmente esta Corte, son los encargados de velar por que las atribuciones asignadas a cada autoridad no sean entendidas de manera tan extensa que se vacíe el carácter federativo de la Constitución.

En efecto, este Tribunal, en ejercicio de su primera y más importante función, concerniente a la interpretación de cuestiones constitucionales, en particular las referidas al sistema representativo, republicano y federal (arg. "Lavado", Fallos: 330:111, considerando 6° *in fine* y "Anadón", Fallos: 338:724, entre muchos otros), ha puesto énfasis en la tutela del delicado equilibro propio del federalismo, así como del sistema de división de funciones consagrados por el art. 1° de la Norma Fundamental argentina.

6°) Que esta Corte ha dicho que el sistema federal argentino se compone con sujetos jurídicos "necesarios" o "inexorables", mencionados explícitamente en la Constitución, como los son el Estado Nacional, las provincias, los municipios y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y un sujeto jurídico "posible" o "eventual" como es el caso de la región ("Bazán", Fallos: 342:509, considerando 3°, y "Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c. Córdoba", Fallos: 342:533, considerando 12).

7°) Que, desde esta perspectiva, cabe en primer término recordar que a partir de la reforma del año 1994 la Ciudad de Buenos Aires adquirió el status constitucional que se expresó en el nuevo artículo 129, según el cual "tendrá un régimen de Gobierno autónomo con facultades propias de legislación y jurisdicción, y su jefe de gobierno será elegido directamente por el pueblo de la ciudad", sin perjuicio de también establecer que "una ley garantizará los intereses del Estado nacional mientras la ciudad de Buenos Aires sea capital de la Nación".

Con este reconocimiento los constituyentes reformadores introdujeron a la Ciudad como un actor pleno del sistema federal, modificando radicalmente por esa vía la histórica premisa según la cual la unión nacional requería suspender la participación porteña en el diálogo federal en virtud de su elección como capital federal.

8°) Que en el marco señalado —y ante el planteo de conflictos concretos— este Tribunal dictó a partir de 2016 una serie de pronunciamientos en los que interpretó las reglas del federalismo de modo de evitar fricciones susceptibles de acrecentar los poderes del gobierno central en detrimento de las facultades reconocidas a la CABA por la reforma constitucional del año 1994.

Así se sostuvo en 2016 que los jueces nacionales con asiento en la CABA no son equiparables a los jueces federales a los efectos de declarar la admisibilidad del recurso extraordinario cuando media denegación del fuero federal ("Nisman", Fallos: 339:1342), de lo cual se deriva, "por implicación [...], que la Ciudad de Buenos Aires tiene una aptitud semejante a la de las provincias argentinas para ejercer plenamente la jurisdicción y, con ello, para realizar la autonomía que le fue concedida por el artículo 129 de la Constitución" ("Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires c. Córdoba", Fallos: 342:533, considerando 7°).

En 2019 se resolvió que el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires debía ser el órgano encargado de resolver los conflictos de competencia que se susciten entre dos órganos jurisdiccionales con competencia no federal con asiento en esa ciudad en cumplimiento "del claro mandato constituyente de conformar una Ciudad de Buenos Aires con autonomía jurisdiccional plena" ("Bazán", Fallos: 342:509, considerando 17).

Ese mismo año este Tribunal estableció que la Ciudad Autónoma de Buenos Aires tiene un puesto equiparable al de las provincias en el sistema normativo que rige la jurisdicción de los tribunales federales y, por lo tanto, el mismo derecho a la competencia originaria de esta Corte establecida en el artículo 117 de la Constitución Nacional ("Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires", Fallos: 342:533, considerando 17).

9°) Que los términos de la jurisprudencia señalada resultan ilustrativos de la paulatina aunque evidente consolidación de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires como sujeto del federalismo argentino en tanto "ciudad constitucional federada".

Es ciudad, por sus características demográficas. Es ciudad constitucional, porque es la única designada expresamente por su nombre y con atributos específicos de derecho público en la Constitución Nacional, a diferencia de las otras ciudades que son aludidas genéricamente al tratar los municipios. Y es ciudad constitucional federada, porque integra de modo directo el sistema federal argentino conjuntamente con los restantes sujetos políticos que lo componen ("Bazán", Fallos: 342:509, considerando 3° y "Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires", Fallos: 342:533 considerando 12, ambos referidos con anterioridad).

10) Que la vigencia del artículo 129 de la Constitución Nacional imposibilita que la Ciudad de Buenos Aires reciba el mismo trato que antes de la reforma de 1994, es decir como un "territorio federalizado", propio de una época en la que esta carecía de autonomía en tanto el Congreso de la Nación actuaba como su legislador "exclusivo" (ex art. 67 inc. 27), el Presidente de la Nación como su "jefe inmediato y local" (ex art. 86 inc. 3) y la justicia nacional como justicia local.

Al reconocerle el antedicho status, la reforma de 1994 entendió que la Ciudad Autónoma de Buenos Aires debía ser considerada prioritariamente como "ciudad constitucional" y solo subsidiaria y excepcionalmente, en cuanto se comprometieran los intereses

federales, como territorio sujeto a normas y jurisdicción de ese tipo. La "capitalidad" —y por extensión la federalización— de la Ciudad de Buenos Aires es la excepción; la regla es la prevalencia del ejercicio regular de sus competencias locales.

Por ello como se reconoció en los precedentes citados la Ciudad Autónoma de Buenos Aires integra de modo directo la federación argentina, surgiendo sus competencias no por la intermediación de los poderes nacionales —como antes de la reforma constitucional de 1994—, sino del propio texto de la Constitución Nacional (cfr. art. 129 Constitución Nacional) y de las normas dictadas en su consecuencia.

En ese marco, en cumplimiento de la norma constitucional referida se sancionó en el año 1996 la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con el objetivo declarado en su Preámbulo de "afirmar su autonomía" y "organizar sus instituciones". A través de dicha norma se adoptaron diversas disposiciones relativas a educación (arts. 20, 21, 23, 24, 25, 27 y 42), así como se reconocieron atribuciones en materia educativa a las autoridades locales por ella creadas (arts. 80 y 81).

En el particular marco de análisis que marca la Constitución para definir la competencia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, cabe señalar que de los límites que impone la capitalidad no surge ningún obstáculo para que esta decida sobre la modalidad presencial o virtual en que corresponda llevar a cabo la educación en su territorio.

11) Que es en este contexto que la Ciudad de Buenos Aires plantea que el DNU 241/2021 viola la Constitución Nacional al avasallar su autonomía (art. 129), en cuyo ámbito —afirma— se encuentra la atribución de asegurar la educación primaria y promover la educación en general (arts. 5° y 125).

La educación fue desde los orígenes de la construcción de la Nación "un interés vital" del Estado y, como este Tribunal marcó puntualmente en 1984, tal interés debe corresponderse con "la necesidad de cimentar una sociedad democrática e inteligente" ("Arenzón", Fallos: 306:400, voto de los jueces Belluscio y Petracchi). La Convención Constituyente de 1994 dedicó más de una sesión a la educación como una cuestión constitucional en la convicción de que, como indicó el Convencional Hernández, "la principal obligación del Estado —que todos tenemos— es atender la educación... debemos darle a la educación todo lo que ella se merece; después vendrá lo económico, después vendrá el progreso; porque el progreso y la economía —todos los bienes materiales que podamos obtener como personas— nos van a llegar a través de la educación de nuestro pueblo" (Convención Nacional Constituyente, 28ª Reunión - 3ª Sesión Ordinaria, Continuación, 10/11 de agosto de 1994, p. 3605).

Es así que la competencia que se disputan distintas autoridades del Estado para, en definitiva, regular la modalidad de la enseñanza en medio de una de las mayores crisis sanitarias de las que se tenga registro se corresponde, bien vale recordarlo —más allá de que no sea el objeto directo de este pleito— con el derecho constitucional a acceder a la educación de los habitantes de la Ciudad (cf.: art. 14 de la Constitución Nacional; art. XII de la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre; art. 26 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y art. 10 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer).

12) Que respecto del conflicto de competencia señalado debe recordarse en primer término que en nuestro sistema federal la educación, dependiendo en qué aspecto y en qué modo, puede ser regulada por el Estado Nacional como por las provincias, ya que "el Estado Nacional delinea la 'base de la educación' —para retomar la expresión del artículo 75 inc. 19 de la Constitución Nacional— las que deben respetar las particularidades provinciales y locales, a la vez que las provincias conservan la facultad de asegurar la 'educación primaria' de acuerdo al art. 5°" ("Castillo", Fallos: 340:1795). La Convención Constituyente de 1994, al incluir la potestad del Congreso Federal para "sancionar leyes de organización y de base de la educación que consoliden... la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna", persiguió "un doble objetivo: consagrar expresamente con la máxima jerarquía normativa ciertos principios básicos que habían caracterizado a la educación pública argentina y a la vez asegurar, mediante nuevos mecanismos, la igualdad real de oportunidades en el acceso a la educación" ("Defensoría de Menores e Incapaces N° 6 y otros", Fallos: 343:1805 —disidencia de los jueces Maqueda y Rosatti— y "Castillo", Fallos: 340:1795, considerando 13 y disidencia parcial del juez Rosatti, considerando 11 *in fine*).

Ahora bien, como apuntó el Convencional Quiroga Lavié al momento de la inclusión del citado art. 75 inc. 19 en la Constitución Nacional, la atribución de esa competencia educativa al Congreso de la Nación no significó desconocer las competencias provinciales para regular sobre esa materia. El Constituyente afirmó que "de entrada la norma formula un modelo de federalismo de concertación" y luego, al recordar las disputas entre Sarmiento y Alberdi respecto a la existencia de un proyecto educativo explícito en la Constitución, señaló "[E]l efecto de la polémica entre Sarmiento y Alberdi, implícita o explícita, directa o indirectamente, fue la construcción histórica del con-

senso. El modelo educativo fue la construcción histórica del consenso" (Quiroga Lavié, 24ª Reunión-3ª Sesión Ordinaria (Continuación) 4 de agosto de 1994, p.3263, p. 3270).

13) Que corresponde a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires —al igual que a las provincias— la atribución para decidir sobre los modos de promover y asegurar la educación de sus habitantes porque en consonancia con lo ya afirmado respecto de la autonomía porteña y del poder reservado en el art. 5°, la Convención Constituyente de 1994 introdujo a la educación entre las atribuciones de la policía del bienestar de las provincias, y expresamente incorporó como sujeto activo —y en igualdad de condiciones que las provincias— a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. El artículo 125 de la Constitución Nacional establece que "Las provincias y la ciudad de Buenos Aires pueden conservar organismos de seguridad social para los empleados públicos y los profesionales; y promover el progreso económico, el desarrollo humano, la generación de empleo, la educación, la ciencia, el conocimiento y la cultura".

14) Que una vez establecidas las atribuciones educativas de la Ciudad, cabe examinar la competencia invocada por el Estado Nacional. En el aspecto impugnado del DNU 241/2021, la demandada aduce el ejercicio de atribuciones regulatorias federales en materia de emergencia sanitaria para ordenar "la suspensión del dictado de clases presenciales y las actividades educativas no escolares presenciales en todos los niveles y en todas sus modalidades, desde el 19 de abril hasta el 30 de abril de 2021" en el Área Metropolitana de Buenos Aires (AMBA, artículo 2°).

El citado decreto enuncia que fue dictado "con el fin de contener y mitigar la propagación de la epidemia de COVID-19 con el objeto de preservar la salud pública".

15) Que específicamente respecto de la regulación de la salud, esta Corte reconoció desde antaño la convivencia de atribuciones de la Nación y las provincias. Ya en los primigenios precedentes "Plaza de Toros" (Fallos: 7:150) y "Saladeristas" (Fallos: 31:2734), se convalidaron restricciones locales, luego de declarar que el poder de policía para "proveer lo concerniente a la seguridad, salubridad y moralidad de sus vecinos fue reservado por las provincias", como así también se corroboró la validez de una ley provincial que obligaba a retirar a los saladeros establecidos en Barracas ya que "por exigirlo así la salud pública, no es contraria a la ley constitucional, ni ataca el derecho de propiedad". Más recientemente, en el caso "Nobleza Piccardo" (Fallos: 338:1110), este Tribunal declaró la constitucionalidad de la competencia sanitaria que había ejercido la Provincia de Santa Fe para regular la publicidad del tabaco.

En atención al ya referido mandato de autonomía plena que la Convención Constituyente de 1994 plasmó en el artículo 129 de la Constitución Nacional, tales atribuciones legislativas sanitarias le corresponden asimismo a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en su carácter de "ciudad constitucional federada" ("Bazán" Fallos: 342:509), en los términos del considerando 9°.

A la par de la existencia de estas competencias legislativas locales —y sin perjuicio de ellas— la jurisprudencia de esta Corte también le reconoció al Estado Nacional atribuciones concurrentes para regular ciertas cuestiones de la salud en tanto atañen a la "prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias" (anterior art. 67 inc. 16, actual art. 75 inc. 18), mandato que luego de la reforma de 1994 fue complementado por la atribución para proveer lo conducente al "desarrollo humano" (art. 75 inc. 19). Así, este Tribunal convalidó el ejercicio de esas atribuciones federales para regular sobre la actividad farmacéutica en "Belcastro" y en "Diócesis de San Martín" (Fallos: 308:943 y 333:1279, voto del juez Maqueda), sobre actividades relacionadas con la sangre humana en "Leiva" (Fallos: 315:1013) y sobre los seguros de salud y obras sociales en "Boto" (Fallos: 320:786), entre otras.

16) Que tanto la autonomía de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para definir la modalidad educativa como la atribución federal para atender a una emergencia sanitaria deben entenderse en el marco del federalismo que ordena la Constitución Nacional.

La distribución de competencias en un Estado federal como el nuestro, y la complejidad de aspectos que pueden converger en una misma realidad, exigen que el preciso deslinde de competencias se haga atendiendo cuidadosamente a las circunstancias de cada caso.

La interrelación entre estas atribuciones —interpretadas de buena fe— no debe plantear ningún tipo de conflicto normativo; el propio texto constitucional se encarga de brindar la respuesta para lograr que las competencias de cada esfera de gobierno se desarrollen con plenitud en la vida institucional de la Federación, sin anularse ni excluirse. Al ser ello así, los actos de las legislaturas provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires no pueden ser invalidados sino en los casos en que la Constitución concede al Congreso Nacional, en términos explícitos, un poder exclusivo, o en los supuestos en los que el ejercicio de idénticos poderes ha sido expresamente prohibido a las provincias, o bien cuando existe una absoluta y directa incompatibilidad o repugnancia efectiva en el ejercicio de facultades concurrentes por estas últimas

Por ello, todo análisis de las atribuciones federales invocadas debe partir del canónico principio de interpretación según el cual la determinación de qué poderes se han conferido a la Nación y, sobre todo, del carácter en que lo han sido, debe siempre ceñirse a la lectura más estricta. Tal mandato interpretativo emana de la premisa que ensayó Alberdi y se recita en la jurisprudencia históricamente, esto es, que los poderes de las provincias son originarios e indefinidos, en tanto que los correspondientes a la Nación son delegados y definidos (arts. 75 y 121 de la Constitución Nacional; Juan Bautista Alberdi, Derecho Público Provincial Argentino, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1998, p. 146. Asimismo, causa "Blanco", Fallos: 1:170, entre muchas otras hasta la más reciente "Cablevisión SA", Fallos: 329:976).

A su vez, el carácter restrictivo con que deben analizarse las potestades que se pusieron en cabeza de la Nación surge también de la preocupación porque tales postulados básicos del federalismo constitucional pierdan realidad. Más allá de las circunstancias sociales en las que se desenvuelve la Nación, tal extremo podría configurarse no solo por invalidar cualquier norma provincial que apenas se aparte un ápice de la regulación concurrente de la Nación sino, y esto es lo relevante en el caso, por permitir que el Estado Federal regule sobre todo aspecto que de alguna forma vaga e injustificada se relacione con las competencias que la Constitución le asigna. Este último peligro ya lo advertía Zavalía en 1929 al señalar los riesgos de creer que la única fuente de progreso y bienestar podría provenir de la autoridad federal en detrimento de las provincias (Prólogo de Clodomiro Zavalía a los Comentarios de la Constitución de la Confederación Argentina de Domingo F. Sarmiento, 1929, Rosso, Buenos Aires, p. 17 y 19).

17) Que no obsta a lo expresado la prevalencia que corresponde reconocer al derecho federal, en los términos de sus arts. 5° y 31, por sobre las normas adoptadas por las provincias y la Ciudad de Buenos Aires.

La inteligencia de tales cláusulas debe enmarcarse en la arquitectura constitucional argentina, que delimita el ámbito de validez y el alcance de las normas que integran el ordenamiento jurídico nacional. En efecto, si bien las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires guardan subordinación con el Estado federal en ciertos ámbitos, esa subordinación se verifica en los estrictos términos jurídicos de la Constitución Nacional. No se trata, por tanto, de una subordinación indeterminada, sino limitada por el mismo texto de la Norma Fundamental argentina.

En ese entendimiento, los arts. 5° y 31 de la Constitución Nacional pueden resultar violados tanto cuando el desborde competencial provenga del ejercicio de la autoridad local como cuando provenga del ejercicio de la autoridad nacional (inconstitucionalidad ascendente o descendente). De ello se deriva que la prevalencia del derecho federal consagrada por los artículos citados se encuentra condicionada a que el ejercicio de la potestad normativa nacional haya sido encausado dentro de las pautas formales y sustanciales exigidas constitucionalmente, entre ellas el reparto de competencias estatuido por la misma Norma Suprema.

Así, las normas adoptadas por las autoridades nacionales no solo no deben contradecir a la Constitución ni a los tratados internacionales sino tampoco invadir el ámbito competencial de las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. En caso de que esta contradicción ocurra, al verificarse el ejercicio de una atribución a extramuros de la Constitución Nacional, no podría válidamente concluirse la prevalencia de la norma federal en los términos de los arts. 5° y 31 citados.

18) Que, en este marco de análisis propio del federalismo, toda norma nacional impugnada deberá someterse a un previo examen sobre su debida justificación competencial. Así, el objeto del acto normativo en cuestión tiene que evidenciar su necesaria vinculación con la competencia constitucional en razón de la materia que pretendió ejercerse en él, pues de otro modo quedaría desvirtuado el cumplimiento de ese imprescindible recaudo de validez que, más allá de los criterios utilizados para determinar su alcance, debe ser siempre una atribución normativa y previa a su accionar.

19) Que, bajo estos estándares, corresponde examinar en este caso la invocación de la competencia sanitaria por parte del Estado Nacional al dictar el DNU 241/2021 para regular sobre los modos de garantizar la educación, en lo que aquí importa, en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Tal ejercicio exige evaluar su validez a la luz de la distribución de competencias federales y locales que efectúa la Constitución Nacional. Como se ha dicho, en una organización federal una misma actividad o incluso relación jurídica puede estar regulada por múltiples autoridades de la federación y alcanzada por diferentes jurisdicciones.

El reconocimiento de las atribuciones regulatorias sanitarias de la Nación no significa que alcance con la mera invocación de la salud para sellar la validez de su pretendido ejercicio. En efecto, en un sistema como el de nuestra Constitución Nacional, para que una norma federal constituya el válido ejercicio de una atribución propia del Estado Nacional debe contar con una debida justificación que lo respalde en relación a las medidas concretas adoptadas con ese objetivo.

Por ello, la adecuada motivación del acto adquiere en el caso especial importancia, pues la Administración se encontraba obligada a explicar, más que en cualquier otro acto dado el contenido concreto de su regulación, los antecedentes que la llevaron a ejercer la competencia invocada, explicitando además la adecuada proporcionalidad entre el objeto de la decisión y su finalidad, que debe hallarse en necesaria correspondencia con la de las normas competenciales invocadas por el órgano emisor.

En el caso, las alegaciones ensayadas sobre la cantidad de personas que utilizaron el transporte público de manera coincidente con el inicio de las clases presenciales, la circulación masiva de personas entre el Gran Buenos Aires y la Ciudad de Buenos Aires, o el aumento de la proporción de casos de COVID-19 en personas de trece a dieciocho años y de veinte a veintinueve años, sin mayores explicaciones sobre la particular incidencia relativa de la educación presencial en la propagación del COVID-19, no alcanza para justificar el ejercicio de una competencia sanitaria federal que incide de manera tan drástica en la modalidad de la enseñanza, en lo que aquí interesa, porteña.

El debido resguardo del federalismo constitucional exigía que el Estado Nacional justificara de manera suficiente el ejercicio en el caso de su específica competencia sanitaria en relación a la concreta orden de suspender del dictado de clases educativas presenciales en todos los niveles y en todas sus modalidades en la jurisdicción de la actora.

En conclusión, en el examen de legalidad del art. 10 *in fine* del DNU 235/2021, a partir de su modificación por el art. 2° del DNU 241/2021, la falta de justificación suficiente para ejercer una competencia sanitaria que alcance a suspender la modalidad presencial de la educación en la Ciudad deja al descubierto que, en este caso, el Estado Federal en lugar de ejercer una atribución propia invadió una que le resulta ajena.

20) Que la conclusión a la que se llega en este caso no se encuentra desvirtuada por la conformación territorial del Área Metropolitana de Buenos Aires formulada en el decreto 125/2021 ni por la doctrina de los actos propios.

21) Que, en efecto, mediante el art. 3° del DNU 125/2021 el Poder Ejecutivo Nacional delimitó el aglomerado urbano denominado "Área Metropolitana de Buenos Aires (AMBA)", comprensivo de "la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los siguientes treinta y cinco partidos de la Provincia de Buenos Aires: Almirante Brown, Avellaneda, Berazategui, Berisso, Ensenada, Escobar, Esteban Echeverría, Ezeiza, Florencio Varela, General Las Heras, General Rodríguez, General San Martín, Hurlingham, Ituzaingó, José C. Paz, La Matanza, Lanús, La Plata, Lomas de Zamora, Luján, Marcos Paz, Malvinas Argentinas, Moreno, Merlo, Morón, Pilar, Presidente Perón, Quilmes, San Fernando, San Isidro, San Miguel, San Vicente, Tigre, Tres de Febrero y Vicente López", ámbito geográfico sobre el cual se adoptaron diversas disposiciones particulares, entre las cuales se encuentra el último párrafo del art. 10 del DNU 235/2021 a partir de la modificación dispuesta por el art. 2° del DNU 241/2021, sobre el que versa la presente causa.

Fundó tal decisión en que "nuestro país es el octavo en extensión territorial a nivel mundial y presenta una diversidad geográfica, socioeconómica y demográfica que impacta en la dinámica de transmisión del virus", y que "la evolución de la pandemia varía entre jurisdicciones como también entre departamentos de una misma jurisdicción". A ello agregó que "sigue resultando imprescindible realizar una diferenciación entre las zonas donde se observa transmisión comunitaria extendida del virus, zonas con conglomerados y casos esporádicos sin nexo, y las que presentan brotes o conglomerados pequeños controlados". En ese entendimiento, concluyó que "el diferente impacto en la dinámica de transmisión del virus producido en la República Argentina en atención a lo ya señalado y, específicamente, debido a su diversidad geográfica, socioeconómica, cultural y demográfica, obliga al Estado Nacional a adoptar decisiones en función de cada realidad".

22) Que la conformación territorial formulada por el decreto 125/2021 citado, más allá de su pertinencia estratégica —que no corresponde analizar aquí— no tiene la virtualidad de alterar las potestades constitucionales reconocidas a los diversos componentes del Estado Federal que formen parte de tales áreas.

En efecto, si bien la Constitución Nacional prevé a la "región" como sujeto no inexorable o posible de nuestra federación, a los fines de su concreción exige el cumplimiento específico de las pautas exigidas por el art. 124: "Las provincias podrán crear regiones para el desarrollo económico y social y establecer órganos con facultades para el cumplimiento de sus fines y podrán también celebrar convenios internacionales en tanto no sean incompatibles con la política exterior de la Nación y no afecten las facultades delegadas al Gobierno federal o el crédito público de la Nación; con conocimiento del Congreso Nacional. La ciudad de Buenos Aires tendrá el régimen que se establezca a tal efecto".

De la norma constitucional transcripta se desprenden diversos predicamentos que conllevan necesariamente a concluir que la disposición contenida en el art. 3° del decreto 125/2021 no tiene la virtualidad necesaria para otorgar al "AMBA" el trato de "región" como sujeto constitucional del sistema federal argentino.

23) Que de lo expuesto se desprende que la previsión del "AMBA" como un área susceptible de adopción de políticas específicas en materia epidemiológica por el Estado Nacional a través del art. 3° del DNU 125/2021 no puede ser entendido como la constitución de una "región" en los términos del art. 124 de la Constitución Nacional, ni puede implicar una alteración de las potestades provinciales o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Ello sin perjuicio de las facultades reconocidas al Congreso nacional para promover "políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones", en los términos del art. 75 inc. 19 de la Constitución Nacional, con el debido respeto de las atribuciones de la Ciudad de Buenos Aires y las provincias involucradas.

Lo dicho no implica invalidar toda estrategia territorial diferente a la prevista por el art. 124 de la Constitución Nacional, sino advertir que, en un federalismo de concertación, y a la luz de los principios de "buena fe" y "lealtad federal" que se han señalado precedentemente, resulta inexorable que toda otra conformación regional para el ejercicio de competencias exclusivas de las jurisdicciones locales (o concurrentes de estas con el gobierno nacional) debe contar con la participación de las partes involucradas.

24) Que, como se adelantó, cabe descartar también que la actora haya violado la doctrina de los actos propios.

Arribados a este quicio, corresponde señalar que los principios de "buena fe" y "lealtad federal" que, en la arquitectura constitucional argentina, subyacen tras la "coordinación" y "concertación" entre los distintos estamentos de gobierno (Nación, Provincias, Ciudad de Buenos Aires y municipios), exigen concluir que el no cuestionamiento ante este Tribunal de otras normas adoptadas por el Estado Nacional en el marco de la pandemia COVID-19, no puede ser entendido de tal manera que implique derivar el consentimiento de la actora de la disposición cuya invalidez constitucional se ha planteado en los presentes, o la renuncia por parte del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a atribuciones que, en cuanto reconocidas a ella en virtud de su status constitucional, resultan irrenunciables.

25) Que en atención al modo en que se resuelve, no resulta necesario tratar los restantes agravios invocados por la actora. En definitiva, lo decidido por el Tribunal en torno a que el último párrafo del art. 10 del DNU 235/2021, a partir de la modificación dispuesta por el art. 2° del DNU 241/2021, no constituye el ejercicio de potestades constitucionales que le competen a las autoridades federales, sino que vulnera atribuciones y potestades propias de la autonomía política reconocida por la Constitución Nacional a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, torna innecesario ponderar la validez constitucional del instrumento jurídico en que se ha plasmado la norma (es decir, su carácter de decreto de necesidad y urgencia).

En efecto, la naturaleza de la fuente normativa no altera lo expresado precedentemente en relación a la distribución de las potestades en el diseño federal argentino. Es más, aun en el supuesto hipotético en que el contenido material de la regulación en estudio se instrumente mediante una ley formal del Congreso Nacional, la conclusión a que arriba el Tribunal en torno a la vulneración de la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires se mantendría incólume.

26) Que en mérito a lo expuesto, como guardián último de las garantías constitucionales, máximo intérprete de la Constitución y cabeza de un departamento del Estado (Fallos: 330:4134; 338:1575 y 342:509, 584, 1417 y 2389), este Tribunal se encuentra obligado a velar porque se respete el sistema institucional de división de poderes que establece la Constitución (art. 1°), tanto en su aspecto material en el marco del sistema republicano de gobierno (ramas legislativa, ejecutiva y judicial), como en su dimensión territorial propio del sistema federal argentino (en el que se articulan de manera coordinada las potestades del Estado Nacional, provincias, Ciudad Autónoma de Buenos Aires y municipios).

27) Que lo dicho no significa avalar (o desautorizar) decisiones sanitarias que, en todo caso, amén de ser adoptadas por las autoridades constitucionalmente competentes, como se examinó en esta causa, deberán además basarse en criterios de razonabilidad entre los que pueden mencionarse la necesidad, la proporcionalidad y el ajuste a los objetivos definidos conforme a criterios científicos (Fallos: 343:930; 344:126 y 316), elementos estos que resultan ajenos al pronunciamiento adoptado por esta Corte en la presente decisión.

28) Que, finalmente, el hecho de que el estricto acatamiento de los plazos procesales propios del juicio sumarísimo haya superado al breve plazo de vigencia temporal del DNU impugnado, no resulta óbice para que esta Corte emita su pronunciamiento.

Por el contrario, una clásica doctrina de este Tribunal indica que sus poderes se mantienen incólumes para conocer del asunto cuando el desenvolvimiento ordinario de los acontecimientos pudiera sustraer a las cuestiones planteadas de la revisión de esta Corte, frustrándose así su rol de garante supremo de la Constitución Nacional (arg. causas "Acuerdo para el Bicentenario", Fallos: 340:914; "Ríos", Fallos: 310:819; "B.A.", Fallos: 324:4061).

En ese entendimiento, dado que circunstancias como las examinadas en la causa pueden prorrogarse o repetirse en el futuro, el Tribunal entiende que su pronunciamiento no solo no se ha vuelto inoficioso sino que debe orientar, desde lo jurídico —no desde lo sanitario— decisiones futuras. Dicho de otro modo: no se trata solo de ponderar una decisión temporaria y circunstancial, sino de dejar establecido un criterio rector de máxima relevancia institucional en el marco del federalismo argentino.

Por ello, y oído el señor Procurador General de la Nación interino, se hace lugar a la demanda respecto del planteo referido a que en el caso concreto se violó la autonomía de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Con costas en el orden causado (art. 1° del decreto 1204/2001). Notifíquese, comuníquese esta decisión a la Procuración General de la Nación y, oportunamente, archívese. — *Carlos F. Rosenkrantz* (por su voto). — *Ricardo L. Lorenzetti* (por su voto). — *Juan C. Maqueda*. — *Horacio D. Rosatti.*

Voto del doctor *Rosenkrantz*

Resulta:

I. El Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires promueve acción declarativa en contra del Estado Nacional, en los términos del art. 322 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación. Pretende que se declare la inconstitucionalidad del art. 2° del decreto de necesidad y urgencia 241/2021, emitido por el Poder Ejecutivo Nacional en acuerdo general de ministros, en tanto dispone, con fundamento en el incremento sostenido de casos registrados del virus Sars-CoV-2 (COVID-19), "la suspensión del dictado de clases presenciales y las actividades educativas no escolares presenciales en todos los niveles y en todas sus modalidades, desde el 19 de abril hasta el 30 de abril de 2021, inclusive" en el ámbito del Área Metropolitana de Buenos Aires (AMBA). Asimismo, solicita el dictado de una medida cautelar que suspenda la aplicación de la norma citada, como así también de toda otra disposición o reglamentación dictada en su consecuencia.

Desde el punto de vista formal, la actora sostiene que el caso corresponde a la competencia originaria de esta Corte Suprema regulada en el art. 117 de la Constitución Nacional, en virtud de lo decidido en el precedente de Fallos: 342:533 ("Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires"). Sustenta su legitimación activa en la circunstancia de que el decreto 241/2021 afecta el régimen de autonomía de la Ciudad de Buenos Aires regulado en los arts. 129 de la Constitución Nacional y 6° de la Constitución local. Y destaca que se encuentran reunidos los requisitos de admisibilidad previstos para las acciones declarativas de inconstitucionalidad en el art. 322 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación y en la jurisprudencia de esta Corte.

En lo sustancial, afirma que el art. 2° del decreto 241/2021 es inconstitucional por las siguientes razones: a) lesiona el régimen de autonomía de la Ciudad de Buenos Aires; b) resulta irrazonable; y, c) fue dictado en violación artículo 99, inc. 3, de la Constitución Nacional.

En lo que se refiere a la primera cuestión, la actora sostiene que la medida impugnada implica una virtual intervención federal en su territorio al regular cuestiones eminentemente locales, como lo son las materias de salud y educación. Alega que el Poder Ejecutivo Nacional se arroga el ejercicio de una competencia que no le ha sido delegada pues entiende que las medidas sanitarias que deben adoptarse en los establecimientos educativos en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires se encuentran reservadas a la competencia de sus propias autoridades.

En segundo lugar, afirma que la suspensión de las clases presenciales dispuesta por el decreto 241/2021 es irrazonable en tanto no se encuentra justificada por datos empíricos ni científicos. Sostiene que los datos estadísticos sobre contagios en el ámbito educativo y sobre utilización del transporte público de pasajeros demuestran que la presencialidad en las escuelas no es la causa principal del aumento de casos de COVID-19. En tal sentido, destaca que los casos de COVID-19 confirmados entre el 17 de marzo y el 12 de abril representan solo el 0,71% de la población que asiste a las escuelas. Y agrega que, desde el inicio de clases en febrero de este año, decayó en un 70% aproximadamente la utilización del boleto estudiantil, como así también que la mayor parte de los alumnos concurre a las escuelas caminando o en bicicleta (48% en el nivel inicial, 39% en primaria y 38% en secundaria), y en automóvil (27%, 21% y 14%, respectivamente).

En tercer lugar, estima que el decreto 241/2021 resulta inconstitucional pues el Congreso de la Nación no se encuentra en receso, no está impedido de tratar la cuestión en forma inmediata urgente y tampoco existen circunstancias excepcionales que hagan imposible los trámites ordinarios previstos en la Constitución Nacional para la sanción de las leyes.

II. En la resolución del día 19 de abril, esta Corte declaró que la causa corresponde a su competencia originaria y le imprimió el trámite previsto para los procesos sumarísimos.

III. Al comparecer en la causa, el Estado Nacional contesta demanda, pide la citación de la Provincia de Buenos Aires como tercero y solicita el rechazo de la acción por las razones que se reseñan a continuación.

En primer lugar, destaca que el decreto 241/2021 impugnado por la actora fue dictado en el marco de la

situación de pandemia provocada por el COVID-19. Recuerda que esa situación dio lugar a una serie de medidas estatales de diferente tenor, entre las cuales mencionó la ampliación de la emergencia sanitaria declarada por la ley 27.541 (decreto 260/2020, prorrogada luego por el decreto 167/2001), el establecimiento del "aislamiento social, preventivo y obligatorio" (decreto 297/2020) y luego el "distanciamiento social, preventivo y obligatorio" (decreto 520/202020). Señala que al momento del dictado del decreto 241/2021 la tasa de incidencia acumulada en el país era de 5736 casos por cada 100.000 habitantes, la tasa de letalidad era del 2,2% y la tasa de mortalidad era de 1287 fallecimientos por millón de habitantes. Agrega que en la "segunda ola" de la pandemia se ha producido un aumento de casos en casi todas las jurisdicciones del país y que más del 50% de los casos nuevos se concentran en el AMBA, cuyo pico se verificó el 5 de abril con 22.897 contagios. Afirma que la velocidad de contagios en el AMBA es superior a la que se registra en otras áreas de alto riego epidemiológico, lo que, según sostiene, puede provocar la saturación del sistema de salud y el aumento de la mortalidad.

Señala que, frente a esa situación epidemiológica, el Poder Ejecutivo Nacional dictó el decreto de necesidad y urgencia 241/2021 con el objeto de velar por el derecho a la vida y a la salud de los habitantes del país. Sostiene que el decreto adoptó medidas focalizadas y limitadas en el tiempo, entre las cuales se encuentra la suspensión de clases escolares presenciales, tendientes a reducir la circulación de personas, y de ese modo, a ralentizar la velocidad de transmisión del virus. Recuerda que, a los efectos de fundar la suspensión de clases presenciales en el AMBA, el Poder Ejecutivo Nacional tuvo en cuenta que el grupo de personas de entre 6 y 17 años, entre las semanas 1 a 4, representaba el 5,3% del total de los casos confirmados y entre las semanas 12 a 14 representó el 7,3% del total de casos. Destaca que en el AMBA hay más de 3 millones de niños en edad escolar y 300.000 docentes que se movilizan diariamente y que desde el comienzo del ciclo lectivo en el 2021 se ha producido un "aumento exponencial" del número de casos dentro de la población en edad escolar, similar y aun mayor que el observado en la curva de la población en general. Agrega que, con el comienzo de clases, también se ha producido un aumento del uso del transporte público en el AMBA. Afirma que, frente a esa situación, se hizo necesario adoptar medidas sanitarias de carácter colectivo destinadas a disminuir el aumento de casos y la transmisión comunitaria pues las medidas de prevención individuales en las instituciones educativas resultaban insuficientes.

En lo que se refiere a las objeciones formuladas por la actora, sostiene que el decreto de necesidad y urgencia 241/2021 cumple con todos los recaudos previstos en el art. 99, inciso 3, de la Constitución Nacional. En particular, afirma que se verifica una situación de necesidad y urgencia en los términos definidos por esta Corte en el precedente "Verrocchi" (Fallos: 322:1726), que el decreto no trata ninguna de las materias prohibidas por la norma constitucional citada y que se le ha dado intervención a la Comisión Bicameral Permanente creada por la ley 26.122 —que emitió dictamen favorable a la validez del decreto—.

En el plano sustantivo, argumenta que la medida que adopta el decreto 241/2021 para reducir la circulación de la población y disminuir los contagios tiene por finalidad la protección de la vida y la salud de la población, derechos de raigambre constitucional según la jurisprudencia de esta Corte que cita. Alega que el decreto conjuga esos derechos con el derecho a la educación, que se encuentra garantizado mediante la modalidad virtual. Manifiesta que la medida es razonable y proporcionada, y que no tiene por meta afectar la autonomía de la ciudad ni el derecho a la educación de los niños. Por el contrario, al efectuar la ponderación de los derechos en disputa, afirma que "no hay duda de que la vida y la salud están muy por encima de la educación presencial" y que la virtualidad en pandemia es la medida menos gravosa. Aduce que las restricciones adoptadas configuran un medio idóneo para evitar el colapso del sistema sanitario producto del aumento desmedido de casos de COVID-19 y con ello resguardar la salud pública.

Entiende, por lo tanto, que la suspensión de clases presenciales es razonable pues se encuentra fundada en los hechos que le han dado origen —la situación epidemiológica descripta— y por la necesidad de salvaguardar el interés público comprometido —la vida y la salud de la población—.

Por otro lado, en lo que se refiere al planteo de la actora sobre la violación de su régimen de autonomía, el Estado Nacional sostiene que el decreto de necesidad y urgencia 241/2021 fue dictado en el marco de la emergencia sanitaria declarada por la ley 27.541 —ampliada por el decreto 260/2021—. También afirma que la medida cuestionada es fruto del ejercicio del poder de policía sanitario del que se encuentra investido el Estado de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corte. Argumenta que, si bien el ejercicio de ese poder de policía es concurrente entre Nación y provincias, en caso de incompatibilidad de criterios prevalece la norma nacional por imperio de los arts. 5° y 31 de la Constitución Nacional. Destaca que, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte, la potestad provincial cede frente a la norma federal cuando el Congreso, por aplicación del art. 75, inc. 18, de la Constitución, prohíbe el ejercicio de esa potestad, o bien cuando la normativa provincial dificulta o impide el adecuado cumplimiento de los propósitos de la norma federal.

Asimismo, afirma que el alcance de la norma impugnada por la actora, como se desprende de sus propios términos, es interjurisdiccional pues la problemática generada por el COVID-19 no reconoce fronteras internas. En este sentido, alega que la circulación masiva de personas entre el Gran Buenos Aires y la Ciudad de Buenos Aires constituye un fenómeno de la vida cotidiana e involucra los desplazamientos de personas pertenecientes a la comunidad educativa. Con cita de precedentes de esta Corte, invoca la potestad del art. 75 inc. 13, de la Constitución, para regular cuestiones interjurisdiccionales, las que —según afirma— se configuran cuando el territorio afectado "se trata de un área geográfica que se extiende más allá de la frontera provincial". En tal sentido, aduce que el decreto de necesidad y urgencia 241/2021 busca proteger la vida y la salud a nivel nacional y para ello ha hecho especial énfasis en AMBA, por ser la región de mayor concentración de población y por ende de mayor circulación del virus. Señala que el AMBA es un "conglomerado pluri-jurisdiccional" que abarca la Ciudad de Buenos Aires y una parte de la Provincia de Buenos Aires y que si bien las decisiones sanitarias locales pueden resultar competencia propia de la Ciudad cuando no tienen impacto a nivel nacional, entiende que cuando la acción o inacción de la autoridad local trascienda, "de forma cierta, probable o inminente" su territorio, suscita la competencia federal por la interjurisdiccionalidad de la situación configurada. En la misma línea, entiende que la medida impugnada no viola la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires regulada en el art. 129 de la Constitución Nacional y tampoco se trata de una intervención federal encubierta puesto que no ha mediado desplazamiento de las autoridades locales.

Finalmente, invoca la doctrina de los actos propios pues la Ciudad de Buenos Aires ha consentido todas las medidas sanitarias adoptadas en el marco de la pandemia antes de la sanción del decreto 241/2021 —entre ellas la suspensión de clases presenciales en el 2020—, sin cuestionar la competencia del Poder Ejecutivo Nacional en la materia. Por lo tanto, considera que resulta incoherente y por ende contrario a la buena fe que, con la actual situación epidemiológica, la actora pretenda impugnar la medida adoptada en el decreto mencionado.

IV. Mediante providencia del día 27 de abril se desestimó el pedido de citación de terceros formulado por la demandada.

V. El día 29 de abril, el señor Procurador General de la Nación interino emitió su dictamen, propiciando la declaración de inconstitucionalidad de la norma atacada, por considerar que no se encontraban reunidos los requisitos constitucionales para el dictado de un decreto de necesidad y urgencia como el impugnado.

Considerando:

1°) Que la presente causa corresponde a la competencia originaria de la Corte Suprema (arts. 116 y 117 de la Constitución; Fallos: 342:533 y 343:1836, entre muchos otros).

2°) Que el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires cuenta con legitimación activa para defender la esfera de sus atribuciones constitucionales contra actos del Estado Nacional que considera lesivos de su autonomía política. Al respecto, según lo resuelto por esta Corte en el precedente publicado en Fallos: 341:1148, "los estados provinciales cuentan con legitimación activa para reclamar en juicio la invalidez de actos que vulneran atribuciones y poderes inherentes a su autonomía política, de acuerdo con la distribución de competencias establecida por el régimen Constitucional Federal. En efecto, en la medida que se pretende la delimitación de las órbitas de competencia entre la autoridad federal y la local, y se sostiene que esta última ha sido afectada por los actos impugnados, se está frente a una "causa" o controversia en los términos de la Constitución (conf. doctrina de Fallos: 310:606, 977; 310:2812 y 335:790, voto del juez Petracchi).

Por lo tanto, es claro que resulta titular de la relación jurídica sustancial sobre la que trata esta controversia.

3°) Que la demanda pone en cuestión la validez del art. 10 del decreto 235/2021, texto modificado por el art. 2° del decreto 241/2021, en cuanto dispone la suspensión de las clases presenciales en todo el territorio de la Ciudad de Buenos Aires, por hallarse comprendido en la zona denominada AMBA (Área Metropolitana de Buenos Aires). Según dice, esta decisión del Poder Ejecutivo Nacional viola la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires, reconocida en el art. 129 de la Constitución, puesto que el gobierno federal se ha arrogado potestades eminentemente locales, como lo son las materias de salud y educación. Además, la actora cuestiona la validez de la medida, desde el punto de vista formal, por no encontrarse reunidos los requisitos a los que la Constitución supedita el dictado de decretos de necesidad y urgencia y, desde una perspectiva sustancial, por no satisfacerse la exigencia constitucional de razonabilidad de todos los actos estatales.

4°) Que para analizar los agravios de la parte actora contra la decisión tomada por el Ejecutivo en el art. 10 del decreto 235/2021 (texto según el art. 2° del decreto 241/2021), conviene de modo preliminar reproducir el texto íntegro de dicha disposición:

"Artículo 10.- Clases presenciales. Se mantendrán las clases presenciales y las actividades educativas no escolares presenciales en todo el país, salvo las excepciones dispuestas en el presente decreto o que

se dispongan, dando efectivo cumplimiento a los parámetros de evaluación, estratificación y determinación del nivel de riesgo epidemiológico y condiciones establecidas en las Resoluciones N° 364 del 2 de julio de 2020, 370 del 8 de octubre de 2020, 386 y 387 ambas del 13 de febrero de 2021 del Consejo Federal de Educación, sus complementarias y modificatorias.

En todos los casos se deberá actuar de acuerdo a los protocolos debidamente aprobados por las autoridades correspondientes.

Los Gobernadores y las Gobernadoras de Provincias y el Jefe de Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, según corresponda, podrán suspender en forma temporaria las actividades, conforme a la evaluación del riesgo epidemiológico, de conformidad con la normativa vigente. Solo en caso de haber dispuesto por sí la suspensión de clases, podrán disponer por sí su reinicio, según la evaluación de riesgo.

El personal directivo, docente y no docente y los alumnos y las alumnas —y su acompañante en su caso—, que asistan a clases presenciales y a actividades educativas no escolares presenciales, quedan exceptuados y exceptuadas de la prohibición del uso del servicio público de transporte de pasajeros urbano, interurbano e interjurisdiccional, según corresponda y a este solo efecto, conforme con lo establecido en las resoluciones enunciadas.

Establécese, en el aglomerado del Área Metropolitana de Buenos Aires (AMBA), según está definido en el artículo 3° del Decreto N° 125/2021, la suspensión del dictado de clases presenciales y las actividades educativas no escolares presenciales en todos los niveles y en todas sus modalidades, desde el 19 de abril hasta el 30 de abril de 2021, inclusive.

5°) Que la disposición cuestionada pretende enmarcarse en el ejercicio del poder de policía de emergencia en materia sanitaria, declarada por ley 27.541 y ampliada luego por el decreto de necesidad y urgencia 260/2020.

En ese contexto, cabe recordar que la existencia de una situación de esa naturaleza habilita la adopción de remedios que en condiciones de normalidad podrían no ser válidos (doctrina de Fallos: 136:170; 200:450; 243:449; 321:1984; 330:2981; entre muchos otros). De todos modos, la emergencia no es una franquicia para ignorar el derecho vigente. La emergencia está sujeta al derecho en este país, en tanto también es una situación jurídicamente regulada y ella no implica en modo alguno que cualquier medida que pudiera representarse como eficaz para atender la situación sea, por esa sola razón, constitucionalmente admisible. No debe perderse de vista que la emergencia, si bien puede proporcionar la ocasión para ejercer un poder existente, no crea poderes nuevos (Fallos: 172:21; 313:1638; doctrina tomada de los precedentes estadounidenses "Wilson v. New", 243 U.S. 332, y "Home & Loan Building Ass'n c. Blaisdell", 290 U.S. 398). Tiene dicho este Tribunal que "[...] los poderes de emergencia nacen exclusivamente de la Constitución, la que los conforma y delimita, por lo que todo avance más allá de ese marco conceptual desborda la legitimidad, tornándose en arbitrariedad y exceso de poder" ("Antinori", Fallos: 321:2288).

En virtud de que la emergencia no nos libera del poder regulativo del derecho, las autoridades deben encarar la responsabilidad de atender los problemas que ella plantea dentro de los límites formales y sustanciales que les impone la Constitución. Como señaló con acierto el juez Petracchi, y de un modo especialmente relevante para este caso, la invocación de la emergencia "tampoco puede justificar el desconocimiento del esquema constitucional de reparto de competencias legislativas entre la Nación y las provincias. La necesidad de enfrentar circunstancias de esa naturaleza solamente explica que las atribuciones que la Constitución Nacional distribuye entre cada una de ellas sean excepcionalmente ejercidas de un modo más intenso, sin alterar la sustancia de los derechos reglamentados: 'La emergencia no crea el poder, ni aumenta el poder concedido, ni suprime, ni disminuye las restricciones impuestas sobre el poder concedido, o reservado [...]'" (Fallos: 322:2817, disidencia del juez Petracchi, considerando 5°).

6°) Que en lo que respecta concretamente a la Ciudad de Buenos Aires, desde la reforma constitucional de 1994 y luego de que se organizara el gobierno autónomo, el gobierno nacional ha perdido las atribuciones que tenía como gobierno local de la Capital: el Congreso para ejercer una legislación exclusiva y el presidente para ejercer como jefe local (cfr. arts. 67, inc. 27 y 86, inc. 3° de la Constitución 1853-1860 y art. 129 de la Constitución y cláusula transitoria decimoquinta de la Constitución reformada en 1994). Estas facultades de gobierno sobre la Ciudad de Buenos Aires no pueden ser reasumidas por el Presidente o por el Congreso, ni siquiera de manera transitoria, lo cual queda demostrado por la inclusión de la Ciudad en los arts. 75, inc. 31 de la Constitución, 99, inc. 20, que solo admiten este tipo de injerencias en la Ciudad de Buenos Aires si el Congreso dispone a la intervención federal o aprueba la intervención decretada por el Presidente durante su receso. El federalismo argentino, desde 1994, tiene un nuevo estado participante bajo la forma de una ciudad constitucional federada que ejerce su autonomía política de manera coordinada con el resto de las unidades que integran la federación y la Nación. Tal ha sido la inteligencia del art. 129 de la Constitución que ha dado fundamento a la decisión de esta Corte registrada en Fallos: 342:533.

Por ello, la Ciudad de Buenos Aires cuenta con todas las facultades propias de legislación interna similares a las que gozan las provincias argentinas (con la exclusiva salvedad de las atribuciones que la ley 24.588 reconoce al gobierno nacional para garantizar los intereses del estado nacional en la Ciudad). En particular, conserva su poder de policía sobre las cuestiones de salud y salubridad públicas y sobre la organización y funcionamiento de sus instituciones educativas.

7°) Que respecto de la salud y salubridad públicas, desde sus primeros precedentes esta Corte dejó sentado que el ejercicio del poder de policía en esa materia era una atribución propia de las provincias (Fallos: 7:150). Esta solución se sustentó en los arts. 104 y 105 de la Constitución Nacional (actuales arts. 121 y 122), según los cuales las provincias conservan todo el poder no delegado y se dan sus propias instituciones sin intervención del Gobierno federal. Con posterioridad, esta Corte reconoció al Estado Nacional facultades concurrentes en la materia, con sustento en el poder de policía que surge del art. 75, inc. 18, de la Constitución Nacional —ex artículo 67, inciso 16— (conf. Fallos: 315:1013).

8°) Que, a su vez, en materia de educación la Constitución Nacional exige a las provincias asegurar la educación primaria, como uno de los presupuestos de la garantía federal del goce y ejercicio de sus instituciones (art. 5), y les otorga atribuciones para promover la educación, la ciencia, el conocimiento y la cultura (art. 125). Estas previsiones son extensibles a la Ciudad de Buenos Aires, en virtud del régimen de autonomía del artículo 129 de la Constitución Nacional.

Por lo demás, la Ley Nacional de Educación N° 26.206, que establece qué establecimientos quedan bajo jurisdicción de la ciudad y que no ha sido derogada por el decreto cuestionado, dispone en su art. 121 que corresponde a los gobiernos provinciales y a la Ciudad de Buenos Aires planificar, organizar, administrar y financiar el sistema educativo en su jurisdicción, según sus particularidades sociales, económicas y culturales (inciso b), "[o]rganizar y conducir las instituciones educativas de gestión estatal" (inciso d) y "[a]utorizar, reconocer, supervisar y realizar los aportes correspondientes a las instituciones educativas de gestión privada, cooperativa y social" (inc. e).

A su vez, el Estado Nacional tiene potestades para dictar planes de instrucción general y universitaria (artículo 75, inciso 18 de la Constitución Nacional) y sancionar leyes de organización y de base de la educación que consoliden la unidad nacional respetando las particularidades provinciales y locales (art. 75, inc. 19 de la Constitución Nacional).

9°) Que, de acuerdo con las normas reseñadas, resulta claro que la decisión de si la escolaridad debe realizarse bajo la modalidad presencial o virtual en los establecimientos de educación inicial, primaria y secundaria dependientes de la Ciudad de Buenos Aires o regulados por ella corresponde, en principio, a ese estado y no a la Nación.

En ese contexto normativo, la decisión de suspender las clases presenciales en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires adoptada por el Estado Nacional —aun a la luz de la declaración de emergencia— solamente podría validarse constitucionalmente si encontrase respaldo en la facultad exclusiva del Congreso para reglar el comercio de las provincias entre sí (art. 75, inc. 13 de la Constitución) o en las facultades concurrentes del Congreso, las provincias y la Ciudad de Buenos Aires para promover el bienestar de todas las provincias (art. 75, inc. 18 de la Constitución).

Por otro lado, el estándar para determinar si se encuentran satisfechos los requisitos que, en función de estas normas, podrían habilitar la regulación nacional tiene que tomar en cuenta la materia regulada. No debemos olvidar que en el caso se discute, ni más ni menos, la competencia para la prestación del servicio educativo, que las provincias y la Ciudad de Buenos Aires están constitucionalmente obligadas a asegurar como precondición de la garantía federal del goce y ejercicio de sus instituciones (art. 5, Constitución Nacional). Dicha obligación les impone especiales responsabilidades sobre los establecimientos educativos que la ley 26.206 pone bajo su jurisdicción. Ello hace inaceptable que la pretensión de limitar la competencia de la Ciudad de Buenos Aires y de las provincias por parte del Estado Nacional se funde en consideraciones meramente conjeturales conectadas a la presunta eficacia para la realización de otros objetivos que el Estado Nacional pueda considerar como socialmente valiosos.

10) Que respecto del art. 75, inc. 13 de la Constitución esta norma confiere al Congreso —o al Presidente mediante el dictado de un decreto de necesidad y urgencia, siempre que concurriesen las circunstancias previstas en el art. 99, inc. 3° de la Constitución— la atribución para regular el comercio de las provincias entre sí. Como es sabido, esta cláusula ha sido interpretada por el Tribunal bajo un concepto muy amplio del vocablo "comercio", comprensivo de las actividades interjurisdiccionales en general (cfr. Fallos: 335:1739 y sus citas).

Esta facultad exclusiva del Congreso puede ejercerse únicamente cuando una determinada actividad tiene carácter interjurisdiccional —en sí misma o por sus efectos— y no al revés; esto es, el carácter interjurisdiccional de una actividad no puede ser supuesto meramente porque el Congreso haya legislado

sobre ella. En otras palabras, la Nación, mediante una sanción normativa, no puede transformar en interjurisdiccional lo que, fáctica y jurídicamente, no lo es. Para que una actividad sea interjurisdiccional y, por lo tanto, admita la regulación nacional, es preciso que tenga un alcance, en sí misma o por sus efectos, que exceda los límites de la provincia de que se trate o de la Ciudad de Buenos Aires.

En consecuencia, dado que —según se dijo— está en juego la obligación de las unidades federadas de garantizar la educación dentro de sus límites territoriales, la determinación por parte del Estado Nacional de que una actividad reviste carácter interjurisdiccional no puede presentarse como un hecho meramente conjetural, incluso en una situación de emergencia.

11) Que suspender las clases presenciales en el sistema educativo de la Ciudad de Buenos Aires como medio para alcanzar la meta de una menor circulación de personas entre esa jurisdicción y la Provincia de Buenos Aires, que el gobierno nacional cita como fundamento de sus decisiones, no satisface las exigencias de justificación referidas.

Huelga aclarar que nadie duda de que la pandemia excede todo límite interprovincial y, para el caso, toda frontera nacional. Pero ello no basta para justificar constitucionalmente la adopción de medidas como las que aquí se analizan. Si se supusiera que el alcance transnacional de la pandemia —que, por lo demás, es conceptual y deriva de la propia calificación del fenómeno como tal— determina por sí mismo el carácter interjurisdiccional de cualquier regulación vinculada con ella, ello implicaría el desplazamiento total y absoluto de las autoridades locales en cualquier situación o aspecto de la realidad que guardase un mínimo de conexión con aquel grave problema. Una tesis tal es inadmisible, especialmente cuando la decisión del Estado Nacional impacta en el modo de operación y funcionamiento del sistema educativo a nivel local. No debemos olvidar que, de acuerdo con el conocido canon interpretativo, no debe prescindirse de las consecuencias que se derivan de la adopción de los distintos criterios interpretativos posibles, pues ellas constituyen uno de los índices más seguros acerca de su razonabilidad y coherencia con el sistema normativo (Fallos: 310:1267; 323:3619; 324:1481; 326:417; 327:769; 328:53, entre muchos otros). No basta, entonces, el carácter transnacional de la situación sanitaria que se intenta paliar para dar por acreditada una suerte de interjurisdiccionalidad per se respecto de cualquier medida que se adopte con la finalidad de combatirla.

En esta causa, la Ciudad de Buenos Aires ha proporcionado elementos de juicio que indican que el impacto interjurisdiccional de la actividad regulada es meramente conjetural. Ha mostrado el carácter geográficamente acotado de la prestación de clases presenciales en función de varios indicadores, tales como la baja incidencia de los contagios dentro de los establecimientos educativos, el criterio de proximidad con el que se asignan las vacantes en el sistema público y la reducción en el uso de transportes públicos por alumnos en relación con la tasa de uso previa a la pandemia.

Por su parte, el Estado Nacional en la fundamentación del decreto impugnado hace referencias al transporte de pasajeros dentro del territorio denominado AMBA pero lo hace de modo global, sin discriminar el transporte interno de cada jurisdicción y el transporte que pasa de una a otra y, por lo tanto, ello resulta insuficiente para determinar en qué medida este último —del cual depende, entre otras cosas, la existencia de interjurisdiccionalidad— se habría incrementado como consecuencia del comienzo de las clases presenciales dentro de la Ciudad Autónoma. Sumado a ello, en la demanda se afirma —sin que haya sido puntualmente rebatido por el Estado Nacional— que la mayor parte del alumnado que concurre a escuelas de la Ciudad de Buenos Aires no utiliza el transporte público para concurrir a clases. En consecuencia, si bien el acto cuestionado goza de presunción de legitimidad, la demandante ha demostrado que la pretendida interjurisdiccionalidad, en los términos en que ha sido fundado el decreto y defendido en esta instancia, no excede lo meramente conjetural.

En las condiciones reseñadas, la delimitación de un territorio como el Área Metropolitana Buenos Aires (AMBA) por parte de la Nación no basta para sujetarlo a la jurisdicción federal.

12) Que resta analizar si el artículo 10 último párrafo del decreto 235/2021, texto según el decreto 241/2021, puede encontrar justificación constitucional en lo previsto por el artículo 75, inciso 18.

Si bien no caben dudas de que el Estado Nacional posee potestades concurrentes en materia sanitaria, que hallan cabida en el art. 75 inc. 18 de la Constitución (Fallos: 315:1013; entre otros), estas "no son exclusivas, ni excluyentes de las que competen a sus unidades políticas en sus esferas de actuación, sino que, en estados de estructura federal, pesan sobre ellas responsabilidades semejantes que también se proyectan sobre entidades públicas y privadas que se desenvuelven en este ámbito" (Fallos: 331:2135, considerando 8° y sus citas). Y el hecho de que exista una norma nacional que regula determinada materia sanitaria no implica que, por su sola condición de norma nacional, deba siempre prevalecer y desplazar la posibilidad del ejercicio de potestades locales sobre el mismo asunto. Este Tribunal ha sostenido que "el principio establecido por el art. 31 de la Constitución Nacional no significa que todas las leyes dictadas por

el Congreso tengan el carácter de supremas, cualesquiera sean las disposiciones en contrario de las leyes provinciales: lo serán si han sido sancionadas en consecuencia de los poderes que la Constitución ha conferido al Congreso expresa o implícitamente" (Fallos: 239:343).

Ahora bien: dado que, como se dijo, lo que se encuentra en juego es la organización y funcionamiento del sistema educativo a nivel local, no basta la mera invocación del bienestar general para sustentar una norma nacional como la cuestionada. La única consideración invocada por el Estado Nacional que podría estar ligada al bienestar general ha sido, nuevamente, que la modalidad de dictado de clases en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires tendría un impacto interjurisdiccional, pero —como ya se sostuvo— esa consideración no excede lo meramente conjetural. En consecuencia, para poder justificar la medida que pretende adoptar el Estado Nacional, este debía explicar por qué otra razón la continuidad de la modalidad de clases presenciales en el ámbito de la ciudad afecta el bienestar general de todas las provincias. Y no lo ha hecho.

Sobre esta manera de coordinar las competencias concurrentes, ha resuelto esta Corte que el concepto de facultades o atribuciones concurrentes alude a una regla de distribución que otorga al Congreso competencia para tomar decisiones concernientes a los intereses del país como un todo (Fallos: 243:276; 249:292, voto del juez Oyhanarte) y a las provincias para dictar leyes con imperio exclusivamente dentro de su territorio (Fallos: 239:343). De esta manera, el ejercicio de las facultades concurrentes, manteniéndose en sus propias esferas jurisdiccionales, permite la coexistencia legislativa (ibídem, p. 347), lo cual está de conformidad con la doctrina de este Tribunal, que ha establecido el siguiente principio: el gobierno de la Nación no puede impedir o estorbar a las provincias el ejercicio de aquellos poderes de gobierno que no han delegado o reservado, porque por esa vía podría llegarse a anularlos por completo (ibídem, p. 348) (Fallos: 341:1148).

13) Que lo dicho en el considerando precedente determina también la inaplicabilidad al caso de precedentes como los invocados por la demandada que hacen alusión a la legitimidad de leyes nacionales con alcance general y de aplicación uniforme en todo el territorio de la Nación. Es el caso de Fallos: 318:137 que se refiere a la ley 3959 sobre la defensa de los ganados en el territorio de la República contra la invasión de enfermedades contagiosas exóticas y la acción de las epizootias. Por lo demás, según se desprende de Fallos: 201:336, la ley 3959 fue sancionada por el Congreso en uso de la facultad para reglar el comercio de las provincias entre sí (art. 75, inc. 13 de la Constitución) y no como una medida orientada al bienestar de la población.

14) Que el reparto constitucional de competencias descripto en los considerandos anteriores no ignora, a la luz de las consideraciones brindadas por el Estado Nacional en la normativa de emergencia dictada desde el comienzo de la pandemia, que el gobierno federal puede intentar coordinar a las autoridades locales en la tarea de determinar si la escolaridad dentro de cada una de sus jurisdicciones debe ser presencial o virtual.

En sentido coincidente con este principio, el decreto de necesidad y urgencia 260/20, que amplió la emergencia sanitaria declarada por la ley 27.541 con fundamento en la pandemia provocada por el COVID-19, estableció que el Ministerio de Educación debía disponer "las condiciones en que se desarrollará la escolaridad respecto de los establecimientos públicos y privados de todos los niveles durante la emergencia, de conformidad con las recomendaciones de la autoridad sanitaria, y en coordinación con las autoridades competentes de las distintas jurisdicciones" (arts. 1 y 13). El propio artículo 10 del decreto 235/2021 —modificado por el decreto 241/2021—, en su texto mismo, reconoce que la autoridad competente en la Ciudad de Buenos Aires y en las provincias para evaluar el riesgo epidemiológico y la eventual suspensión de clases presenciales es el gobierno de cada uno de esos estados (tercer párrafo) y que el marco está dado por lo resuelto de manera concertada por todas las jurisdicciones participantes del Consejo Federal de Educación (primer párrafo).

En ese contexto, las provincias y la Ciudad de Buenos Aires aceptaron el papel coordinador del gobierno federal, requiriendo su visto bueno incluso para cumplir con funciones que indudablemente integran el núcleo de sus facultades reservadas (vid. Decisión Administrativa 524/2020). De este modo, contrariamente a lo que afirma el Estado Nacional en su contestación de la demanda, no cabe suponer que las provincias o la Ciudad de Buenos Aires hayan renunciado a facultad alguna, renuncia que por otra parte no podría alcanzar a facultades constitucionales indelegables. Lo único que han hecho es aceptar el rol del Estado Nacional como coordinador, lo que es bien distinto. No resulta, por ello, aplicable la doctrina de los actos propios, reclamada por la demandada.

15) Que, por todo lo anteriormente expuesto, corresponde concluir que la decisión adoptada por el Poder Ejecutivo de la Nación en el art. 10, último párrafo, del decreto 235/2021, de disponer la suspensión de las clases en la Ciudad de Buenos Aires entre el 15 y el 30 de abril de 2021 de manera unilateral y directa configura una intromisión, durante ese período, en las facultades que corresponden al gobierno autóno-

mo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para dirigir el funcionamiento de su sistema escolar y resulta, por ello, contrario a la Constitución Nacional.

16) Que, si bien todo lo dicho hasta aquí viene impuesto por consideraciones vinculadas con el texto mismo de la Constitución, lo cual bastaría para sustentar la decisión que hoy debe tomar el Tribunal, hay todavía una razón adicional de máxima importancia que subyace a toda nuestra organización institucional que debe aquí hacerse explícita. Se trata del respeto que todas las autoridades de la República han de rendir al orden institucional y al sistema democrático. La obligación de respetar y acatar el proyecto de república democrática que establece la Constitución Nacional abarca a todas las autoridades de la Nación, sin distinciones (arg. Fallos: 340:1383, considerando 5°). Este sistema institucional, tal como ha sido organizado en la Constitución, se realiza tanto en el nivel nacional como así también en el provincial y municipal, y se asienta no solamente en el carácter electivo de las autoridades ejecutivas y legislativas, sino, particularmente en su deber de responder ante la ciudadanía. En cada uno de los niveles de gobierno, las autoridades son electas por el pueblo de la nación, de la provincia o del municipio y en cada una de esas comunidades políticas las autoridades electas deben responder por sus actos. Más aún, el sistema representativo que organizó desde sus albores nuestra Constitución ha sido reforzado por nuevas cláusulas incorporadas por la Reforma Constitucional en 1994 (cf. arts. 36 a 40). Por ello, si se usurparan las funciones que corresponden a los gobiernos locales sin duda se subvertiría el carácter representativo del sistema pues se disociaría a los gobiernos locales de las políticas que rigen en sus respectivos territorios, liberándolos de la responsabilidad que les cabe por ellas.

Nunca es sobreabundante recordar que la Constitución es nuestra carta de navegación y debemos aferrarnos a ella en tiempos de calma y más aún en tiempos de tormenta, no dejándonos llevar por la pulsión de decidir al margen de lo que ella exige. De esta manera, la democracia saldrá fortalecida por su eficacia para gobernar la emergencia y no debilitada por el uso de un régimen de excepción ajeno a nuestra Constitución.

17) Que es de máxima importancia hacer dos aclaraciones finales. En primer lugar, todo lo dicho anteriormente se relaciona con el modo en que deben articularse las competencias de la Nación y del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires para decidir sobre la razonabilidad de mantener o suspender las clases presenciales en el territorio de la ciudad, pero en modo alguno debe ser interpretado como abriendo juicio sobre cuál de las dos políticas es la más adecuada en cada jurisdicción para armonizar en la crisis los distintos bienes jurídicos involucrados (salud, educación, libertad de circulación, entre otros), cuestión que —naturalmente— resulta ajena a la órbita del Poder Judicial (Fallos: 338:1583; 343:2019; entre muchos otros).

En segundo lugar, nada de lo dicho en esta sentencia pone en duda las potestades del gobierno nacional para tomar medidas de alcance general y uniforme con la finalidad de combatir la pandemia. El análisis se limita, en cambio, a resolver la cuestión de qué autoridad resulta competente para adoptar medidas sanitarias con efectos circunscriptos al interior del sistema educativo de cada jurisdicción, a la luz de las consideraciones brindadas por el propio Estado Nacional al justificar el decreto impugnado. Esto supone resguardar la delimitación de competencias que constituyen la base de la organización institucional del país.

18) Que lo hasta aquí expuesto basta para decidir la acción promovida y torna innecesario el tratamiento de los restantes planteos de la actora, vinculados con el alegado incumplimiento de los requisitos constitucionales que habilitan el dictado de decretos de necesidad y urgencia y con la falta de razonabilidad que achaca a la normativa.

19) Que, finalmente, el hecho de que el estricto acatamiento de los plazos procesales propios del juicio sumarísimo haya superado al breve plazo de vigencia temporal del DNU impugnado, no resulta óbice para que esta Corte emita su pronunciamiento.

Por el contrario, una clásica doctrina de este Tribunal indica que sus poderes se mantienen incólumes para conocer del asunto cuando el desenvolvimiento ordinario de los acontecimientos pudiera sustraer a las cuestiones planteadas de la revisión de esta Corte, frustrándose así su rol de garante supremo de la Constitución Nacional (arg. causas "Acuerdo para el Bicentenario", Fallos: 340:914; "Ríos", Fallos: 310:819; "B.A.", Fallos: 324:4061).

En ese entendimiento, dado que circunstancias como las examinadas en la causa pueden prorrogarse o repetirse en el futuro, el Tribunal entiende que su pronunciamiento no solo no se ha vuelto inoficioso sino que debe orientar, desde lo jurídico —no desde lo sanitario— decisiones futuras. Dicho de otro modo: no se trata solo de ponderar una decisión temporaria y circunstancial, sino de dejar establecido un criterio rector de máxima relevancia institucional en el marco del federalismo argentino.

Por ello, y oído el señor Procurador General de la Nación interino, se hace lugar a la demanda respecto del planteo referido a que en el caso concreto se violó la autonomía de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Con costas en el orden causado (art. 1° del decreto

1204/2001). Notifíquese, comuníquese esta decisión a la Procuración General de la Nación y, oportunamente, archívese. — *Carlos F. Rosenkrantz.*

Voto del doctor *Lorenzetti*

Resulta:

Que el infrascripto coincide con los resultandos 1 a 9 que encabezan este pronunciamiento, a los que cabe remitir en razón de brevedad.

Considerando:

1°) Que los precedentes de esta Corte Suprema establecen la existencia de reglas estables para la solución del presente conflicto que corresponde recordar.

2°) Que el Poder Judicial debe proteger los derechos humanos para que no sean avasallados. En este sentido, "todos los individuos tienen derechos fundamentales con un contenido mínimo para que puedan desplegar plenamente su valor eminente como agentes morales autónomos, que constituyen la base de la dignidad humana, y que esta Corte debe proteger" (Fallos: 328:566, "Itzcovich"; voto del juez Lorenzetti).

El Estado no puede sustituir a las personas en las decisiones correspondientes a su esfera individual. En este orden: "una sociedad civilizada es un acuerdo hipotético para superar el estado de agresión mutua (Hobbes, Thomas, "Leviatán. O la materia, forma y poder de una República, eclesiástica y civil", México, Fondo de Cultura Económica, 1994), pero nadie aceptaría celebrar ese contrato si no existen garantías de respeto de la autonomía y dignidad de la persona pues "aunque los hombres, al entrar en sociedad, renuncian a la igualdad, a la libertad y al poder ejecutivo que tenía en el estado de naturaleza, poniendo todo esto en manos de la sociedad misma para que el poder legislativo disponga de ello según lo requiera el bien de la sociedad, esa renuncia es hecha por cada uno con la exclusiva intención de preservarse a sí mismo y de preservar su libertad y su propiedad de una manera mejor, ya que no puede suponerse que criatura racional alguna cambie su situación con el deseo de ir a peor" (Locke, John, "Segundo Tratado sobre el gobierno civil", capítulo 9, Madrid, Alianza, 1990). Tales derechos fundamentales son humanos, antes que estatales". (Fallos: 328:2056 "Simón", voto del juez Lorenzetti).

Esta tutela de los derechos fundamentales debe ser efectiva y la consiguiente limitación solo puede ser excepcional. En este sentido: "...cuando la pretensión se relaciona con derechos fundamentales, la interpretación de la ley debe estar guiada por la finalidad de lograr una tutela efectiva, lo que se presenta como una prioridad cuando la distancia entre lo declarado y la aplicación efectiva perturba al ciudadano. Los jueces deben evitar interpretaciones que presenten como legítimas aquellas conductas que cumplen con la ley de modo aparente o parcial, causando el perjuicio que la norma quiere evitar" (Fallos: 329:5239, "Di Nunzio", voto del juez Lorenzetti).

En este tipo de conflictos, la finalidad de la decisión judicial es preservar la paz social. "En estos supuestos, la decisión debe fundarse en una razonable ponderación de los principios constitucionales en juego, y en una adecuada consideración de las consecuencias económicas y sociales de la decisión que debe tomarse, ya que la finalidad esencial apunta a contribuir con la paz social. La verdadera misión que tiene el tribunal en casos de relevancia institucional, no es averiguar la verdad, ni practicar silogismos, sino adoptar una decisión que permita apaciguar los conflictos, fundándose en argumentos constitucionales razonables, verificables y que tengan en cuenta los consensos sociales vigentes en el momento de tomarla... Que, a su vez, es necesario fundar las decisiones en principios sostenidos a lo largo del tiempo por la comunidad de juristas, que seguramente permanecerán en el futuro como un modo normal de la convivencia humana. Un sistema estable de reglas y no su apartamiento por necesidades urgentes es lo que permite construir un Estado de Derecho" (Fallos: 330:855, "Rinaldi", voto de los jueces Lorenzetti y Zaffaroni, considerando 13).

3°) El bloque de constitucionalidad establece un derecho humano a la educación que debe ser satisfecho en la mayor medida posible porque es el que define las oportunidades de desarrollo de una persona.

Este derecho se encuentra reconocido en la Constitución Nacional, en las Constituciones Provinciales y en la de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, así como en distintos tratados internacionales que gozan de jerarquía constitucional según lo previsto en el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional. En ese sentido, cabe destacar que la Declaración Universal de Derechos Humanos reconoce que toda persona tiene derecho a la educación y que ella tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales (art. 26). Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoce el derecho a la educación y la obligación de los Estados de proseguir activamente el desarrollo del sistema escolar en todos los ciclos de la enseñanza. La Convención sobre los Derechos del Niño dispone la necesidad de adoptar medidas para fomentar la asistencia regular a las escuelas y disminuir la deserción escolar (art. 28).

La importancia de satisfacer el derecho a la educación en la máxima extensión posible, ha sido también reconocida por otras Cortes en otros países. En este

sentido la Corte Suprema de los Estados Unidos ha intervenido para terminar con la discriminación en el acceso a las escuelas ("Brown v. Board of Education of Topeka", año 1954) que inició un proceso de judicialización creciente a los fines de garantizar este derecho fundamental (CS USA, "Cooper v. Aaron", "Goss v. Board of Education" (1963), "Griffin v. County School Board of Prince Edward County" (1964).

En conclusión, es deber de los tribunales garantizar la implementación efectiva del derecho a la educación constitucionalmente reconocido.

4°) La Constitución reconoce el derecho a la salud y a la vida respecto de los cuales los demás derechos individuales resultan instrumentales, porque es evidente que no hay educación sin vida humana.

Esta Corte afirmó esta doctrina señalando que el derecho a la vida, que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional, constituye un valor fundamental, con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (Fallos: 316:479). Del mismo modo, ha señalado que el derecho a la salud, máxime cuando se trata de enfermedades graves, se encuentra íntimamente relacionado con el derecho a la vida que está reconocido por la Constitución y por los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22 de la Ley Suprema) (Fallos: 328:4640).

La tutela de este derecho es, por lo tanto, una manda consagrada por la Constitución Nacional, y contemplada en las Constituciones provinciales (arts. 5° y 121), y por los tratados internacionales que tienen tal jerarquía (art. 75, inc. 22, de la Ley Suprema; art. 12, inc. c del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; inc. 1° de los arts. 4° y 5° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos —Pacto de San José de Costa Rica—; inc. 1°, del art. 6° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; como así también el art. XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y el art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; Fallos: 330:4647, y causa CSJ 670/2006 (42-S)/CS1 "Sánchez, Elvira Norma c. Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados y otro", sentencia del 15 de mayo de 2007).

Que en nuestro país el derecho a la salud en tanto presupuesto de una vida que debe ser protegida, es pasible del más alto grado de protección a nivel constitucional. Este Tribunal ha destacado el deber impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales (Fallos: 321:1684; 323:1339; 324:3569; 326:4931 y 328:1708). Así lo ha indicado en Fallos: 323:3229 y 328:1708, en los cuales, se ha señalado la responsabilidad que cabe a las jurisdicciones provinciales en la protección de la salud, en línea con el reconocimiento de las facultades concurrentes.

5°) Que en el presente caso hay que determinar cuál es el máximo grado de satisfacción del derecho a la educación frente a una emergencia sanitaria.

Los precedentes de esta Corte establecen que el ejercicio de los derechos puede ser restringido parcialmente y durante un tiempo limitado cuando es una medida razonable y proporcional en una situación de una emergencia justificada.

En este sentido, estos precedentes han sido consistentes en el juzgamiento estricto de la legislación de emergencia, a partir del año 2006, cambiando la jurisprudencia anterior, que había sido permisiva.

Teniendo en cuenta la eventualidad de repetición de situaciones de emergencias, corresponde recordar lo que ha señalado esta Corte con referencia a las medidas excepcionales basadas en emergencias.

El primer fallo fue en relación a la emergencia económica, y se dijo "Las legislaciones de excepción tienen un plazo para que se produzca su propia extinción, pero su prórroga y su reiteración han inutilizado los mecanismos de autodestrucción y han alimentado los que permiten su conservación. De tal modo la excepción se ha convertido en regla y los remedios normales han sido sustituidos por la anormalidad de los remedios. Esta fundamentación de la regla de derecho debilita el compromiso de los individuos con las leyes y los contratos, ya que la emergencia permanente destruye todo cálculo de riesgos y restringe el funcionamiento económico... Que el derecho es experiencia y ella nos enseña de modo concluyente que la emergencia reiterada ha generado más emergencia e inseguridad y que es necesario volver a la normalidad... Que la Constitución y la ley deben actuar como mecanismos de compromiso elaborados por el cuerpo político con el fin de protegerse a sí mismo contra la previsible tendencia humana a tomar decisiones precipitadas. Quienes redactaron nuestra Constitución sabían lo que eran las emergencias ya que obraron en un momento en que la Nación misma estaba en peligro de disolución, pero decidieron sujetarse rígidamente a una Carta Magna con el propósito de no caer en la tentación de apartarse de ella frente a necesidades del momento... Un sistema estable de reglas y no su apartamiento por necesidades urgentes es lo que permite construir un Estado de Derecho" (Fallos: 329:5913, "Massa", voto del juez Lorenzetti, considerando 30).

Más específicamente, en relación a la pandemia COVID-19, el Tribunal ha señalado que las medidas que se adopten deben respetar el Estado de Derecho

y los derechos fundamentales, en consonancia con lo dispuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el 9 de abril de 2020 en la Declaración titulada "COVID-19 y Derechos Humanos". El criterio ha sido el siguiente: "Todas aquellas medidas que los Estados adopten para hacer frente a esta pandemia y puedan afectar o restringir el goce y ejercicio de derechos humanos deben ser limitadas temporalmente, legales, ajustadas a los objetivos definidos conforme a criterios científicos, razonables, estrictamente necesarias y proporcionales, y acordes con los demás requisitos desarrollados en el derecho interamericano de los derechos humanos" (confr. Fallos: 343:930 "Maggi" y 343:1704 "Lee").

El principio de razonabilidad exige que deba cuidarse especialmente que los preceptos mantengan coherencia con las reglas constitucionales durante todo el lapso que dure su vigencia, de suerte que su aplicación no resulte contradictoria con lo establecido por la Constitución Nacional (Fallos: 316:3104; 328:566; 337:1464; 340:1480).

6°) Que, en consecuencia, debe realizarse un juicio de ponderación entre la máxima satisfacción posible del derecho a la educación y la protección de la salud en un contexto de emergencia sanitaria y dentro de un sistema reglado por el Estado de Derecho.

Para esta valoración cabe señalar que la Pandemia COVID-19 se ha extendido en el tiempo, y se ha producido un largo período de restricción de las clases presenciales de los alumnos y, probablemente, deban adoptarse nuevas decisiones al respecto.

Ello obliga a definir claramente el juicio de ponderación en los siguientes términos:

El Estado no tiene facultades para limitar el derecho de una persona para ejercer su derecho a la educación, excepto cuando pueda constituirse en una causa de daños a terceros (art. 19 Constitución Nacional), siempre que no signifique una afectación esencial del derecho.

El principio general de no dañar a otro *(alterum non laedere),* ampliamente reconocido por numerosas decisiones de esta Corte Suprema (Fallos: 308:1118, entre otros) tiene plena vigencia en el derecho argentino (art. 1710 Cód. Civ. y Com. de la Nación) y es de aplicación al caso. En el supuesto del COVID-19, el contacto entre personas puede lograr una transmisión masiva, lo que justificó la medida de cerrar total o parcialmente escuelas en numerosos países en distintas regiones del mundo.

Esta situación de excepción, que habilita la restricción, no puede producir, sin embargo, una afectación esencial del derecho. Ello ocurre cuando la medida es reiterada en el tiempo o implica una profundización irrazonable de las restricciones que impidan el acceso a la educación de calidad.

Por otra parte, quien pretenda restringir el derecho, tiene la obligación de buscar primero los modos alternativos que puedan existir para evitar esa restricción pues, constituye una regla esencial del sistema, que cualquier limitación a los derechos fundamentales debe ponderar el criterio de la menor restricción posible a través del medio más idóneo disponible para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad perseguida (arg. art. 1713 Cód. Civ. y Com. de la Nación).

7°) Que, estos principios jurídicos que surgen de la Constitución y de la interpretación de la Corte Suprema son aplicables cualquiera sea la autoridad que adopte la decisión.

Por esta razón esta Corte, respetando la autonomía de la Provincia de Formosa, señaló que no se pueden afectar derechos de libre tránsito entre provincias (confr. Fallos: 343:930 "Maggi" y 343:1704 "Lee").

En estos considerandos queda claro cuáles son los criterios aplicables a las medidas que establecen este tipo de restricciones y que ellos son aplicables si se establecen en una ley o en un decreto cualquiera sea la autoridad que los emite.

8°) Que, seguidamente corresponde definir, en el caso sometido a decisión, quién está facultado para decidir dentro de este contexto regido por el Estado de Derecho.

Que existen claros precedentes de esta Corte Suprema afirmando la autonomía de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Este Tribunal ha establecido que la Ciudad de Buenos Aires adquirió un nuevo estatus constitucional que se expresó en el art. 129 de la Constitución Nacional reformada en cuanto estableció que "la ciudad de Buenos Aires tendrá un régimen de Gobierno autónomo con facultades propias de legislación y jurisdicción, y su jefe de gobierno será elegido directamente por el pueblo de la ciudad". En ese entendimiento, en fecha relativamente reciente este Tribunal reconoció que la Ciudad Autónoma de Buenos Aires tiene el mismo puesto que las provincias en el sistema normativo que rige la jurisdicción de los tribunales federales y, por lo tanto, el mismo derecho a la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos: 342:533).

9°) Que los precedentes de esta Corte Suprema establecen que el poder de las Provincias es originario,

lo que importa una interpretación favorable a la competencia autónoma y restrictiva de sus limitaciones.

De acuerdo con la distribución de competencias que emerge de la Constitución Nacional, los poderes de las provincias son originarios e indefinidos (art. 121), en tanto que los delegados a la Nación son definidos y expresos (art. 75) (Fallos: 304:1186; 312:1437; 329:976; 332:66, entre muchos otros).

Ello implica que las provincias pueden dictar las leyes y estatutos que juzguen conducentes a su bienestar y prosperidad, sin más limitaciones que las prohibiciones enumeradas en el art. 126 de la Carta Magna, y la razonabilidad, que es requisito de todo acto legítimo (Fallos: 7:373; 289:238; 320:89, 619; 322:2331 y 330:3098, disidencia de los jueces Lorenzetti y Zaffaroni; y 342:1061).

10) Que los precedentes de esta Corte también establecieron que las autonomías provinciales no significan independencia, sino que son competencias que se ejercen dentro de un sistema federal, que admite poderes concurrentes del Estado Nacional, necesarios para la organización de un país.

El sistema federal también reconoce poderes concurrentes sobre ciertas materias que son de competencia tanto federal como de las provincias y que deben ser ejercidos de manera coordinada.

De allí la utilidad del diálogo constructivo - entre Nación y provincias— al que alude el concepto de federalismo concertado acuñado a propósito de la defensa de derechos de incidencia colectiva (Fallos: 342:917, "Barrick").

11) Que en materia sanitaria las competencias son concurrentes entre la Nación y las Provincias (Fallos: 338:1110; voto de los jueces Maqueda y Highton de Nolasco y voto concurrente del juez Lorenzetti; Fallos: 342:1061 "Telefónica Móviles Argentina S.A - Telefónica Argentina SA", voto de los jueces Maqueda y Rosatti; "Defensor del Pueblo de la Nación c. Estado Nacional y otro s/ proceso de conocimiento", CSJ 577/2007 (47-D)/CS1, del 8 de abril de 2021, voto del juez Rosenkrantz).

Esta Corte ha señalado que esas facultades concurrentes deben ser "interpretadas [...] de modo que las autoridades de la una y de las otras se desenvuelvan armoniosamente, evitando interferencias o roces susceptibles de acrecentar los poderes del gobierno central en desmedro de las facultades provinciales y viceversa, y procurando que actúen para ayudarse y no para destruirse" (Fallos: 334:891).

12) Que, en materia de educación, las competencias también son concurrentes.

En efecto, en el art. 75, inc. 19 de la Constitución Nacional se establece, entre las atribuciones del Congreso, la de "sancionar leyes de organización y de base de la educación que consoliden la unidad nacional respetando las particularidades provinciales...".

En ese marco, la Ley Nacional de Educación (ley 26.206) reconoce que la educación y conocimiento son un bien público y un derecho personal y social garantizado por el Estado, por cuanto ella es una prioridad nacional y se constituye en política de Estado (arts. 2 y 3).

También dispone claramente que el Estado Nacional, las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, de manera concertada y concurrente, son los responsables de la planificación, organización, supervisión y financiación del Sistema Educativo Nacional (art. 12). Aclara que el Gobierno y Administración del Sistema Educativo Nacional es una responsabilidad concurrente y concertada del Poder Ejecutivo Nacional a través del Ministerio de Educación, Ciencia y Tecnología y de los Poderes Ejecutivos de las provincias y del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. El organismo de concertación de la política educativa nacional es el Consejo Federal de Educación (art. 113).

El ámbito de concertación es el Consejo Federal de Educación (art. 116).

Esta Corte ha señalado (Fallos: 340:1795, considerando 15) "Que en nuestro sistema federal, el Estado Nacional delinea la 'base de la educación' —para retomar la expresión del art. 75 inc. 19 de la Constitución Nacional— las que deben respetar las particularidades provinciales y locales, a la vez que las provincias conservan la facultad de asegurar la 'educación primaria' de acuerdo al art. 5°. Este dispone que '[c]ada provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional; y que asegure (...) la educación primaria. Bajo estas condiciones el Gobierno federal, garante a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones'".

13) Que las reglas precedentemente mencionadas han sido seguidas por las partes durante gran parte del período de la emergencia sanitaria provocada por el COVID-19.

Tanto el gobierno federal como las Provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, cada uno dentro de su autonomía, ejercieron las facultades concurrentes en materia sanitaria y educativa de modo pacífico.

Que la ley 27.541 declaró la emergencia pública en materia sanitaria y social. Posteriormente, el decreto

260/2020 amplió dicha declaración de emergencia en virtud de la Pandemia declarada por la Organización Mundial de la Salud (OMS) en relación con el coronavirus COVID-19. En ese marco, se facultó al Ministerio de Salud de la Nación, como autoridad de aplicación.

Que, sobre esta base legal, se ha observado un loable trabajo conjunto entre ambas partes que merece ser destacado. Desde el dictado del decreto de necesidad y urgencia 260/2020 por parte del Poder Ejecutivo Nacional, y los sucesivos mediante los que se estableció el Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio (decreto 297/2020) o el Distanciamiento Social Preventivo y Obligatorio (decreto 520/202020) entre otros tantos, se han dictado en ambas jurisdicciones distintas normativas tendientes a paliar la extraordinaria situación que ha creado el COVID-19.

14) Que, precisadas las reglas, corresponde delimitar el conflicto de acuerdo con la demanda y la contestación, que conforman y delimitan el objeto procesal del caso que debe resolver esta Corte.

La actora cuestiona únicamente el art. 2° del decreto 241/2021 en cuanto dispuso la suspensión de clases presenciales por un período del 19 hasta el 30 de abril de 2021, señalando que eso lesiona su autonomía.

Habiendo establecido en los considerandos anteriores los requisitos constitucionales que debe contener la medida, y que hay competencias concurrentes entre la Nación y las provincias en relación a la salud y la educación, que ambas ejercieron amigablemente hasta este conflicto, cabe resolver quién debe decidir cuando no hay acuerdo de concertación.

15) Que en ese aspecto y conforme con la jurisprudencia de esta Corte Suprema en materia de educación, cuando no hay acuerdo, es competencia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o de las provincias adoptar este tipo de decisiones específicas.

Ello está claramente definido en los precedentes del Tribunal y también en la legislación.

Esta Corte ya ha dicho (Fallos: 340:1795, considerando 15) que el Estado Nacional delinea la "base de la educación", pero debe respetar las particularidades provinciales y locales.

Por su parte, la Ley de Educación (ley 26.206), luego de señalar que es una competencia concurrente, establece que la autoridad que regula la concertación es el Consejo Federal de Educación.

Es decir que, el Estado Nacional establece las bases generales y debe respetar las decisiones locales (Fallos: 340:1795, considerando 15) y en caso de desacuerdo hay una guía relevante en las pautas que fija el Consejo Federal de Educación para articular las medidas en función de los objetivos (ley 26.206).

Dicho Consejo, dictó la resolución 387/2021 (12 de febrero de 2021) que priorizó la apertura de las escuelas y la reanudación de clases presenciales en todo el país bajo condiciones de seguridad sanitaria y cuidado de la salud de la comunidad educativa, en forma escalonada, conforme con la situación epidemiológica en las unidades geográficas de menor escala en las que resulte posible evaluar el riesgo sanitario y epidemiológico imperante. En esa misma resolución se prevé la posibilidad de instrumentar clases no presenciales en las escuelas que por decisión de las autoridades educativas y sanitarias jurisdiccionales no pueda habilitar las presenciales.

Es decir que, conforme a esta decisión, que obliga a las partes y no ha sido cuestionada, cada unidad geográfica puede decidir evaluando la situación epidemiológica.

Es una medida razonable, en tanto en cada ciudad, en cada región o inclusive en cada escuela de una misma ciudad, es necesario evaluar claramente la situación.

Dicha medida es consistente con recomendaciones internacionales. En este sentido, debe destacarse que UNICEF, el 15 de enero de 2021, en el documento "Posición frente al regreso de clases presenciales en 2021, en el marco de COVID-19", ha precisado, entre otras cuestiones, que "...es fundamental priorizar los esfuerzos para regresar a la educación presencial en las mejores condiciones posibles de seguridad en todas las escuelas del país. En caso de necesidad de confinamiento, UNICEF recomienda que las escuelas sean lo último en cerrar y lo primero en abrir cuando las autoridades comiencen a suprimir las restricciones..."; que "...la educación presencial no parece ser el principal promotor de los incrementos de la infección, los estudiantes no parecen estar expuestos a mayores riesgos de infección en comparación con el hecho de no asistir a la escuela cuando se aplican medidas de mitigación, y el personal escolar tampoco parece estar expuesto a mayores riesgos relativos en comparación con la población general..."; que "...cerrar las escuelas debe ser una medida de último recurso que solo deberá tenerse en cuenta tras haber considerado todas las opciones disponibles..." y que "...UNICEF insta a que en 2021 la educación presencial sea la regla, siempre que la situación epidemiológica lo permita, con un acuerdo político y social que evite profundizar las brechas de desigualdad de los niños, niñas y adolescentes, y posibilite garantizar su bienestar..." https://www.unicef.org/argentina/articulos/posici%C3%B3n-frente-al-regreso-de-clases-presenciales-en2021?gclid=Cj0KCQjwyZmEBhC

pARIsALIzmnJ8c9H7QFsm7aGuBEgRpGnTTWtmmUb935769owxaNc37J2YbxHwvb8aAkOYEALw_wcB.

El decreto cuestionado se apartó claramente de esta legislación afectando la autonomía de la ciudad.

16) Que, por otra parte, la referida evaluación no corresponde a los jueces, porque la magistratura carece de información suficiente para decidir sobre cuestiones vinculadas a la salud pública.

No se pueden analizar los datos empíricos relativos a la conveniencia o no de clausurar las clases presenciales, pues ello supondría conocer cuántas escuelas hay, el estado de los edificios, el cumplimiento efectivo de las normas de seguridad en la pandemia, si se ha asegurado la preservación de la salud de los docentes, si los alumnos tienen que usar transporte o pueden llevarlos sus padres, si esa actividad es contagiosa o no.

También debería considerarse que cada ciudad, cada barrio y cada escuela presentan situaciones específicas.

El Poder Judicial no puede evaluar si ese contagio se propaga dentro de un barrio, de la ciudad o al área del AMBA, o si, como ocurrió en el año 2020, lo que sucede en el AMBA luego termina trasladándose a todo el país.

Desde el surgimiento de la pandemia, hubo períodos de clausura y otros de presencialidad en las escuelas. Deberían existir mediciones científicamente inobjetables sobre el efecto que estas aperturas y cierres tienen sobre el nivel de contagio general.

También sería relevante la información específica que exponga de modo comparativo la influencia del contagio en las escuelas con otras actividades que se permiten.

En este aspecto queda claro que la magistratura no está en condiciones de juzgar la conveniencia de la medida.

Por esta razón, parece contradictorio el argumento del señor Procurador General de la Nación interino en cuanto señala que "Estas consideraciones adquieren especial relevancia frente al contexto epidemiológico actual, cuando es público y notorio que, en los últimos días, la situación se ha agravado debido a la propia dinámica y cambiantes características de la situación de la epidemia" y luego descalifica la norma por falta de pruebas.

En la medida en que es un hecho notorio, no es necesaria la existencia de pruebas, lo que, sumado a la presunción de legitimidad del acto administrativo, no es suficiente a los fines de la descalificación.

17) Que, de todo lo expuesto cabe concluir lo siguiente:

Requisitos constitucionales de las medidas:

1. El deber de los Tribunales es proteger los derechos fundamentales, ya que el Estado no puede sustituir a las personas en las decisiones correspondientes a su esfera individual;

2. Hay un derecho humano a la educación que debe ser satisfecho en la mayor medida posible porque es el que define las oportunidades de desarrollo de una persona;

3. Hay también un derecho a la salud y a la vida respecto de los cuales los demás derechos individuales resultan instrumentales, porque es evidente que no hay educación sin vida humana;

4. Que, en consecuencia, debe realizarse un juicio de ponderación entre la máxima satisfacción posible del derecho a la educación y la protección de la salud en un contexto de emergencia sanitaria y dentro de un sistema reglado por el Estado de Derecho;

5. Que el criterio es el siguiente: El Estado no tiene facultades para limitar el ejercicio del derecho a la educación de una persona, excepto cuando puede constituirse en una causa de daños a terceros (art. 19 Constitución Nacional), siempre que ello no signifique una afectación esencial del derecho, lo que ocurre cuando la medida es reiterada en el tiempo o implica una profundización irrazonable de las restricciones que impidan el acceso a la educación de calidad;

6. Estos criterios son aplicables a medidas adoptadas por todas las autoridades, sean de la Nación o de las provincias. Por esa razón esta Corte señaló que una Provincia no puede violar la libertad de tránsito y derechos fundamentales establecidos en la Constitución (confr. Fallos: 343:930 "Maggi" y 343:1704 "Lee").

Autoridad competente:

- Que existen claros precedentes de esta Corte Suprema afirmando la autonomía de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. El poder de las Provincias es originario, lo que importa una interpretación favorable a la competencia autónoma y restrictiva de sus limitaciones.

- Las autonomías provinciales no significan independencia, sino que son competencias que se ejercen dentro de un sistema federal, que admite poderes concurrentes del Estado Nacional, necesarios para la organización de un país.

- La competencia entre provincias y Nación en materia sanitaria es concurrente (Fallos: 338:1110; voto

de los jueces Maqueda y Highton de Nolasco y voto concurrente del juez Lorenzetti; Fallos: 342:1061 "Telefónica Móviles Argentina SA - Telefónica Argentina SA", voto de los jueces Maqueda y Rosatti; "Defensor del Pueblo de la Nación c. Estado Nacional y otro s/ proceso de conocimiento", CSJ 577/2007 (43-D)/CS1, del 8 de abril de 2021, voto del juez Rosenkrantz).

- La competencia entre provincias y Nación en materia educativa es concurrente (ley 26.206).

- Las partes ejercieron pacíficamente esa competencia concurrente hasta el presente caso, donde hay que decidir cómo se resuelve el desacuerdo en el supuesto de competencias concurrentes.

Regla en caso de desacuerdo:

- Esta Corte ha dicho que el Estado Nacional establece las bases generales y debe respetar las decisiones locales (Fallos: 340:1795, considerando 15) y en caso de desacuerdo hay una guía relevante en las pautas que fija el Consejo Federal de Educación (ley 26.206).

- Dicho Consejo, dictó la resolución 387/2021 (12 de febrero de 2021) que priorizó la apertura de las escuelas y la reanudación de clases presenciales en todo el país bajo condiciones de seguridad sanitaria y cuidado de la salud de la comunidad educativa, en forma escalonada, conforme con la situación epidemiológica en las unidades geográficas de menor escala en las que resulte posible evaluar el riesgo sanitario y epidemiológico imperante.

- Que esta guía no puede ser sustituida por los jueces que carecen de información suficiente para decidir sobre cuestiones vinculadas a la salud pública. No se pueden analizar los datos empíricos relativos a la conveniencia o no de clausurar las clases presenciales, pues ello supondría conocer cuántas escuelas hay, el estado de los edificios, el cumplimiento efectivo de las normas de seguridad en la pandemia, si se ha asegurado la preservación de la salud de los docentes, si los alumnos tienen que usar transporte o pueden llevarlos sus padres, si esa actividad es contagiosa o no. También debería considerarse que cada ciudad, cada barrio y cada escuela presentan situaciones específicas.

- El Poder Judicial no puede evaluar si ese contagio se propaga dentro de un barrio, de la ciudad o al área del AMBA, o si, como ocurrió en el año 2020, lo que sucede en el AMBA luego termina trasladándose a todo el país y para ello debería recurrirse a información científica.

- La necesidad de regular una situación de emergencia que comprenda varias regiones o provincias, denominada "interjurisdiccionalidad", ha sido cubierta por el Consejo Federal, estableciendo un criterio del cual se aparta la norma impugnada en esta causa.

Conclusión:

- La CABA y las provincias pueden regular la apertura de las escuelas conforme con las disposiciones de la ley 26.206 y la resolución 387/2021 del Consejo Federal de Educación, priorizando la apertura y la reanudación de las clases presenciales.

- El Estado Nacional solo puede regular el ejercicio del derecho a la educación de modo concurrente con las provincias (ley 26.206), estableciendo las bases (Fallos: 340:1795, considerando 15), pero no puede, normalmente, sustituirlas, ni decidir de modo autónomo apartándose del régimen legal vigente (ley 26.206).

18) Que, finalmente, el hecho de que el estricto acatamiento de los plazos procesales propios del juicio sumarísimo haya superado al breve plazo de vigencia temporal del DNU impugnado, no resulta óbice para que esta Corte emita su pronunciamiento, dado que circunstancias como las examinadas en la causa pueden prorrogarse o repetirse en el futuro (doctrina de Fallos: 340:914, entre otros).

Por ello, y oído el señor Procurador General de la Nación interino, se hace lugar a la demanda respecto del planteo referido a que en el caso concreto se violó la autonomía de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Con costas en el orden causado (art. 1° del decreto 1204/2001). Notifíquese, comuníquese esta decisión a la Procuración General de la Nación y, oportunamente, archívese. — *Ricardo L. Lorenzetti.*

El conflicto entre la Ciudad de Buenos Aires y el Poder Ejecutivo

¿Cuál es el límite de los jueces para elegir los fundamentos de un fallo?

Alberto B. Bianchi

Sumario: I. Planteo.— II. El caso.— III. El *crescendo* de la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires contrasta con el *basso continuo* de los DNU.— IV. Conclusiones.

I. Planteo

Cuando los jueces tienen que resolver un caso, deben tomar dos decisiones básicas. La primera consiste en decidir qué decidirán, es decir, a cuál de las dos partes le harán lugar. La segunda es cómo decidirán, es decir, cuáles serán los argumentos que emplearán para fundar su decisión.

La primera, como regla, no es una decisión discrecional, pues el resultado del caso surge —debe surgir— expresa o implícitamente del ordenamiento jurídico objetivo y no del capricho o voluntad personal de los jueces. Esto es de la esencia misma de la función judicial que, de lo contrario, dejaría de ser tal y podría rozar en la arbitrariedad.

La segunda, en cambio, posee un ámbito de discrecionalidad, bien que limitado, en tanto, para justificar la solución del caso, pueden existir diversos fundamentos que los jueces escogerán según el grado de pertinencia que se atribuya a cada uno de ellos. Esta selección de los argumentos, fundada en la mayor o menor adecuación y conveniencia que estos posean para resolver la cuestión planteada, se advierte particularmente en los tribunales colegiados, donde los jueces si bien pueden coincidir en la solución del caso, pueden disentir en el sendero argumental que conduce a ella.

Ciertamente, la sentencia de la Corte Suprema en el caso del conflicto entre la Ciudad de Buenos Aires y el Poder Ejecutivo motivado por el DNU 241/2021 **(1)**, es un buen ejemplo para analizar la discrecionalidad mencionada. En efecto, una vez decidido que el triunfo se le otorgaría a la Ciudad de Buenos Aires, debían escogerse los argumentos que fundarían la decisión y es claro que estos se agrupaban en dos grandes divisiones: los relativos a la constitucionalidad del art. 10 del dec. 235/2021, modificado por el DNU 241/2021, y los relativos a la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires.

En su sentencia, la Corte entona en alta voz el himno de la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires, pero baja sensiblemente los decibles, hasta hacerlos casi inaudibles, al analizar la constitucionalidad de la norma impugnada, cuyo análisis queda estrictamente encapsulado al caso en particular, sin hacer proyección alguna para casos futuros, lo que hubiera sido muy de-

(1) CS, "Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ Estado Nacional (Poder Ejecutivo Nacional) s/ acción declarativa de inconstitucionalidad", 04/05/2021.

seable, dada la trascendencia institucional del tema.

Me interesa, entonces, analizar el caso desde esta óptica, en particular, pues constituye una clara muestra de cómo la Corte Suprema mide sus fuerzas con el Poder Ejecutivo y administra las energías de su jurisdicción.

II. El caso

Tratándose de un caso de puro derecho, sus hechos, además de sencillos, no están controvertidos. La discusión está centrada en la constitucionalidad del art. 10 del dec. 235/2021, modificado por el DNU 241/2021, que dispone: "Establécese, en el aglomerado del Área Metropolitana de Buenos Aires (AMBA), según está definido en el artículo 3° del Decreto N° 125/21, la suspensión del dictado de clases presenciales y las actividades educativas no escolares presenciales en todos los niveles y en todas sus modalidades, desde el 19 de abril hasta el 30 de abril de 2021, inclusive".

Esta norma fue cuestionada constitucionalmente por la Ciudad de Buenos Aires desde varios ángulos, cuya síntesis está formulada en el considerando I, párrafo tercero del voto del Dr. Rosenkrantz, en estos términos: "En lo sustancial, [el GCBA] afirma que el art. 2° del decreto 241/2021 es inconstitucional por las siguientes razones: a) lesiona el régimen de autonomía de la Ciudad de Buenos Aires; b) resulta irrazonable; y, c) fue dictado en violación artículo 99, inc. 3, de la Constitución Nacional".

III. El *crescendo* de la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires contrasta con el *basso continuo* de los DNU

Con este fallo la Corte Suprema continúa reafirmando la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires a la que califica de "ciudad constitucional federada" **(2)**. Más aún, conforme señala el voto del Dr. Lorenzetti, "[...] los precedentes de esta Corte Suprema establecen la existencia de reglas estables para la solución del presente conflicto que corresponde recordar" **(3)**.

En esa línea, el hilo argumental del voto de la mayoría, que se repite con bastante similitud en los votos de los Dres. Rosenkrantz y Lorenzetti, comienza destacando las características del sistema federal argentino fundado "en el principio de 'lealtad federal' o 'buena fe federal', conforme al cual en el juego armónico y dual de competencias debe evitarse el abuso de las competencias de un Estado en detrimento de los otros" **(4)** y señala que "todo análisis de las atribuciones federales invocadas debe partir del canónico principio de interpretación según el cual la determinación de qué poderes se han conferido a la Nación y, sobre todo, del carácter en que lo han sido, debe siempre ceñirse a la lectura más estricta" **(5)**.

Una vez expuestos estos principios, el fallo analiza el enclave institucional de la Ciudad de Buenos Aires calificándola como un "actor pleno del sistema federal" **(6)**, recordando que la propia Corte Suprema, en sus últimos fallos, ha ido asegurando esa plenitud, habiéndole otorgado a la Ciudad "un puesto equiparable al de las provincias en el sistema normativo que rige la jurisdicción de los tribunales federales y, por lo tanto, el mismo derecho a la competencia originaria de esta Corte establecida en el artículo 117 de la Constitución Nacional" **(7)**, en tanto "integra de modo directo la federación argentina, surgiendo sus competencias no por la intermediación de los poderes nacionales [...] sino del propio texto de la Constitución Nacional" **(8)**.

(2) Considerando 9º, párrafos primero y segundo.

(3) Considerando 1º.

(4) Considerando 4º, primer párrafo.

(5) Considerando 16º, cuarto párrafo.

(6) Considerando 7º, segundo párrafo.

(7) Considerando 8º, cuarto párrafo.

(8) Considerando 10º, tercer párrafo. En coincidencia con esta afirmación, el voto del Dr. Rosenkrantz señala "[e]l federalismo argentino, desde 1994, tiene un nuevo estado participante bajo la forma de una ciudad constitucional federada que ejerce su autonomía política de manera coordinada con el resto de las unidades que integran la federación y la Nación [...] la Ciudad de Buenos Aires cuenta con todas las facultades propias de legislación interna similares a las que gozan las provincias argentinas (con la exclusiva salvedad de las atribuciones que la ley 24.588 reconoce al gobierno nacional para garantizar los intereses del estado nacional en la Ciudad). En particular, conserva su poder de policía sobre las cuestiones de salud y salubridad públicas y sobre la

Luego de ello, sin dar muchos rodeos, el fallo adelanta su criterio sobre la cuestión de fondo diciendo: "En el particular marco de análisis que marca la Constitución para definir la competencia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, cabe señalar que de los límites que impone la capitalidad no surge ningún obstáculo para que esta decida sobre la modalidad presencial o virtual en que corresponda llevar a cabo la educación en su territorio" **(9)**.

Todo lo que sigue es la justificación de este principio. A tal fin, se analizan las competencias de la Ciudad de Buenos Aires y del Estado nacional en materia de educación y de salud **(10)**. En relación con la primera, el fallo entiende "[q]ue corresponde a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires —al igual que a las provincias— la atribución para decidir sobre los modos de promover y asegurar la educación de sus habitantes porque en consonancia con lo ya afirmado respecto de la autonomía porteña y del poder reservado en el art. 5°, la Convención Constituyente de 1994 introdujo a la educación entre las atribuciones de la policía del bienestar de las provincias, y expresamente incorporó como sujeto activo —y en igualdad de condiciones que las provincias— a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires" **(11)**. Respecto de la segunda, señala que "esta Corte reconoció desde antaño la convivencia de atribuciones de la Nación y las provincias" **(12)**, de modo tal que "los actos de las legislaturas provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires no pueden ser invalidados sino en los casos en que la Constitución concede al Congreso Nacional, en términos explícitos, un poder exclusivo, o en los supuestos en los que el ejercicio de idénticos poderes ha sido expresamente prohibido a las provincias, o bien cuando existe una absoluta y directa incompatibilidad o repugnancia efectiva en el ejercicio de facultades concurrentes por estas últimas" **(13)**.

Con ello, la sentencia deja trazado el acotado sendero de su análisis, el cual discurre, exclusivamente, por la distribución de competencias entre la Nación y la Ciudad de Buenos Aires. Sostiene así, que "en este marco de análisis propio del federalismo [...] corresponde examinar en este caso la invocación de la competencia sanitaria por parte del Estado Nacional al dictar el DNU 241/2021 para regular sobre los modos de garantizar la educación, en lo que aquí importa, en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Tal ejercicio exige evaluar su validez a la luz de la distribución de competencias federales y locales que efectúa la Constitución Nacional" **(14)**.

Su conclusión es que el Estado nacional es incompetente para regular las modalidades de la educación en la Ciudad de Buenos Aires en tanto "[e]l debido resguardo del federalismo constitucional exigía que el Estado Nacional justificara de manera suficiente el ejercicio en el caso de su específica competencia sanitaria en relación a la concreta orden de suspender del dictado de clases educativas presenciales en todos los niveles y en todas sus modalidades en la jurisdicción de la actora [...] en el examen de legalidad del art. 10 *in fine* del DNU 235/2021, a partir de su modificación por el art. 2° del DNU 241/2021, la falta de justificación suficiente para ejercer una competencia sanitaria que alcance a suspender la modalidad presencial de la educación en la Ciudad deja al descubierto que, en este caso, el Estado Federal en lugar de ejercer una atribución propia invadió una que le resulta ajena" **(15)**. Esta conclusión "no se encuentra desvirtuada por la conformación territorial

organización y funcionamiento de sus instituciones educativas". Considerando 6º.

(9) Considerando 10º, quinto párrafo.

(10) El voto el Dr. Lorenzetti, recuerda que ambos son derechos humanos (considerandos 3º y 4º) y, por lo tanto, "[...] debe realizarse un juicio de ponderación entre la máxima satisfacción posible del derecho a la educación y la protección de la salud en un contexto de emergencia sanitaria y dentro de un sistema reglado por el Estado de Derecho". Considerando 6º, primer párrafo.

(11) Considerando 13º, primer párrafo.

(12) Considerando 15º, primer párrafo.

(13) Considerando 16º, tercer párrafo.

(14) Considerandos 18º y 19º, primer párrafo.

(15) Considerando 19º, párrafos quinto y sexto. El voto del Dr. Lorenzetti confirma estos principios, en tanto recuerda que las competencias en materia de educación y salud entre el Estado nacional y las provincias son concurrentes (considerandos 11º y 12º) de modo tal que "[...] conforme con la jurisprudencia de esta Corte Suprema en materia de educación, cuando no hay acuerdo, es competencia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o de las provincias adoptar este tipo de decisiones específicas". Considerando 15º primer párrafo.

de Área Metropolitana de Buenos Aires [...] [en tanto] la previsión del 'AMBA' como un área susceptible de adopción de políticas específicas en materia epidemiológica por el Estado Nacional a través del art. 3° del DNU 125/2021 no puede ser entendido como la constitución de una 'región' en los términos del art. 124 de la Constitución Nacional, ni puede implicar una alteración de las potestades provinciales o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires" **(16)**.

Por último, el fallo entiende que, si bien el plazo de las medidas dispuestas por la norma impugnada ya estaba superado —brevemente— a la fecha de la sentencia, corresponde emitir una decisión pues "no se trata solo de ponderar una decisión temporaria y circunstancial, sino de dejar establecido un criterio rector de máxima relevancia institucional en el marco del federalismo argentino" **(17)**.

De la descripción efectuada, que espero sea una síntesis respetuosa de un extenso fallo, surgen dos notas a mi juicio relevantes. La primera de ellas es el enclave institucional de la Ciudad de Buenos Aires, que —ya sin duda alguna— ha sido elevada una condición equivalente a la de las provincias mismas.

La Corte Suprema ya había comenzado esta tarea de equiparación progresiva de la Ciudad de Buenos Aires con el status constitucional de las provincias en Guillermo Corrales **(18)**, continuándolo luego en Nisman **(19)** y en Fernando Bazán **(20)**, tal como el mismo fallo lo recuerda **(21)**, tendencia que se puso de manifiesto, más claramente aún, cuando en "Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires c. Provincia de Córdoba" **(22)** modificó el criterio originalmente sentado en "Cincunegui c. Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires" **(23)** repetido en casos posteriores **(24)**, estableciendo que la Ciudad de Buenos Aires es un sujeto aforado en la competencia originaria **(25)**.

Como resultado de todo ello, podría decirse que, hoy día, ante los ojos de la Corte Suprema, entre la autonomía de las provincias y la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires, no existe diferencia alguna y, de existir, es casi imperceptible. El voto del Dr. Lorenzetti, en particular su considerando 9º, es significativo en este aspecto.

Sin perjuicio de todos estos esfuerzos, tal vez muy valiosos en la intención de construir un federalismo más fuerte, creo que no podemos pasar por alto una diferencia entre las provincias

(16) Considerandos 20º y 23º. Al respecto, el voto del Rosenkrantz afirma "[...] resulta claro que la decisión de si la escolaridad debe realizarse bajo la modalidad presencial o virtual en los establecimientos de educación inicial, primaria y secundaria dependientes de la Ciudad de Buenos Aires o regulados por ella corresponde, en principio, a ese estado y no a la Nación. En ese contexto normativo, la decisión de suspender las clases presenciales en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires adoptada por el Estado Nacional —aun a la luz de la declaración de emergencia— solamente podría validarse constitucionalmente si encontrase respaldo en la facultad exclusiva del Congreso para reglar el comercio de las provincias entre sí (art. 75, inc. 13 de la Constitución) o en las facultades concurrentes del Congreso, las provincias y la Ciudad de Buenos Aires para promover el bienestar de todas las provincias (art. 75, inc. 18 de la Constitución)". Considerando 9º.

(17) Considerando 28º, tercer párrafo. Una consideración similar formula el voto del Dr. Rosenkrantz en el considerando 19º.

(18) Fallos 338-1517 (2015).

(19) Fallos 339-1342 (2016).

(20) Fallos 342-509 (2019).

(21) Considerando 8º.

(22) Fallos 342-533 (2019).

(23) Fallos 322-2856 (1999).

(24) Entre ellos: CS, "Aguas Argentinas S.A. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires", Fallos 327-4768 (2004) y "Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ Estado Nacional (Dirección General Impositiva)", Fallos 327-2357 (2004).

(25) No puedo dejar de señalar que el paso dado en este aspecto es bastante largo, pues el art. 117 de la Constitución (no reformado en 1994) limita la competencia originaria a las provincias, sin mención alguna de la Ciudad de Buenos Aires. Ciertamente la Corte no ha parado mientes en el criterio interpretativo que ella misma había establecido en Eduardo Sojo, Fallos 32-120 (1887), siguiendo con ello, muy de cerca, las aguas de Marbury v. Madison, 5 U.S. 137 (1803). Tampoco es enteramente consistente la creación de un nuevo sujeto aforado, especialmente teniendo en cuenta del índice de litigiosidad que probablemente aporte la Ciudad de Buenos Aires, con la reducción de la competencia originaria emprendida a partir de Barreto c/ Provincia de Buenos Aires, Fallos 329-759 (2006).

y la Ciudad de Buenos Aires que es vital al momento de considerar sus respectivas autonomías y evaluar los alcances de sus competencias.

Las provincias —todas ellas— son originarias, incluso las que no eran tales en 1853. Fueron las provincias quienes dieron luz a la Constitución y crearon el Estado nacional. Por el contrario, la Ciudad de Buenos Aires, como ente autónomo, es un sujeto derivado de la Constitución. Esta diferencia no es menor, las provincias crearon la Constitución y el Estado nacional, mientras que la Constitución y uno de sus órganos, la Convención Nacional Constituyente, crearon la Ciudad de Buenos Aires como ente autónomo. Se sigue de ello que, mientras las provincias conservan, es decir, "retienen" todos los poderes no delegados en el gobierno federal, conforme lo establece el art. 121, la Ciudad de Buenos Aires no puede arrogarse tal prerrogativa, pues sus poderes no son originarios, sino delegados.

Es aquí en donde la fractura argumental del fallo se hace evidente y sus silencios sobre el verdadero fundamento de la inconstitucionalidad del DNU en cuestión, se hacen más sonoros, si se me permite emplear este conocido oxímoron.

No caben dudas de que la Corte al decidir qué decir, estaba dispuesta a dar la razón en esta contienda al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, pues no hay duda alguna de que la tiene. Pero es claro también que, al momento de decidir cómo llegar a ese resultado, sus jueces prefirieron elegir argumentos que no fueran altamente confrontativos con el Poder Ejecutivo y, en lugar de atacar el DNU en su raíz misma, y sostener que constituye una invasión clara de las facultades del Congreso en tanto, reunido el Congreso en sesiones ordinarias, no existen las razones de necesidad y urgencia que habilitan la competencia extraordinaria que otorga el art. 9°, inc. 3, escogieron el argumento de la incompetencia, que siempre es mucho menos agresivo.

Para ello, obviamente, debía intensificarse el *crescendo* de la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires, empleando hábilmente los precedentes de los que se ha valido el fallo y acallando el estrépito institucional que produce el uso constante y reiterado de los DNU, dejándolos en la parquedad sonora del *basso continuo*.

Siempre digo —y repetiré— que los casos fáciles son una buena ocasión para que la Corte se erija en una cátedra de derecho constitucional y hable a través del espíritu y la letra de Alberdi o Gorostiaga, por mencionar tan solo dos próceres fundadores. Los casos difíciles, en cambio, pueden ocasionar vacíos profundos —otro oxímoron—. Allí estaban, para ser citados y aplicados, "Verrocchi c. Poder Ejecutivo Nacional" **(26)** y "Consumidores Argentinos c. Estado Nacional" **(27)**, con sus resplandecientes argumentos sobre las limitaciones que debe respetar el Poder Ejecutivo al momento de emitir DNU. Pero claro, esos dos casos eran fáciles, su voltaje político era mínimo. En esta ocasión, de alto compromiso, han permanecido detrás de la escena, que ha sido ocupada enteramente por la autonomía de la Ciudad de Buenos aires, un argumento que, insisto, aun siendo valioso, ha sido exagerado por la Corte, al menos en este caso.

IV. Conclusiones

Dije al comienzo que los jueces tienen la facultad discrecional de elegir los argumentos en los que fundarán sus fallos. Esa discrecionalidad, sin embargo, es limitada, pues la sentencia no se integra solamente con la parte dispositiva. Sus fundamentos son los que le dan el verdadero sentido a la función judicial. Podría decirse que, mientras la parte dispositiva es para las partes, los argumentos que le dan sustento son para el futuro, para la posteridad. Esa enseñanza para el futuro es la que debe guiar y limitar la discrecionalidad en el empleo de los fundamentos de todo fallo.

En este caso, tengo para mí que la Corte ha preferido mirar tan solo la parte dispositiva resolviendo el conflicto como si este fuera un caso meramente individual, pero ha dejado pasar una valiosa oportunidad de establecer un criterio rector sobre el empleo serial de los DNU, que hoy día reclama la sociedad argentina, dentro de un gran desconcierto sobre los límites y atribuciones del Poder Ejecutivo, en una emergencia que, por sus características tan especiales, es muy diferente a todas las que ya estamos acostumbrados.

(26) Fallos 322-1726 (1999).

(27) Fallos 333-633 (2010).

Trascendente fallo sobre la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y otras cuestiones federales

Antonio M. Hernández (*)

Sumario: I. La acción declarativa de inconstitucionalidad presentada por la CABA.— II. El fallo de la Corte Suprema.— III. La reacción del oficialismo ante el fallo y el envío de un proyecto de ley de emergencia sanitaria al Congreso.— IV. Conclusiones.

I. La acción declarativa de inconstitucionalidad presentada por la CABA

Con fecha 16/04/2021 el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires presentó ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación una Acción Declarativa de Inconstitucionalidad contra el Estado Nacional, solicitando la declaración de inconstitucionalidad del art. 2° del DNU 241/2021 del Poder Ejecutivo, que había dispuesto la suspensión de clases presenciales en el ámbito del Área Metropolitana de Buenos Aires entre el 19 y el 30 de abril. La CABA señaló la violación de los arts. 5° y 129 de la Ley Suprema de la Nación, que garantizan la autonomía de las provincias y su función educativa y de la CABA, respectivamente. Y asimismo sostuvo la inconstitucionalidad del DNU citado por desconocimiento del art. 99, inc. 3. Defendió la importancia de la educación reconocida en los textos constitucionales y en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y la competencia de la CABA en dicha materia educativa. Afirmó además que dicho decreto fue discriminatorio, ya que mientras allí y en el resto del Área Metropolitana se prohibieron esas clases, no ocurrió lo mismo para el resto de las provincias, traicionando al federalismo. También argumentó en base al art. 28 sobre la falta de razonabilidad de la prohibición, al no estar fundada en datos empíricos y científicos. Y finalmente solicitó el dictado de una medida cautelar al respecto.

El 19 de abril la Corte Suprema declaró su competencia originaria en este caso, de acuerdo con lo dictaminado por la Procuración General.

El 26 de abril contestó la demanda el Gobierno Federal, solicitando el rechazo de la acción, además de negar la posibilidad de acudir a la Corte por parte de la CABA. Defendió la constitucionalidad del DNU en su legalidad y razonabilidad y sostuvo que razones sanitarias fundamentaban la prohibición de las clases presenciales en la Región Metropolitana.

Por su parte, el 29 de abril dictaminó el procurador general que el DNU del Poder Ejecutivo no cumplía los requisitos del art. 99, inc. 3 y que no había un estado de necesidad para fundamentar la suspensión de las clases. Considero que es un Dictamen bien fundado en otros aspectos como el del DNU dictado, las facultades concurrentes, el federalismo de concertación, la autonomía de la CABA y el derecho a la educación, que merece ser destacado, aunque por razones de extensión de este trabajo, no pueda analizarlo.

(*) Profesor titular plenario de Derecho Constitucional y de Derecho Público Provincial y Municipal (UNC). Profesor honorario de la UBA. Posdoctoral Senior Fellow de la State University of New York at Buffalo Law School. Director del Instituto de Federalismo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Presidente honorario de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Miembro del Comité de Directores de la Asociación Internacional de Centros de Estudios Federales y Convencional Constituyente de la Nación en 1994.

II. El fallo de la Corte Suprema

El más alto Tribunal sentenció la causa "Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c. Estado Nacional (Poder Ejecutivo Nacional) s. Acción Declarativa de Inconstitucionalidad - CSJ 567/2021 - Originario", con fecha 04/05/2021.

El fallo fue unánime en resolver que "se hace lugar a la demanda en lo referido al planteo de que en el caso concreto se violó la autonomía de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires". Así fue dispuesto en los 3 votos: el de mayoría de los ministros Juan Carlos Maqueda y Horacio Rosatti y los concurrentes individuales del presidente Carlos Rosenkrantz y de Ricardo Lorenzetti. Y en los 2 votos primeramente mencionados se expresa que se deja establecido "un criterio rector de máxima relevancia institucional en el marco del federalismo argentino".

Al tratarse de un fallo extenso y por razones de brevedad, se me permitirá señalar las cuestiones que estimo más relevantes de cada uno de los votos.

II.1. Análisis del voto de mayoría especialmente dirigido a la autonomía de la CABA y a otras cuestiones federales

Debe tenerse especialmente en cuenta que este voto es obra de los ministros Maqueda y Rosatti, que fueron miembros de la Convención Nacional Constituyente de 1994, lo que añade especial valor a su opinión.

II.1.a. Sobre la competencia originaria de la Corte en esta causa

En el *Considerando 1* se ratifica lo resuelto con fecha 19 de abril acerca de la competencia originaria de la Corte para entender en este caso planteado por la CABA. Esto es también compartido por los otros ministros en sus votos concurrentes **(1)**.

Esto significa consolidar un aspecto muy significativo de la jurisprudencia de la Corte Suprema, que desde hace tiempo, viene sosteniendo que la CABA, lo mismo que cualquier provincia, tiene personería para ocurrir en instancia originaria ante el Tribunal, según lo dispuesto por el art. 117 de la Ley Suprema.

Hay que recordar que aquí hubo una evolución de la jurisprudencia desde una posición inicial en "Cincunegui" **(2)** de 1999 y otros casos, que la negaban en sus votos de mayoría **(3)**. Pero posteriormente, hubo un cambio hacia la posición contraria a partir del caso "Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c. Provincia de Córdoba" **(4)** de 2019, con una más correcta interpretación constitucional sobre la naturaleza de la Ciudad Autónoma. Asimismo, en "Bazán" **(5)** de 2019 la Corte con el voto mayoritario de Maqueda, Rosatti y Lorenzetti había atribuido al Tribunal Superior de la CABA la resolución de los conflictos entre los jueces nacionales y los de la CABA, por tratarse de juzgados no federales con asiento en la Ciudad. Y como antecedentes de estos fallos, hay que recordar los casos "Corrales" **(6)** de 2015 y "Nisman" **(7)** de 2016, y luego "Mármol" **(8)** de 2018, que reconocieron la autonomía de la CABA y afirmaron la necesidad de transferir a ella la Justicia Nacional, de acuerdo con la Reforma Constitucional de 1994 **(9)**.

II.1.b. Sobre el federalismo de concertación en la Reforma Constitucional de 1994

En el *Considerando 4* del voto de mayoría se afirma, con cita de varios precedentes: "En síntesis, el armónico desenvolvimiento del sistema

(1) En aquélla oportunidad sólo la ministra Highton de Nolasco mantuvo el anterior criterio de que no correspondía la competencia originaria, y por eso no emitió su voto en la Sentencia definitiva.

(2) CS, Fallos, 322:2856.

(3) Integrada por los ministros Moliné, Fayt, Belluscio, Bossert, Petracchi y Vázquez.

(4) CS, Fallos, 342:533, con el voto mayoritario de los ministros Maqueda, Rosatti y Lorenzetti y el voto concurrente de Rosenkrantz.

(5) CS, Fallos, 342:509.

(6) CS, Fallos, 338:1517.

(7) CS, Fallos, 339:1342.

(8) CS, Fallos, 341:611.

(9) Para un análisis en profundidad de estas cuestiones, véase HERNÁNDEZ, Antonio María, "La Ciudad Autónoma de Buenos Aires y el fortalecimiento del federalismo argentino", Iusbaires, Buenos Aires, 2017.

federal de gobierno depende de la 'buena fe', de la 'coordinación' y de la 'concertación' recíproca entre los diversos estamentos de gobierno (Nación, provincias, Ciudad de Buenos Aires y Municipios), pues esos principios constituyen el modo razonable para conjugar los distintos intereses en juego y encauzarlos hacia la satisfacción del bien común" **(10)**.

Al referirme a una de mis 20 Propuestas para fortalecer el federalismo, la Novena sobre "[a]fianzar el federalismo de coordinación o concertación mediante un mejor ejercicio de relaciones interjurisdiccionales. Creación de una Asociación o Conferencia Nacional de Gobernadores", expresé: "…otro de los grandes avances de la reforma constitucional de 1994 fue la plena incorporación del federalismo de coordinación o concertación **(11)**. Ejemplos de ello son las leyes convenio de coparticipación impositiva (art. 75, inc. 2), el organismo fiscal federal (art. 75, inc. 2), la participación provincial en los entes reguladores y de control de los servicios públicos de competencia nacional (art. 42), la creación de regiones (art. 124), la celebración de convenios internacionales (art. 124) e incluso la integración supranacional (art. 75, inc. 24)".

"Por otra parte, desde hace décadas contamos con tratados interprovinciales y la creación de Consejos Federales en diversas materias. Pero es evidente que no han existido relaciones interjurisdiccionales modernas y maduras entre los diversos órdenes gubernamentales **(12)**, ni se ha observado una efectiva y plena vigencia del federalismo de coordinación o concertación".

"No desconocemos que este proceso demanda una elevación de nuestra cultura política, para poder superar al individualismo exacerbado, las tendencias corporativas y la imposibilidad —que muchas veces padecimos— de proyectar y ejecutar políticas arquitectónicas frente a los problemas estructurales de la sociedad y el Estado argentinos. Ya veremos en esta propuesta y en otras sucesivas, que el federalismo de coordinación o concertación es una herramienta fundamental para el desarrollo equilibrado e integrado del país, a través de sus múltiples aplicaciones".

"Aunque en los puntos siguientes seguiremos tratando este tema, en esta oportunidad planteamos la creación de una Asociación o Conferencia Nacional de Gobernadores, como existen en las federaciones norteamericana y mejicana, a los fines de mejorar estas relaciones interjurisdiccionales. Por otra parte, tal vez solo así podrá existir un mayor equilibrio en el diálogo entre el presidente y los gobernadores, que permita el cumplimiento del proyecto federal de la Constitución Nacional" **(13)**.

En el marco de esta emergencia, sostuve que debió haberse adoptado una participación conjunta y coordinada de los diversos gobiernos en las grandes decisiones durante la emergencia, en lugar de las asumidas solo por el Poder Ejecutivo mediante decretos. Asimismo, hubiera sido conveniente un desarrollo más pronunciado de las relaciones interjurisdiccionales y una mayor decisión y ejecución a cargo de los gobiernos subnacionales. En lugar de federalismo de concertación hubo hiperpresidencialismo y se afectaron el sistema republicano, la forma

(10) Existen otros fallos precedentes referidos a la cuestión. En los Considerandos 7 y 8 en "Provincia de Santa Fe c. Estado Nacional" (2015), sobre los reclamos por las detracciones a la masa de coparticipación impositiva, hay importantes conceptos sobre federalismo de concertación y derecho intrafederal y la importancia de los acuerdos entre los gobiernos federal y provinciales en materia de coparticipación.

(11) Para la distinción entre el federalismo "dual o competitivo" y el federalismo "de coordinación o concertación", véase nuestra obra "Federalismo y Constitucionalismo Provincial", ya citada, Cap. I "Sistemas políticos federales", en el punto Clasificación de los sistemas políticos federales, ps. 17/18. Pedro J. Frías, que prefería denominarlo "de concertación", fue impulsor de esta incorporación tanto a la Constitución Federal como a las Constituciones Provinciales.

(12) Véase la obra "Un federalismo en pausa- Normas, instituciones y actores de la coordinación intergubernamental en Argentina", director Marcelo Bernal, con Prólogo de mi autoría, Editorial de la Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 2021.

(13) HERNÁNDEZ, Antonio María, "La Ciudad Autónoma de Buenos Aires y el fortalecimiento del federalismo argentino", "20 Propuestas para fortalecer el federalismo", ob. cit., y "A veinticinco años de la reforma constitucional de 1994", Editorial de la Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 2019.

federal de Estado y los derechos fundamentales **(14)**.

Por eso insisto en el ejercicio del federalismo de coordinación o concertación con los diversos instrumentos y especialmente, con el funcionamiento de los Consejos Federales y la profundización de las relaciones intergubernamentales.

Por su parte, María Gabriela Ábalos planteó para instrumentar dicho federalismo la sanción de una ley-convenio **(15)** de emergencia, con un tiempo limitado expresamente previsto, que contendría las bases de acuerdos interjurisdiccionales con presupuestos mínimos de protección de la salud pública con la consiguiente restricción de derechos, que permita a cada provincia y dentro de ella a sus municipios, y a la Ciudad Autónoma, dar respuestas locales en el marco nacional fijado por dicha norma **(16)**.

Como veremos más adelante, no se compadece con esta propuesta el proyecto de ley de emergencia sanitaria remitido por el Poder Ejecutivo, que insiste inconstitucionalmente en el avance sobre las competencias locales.

II.1.c. Sobre los 4 órdenes de gobierno, además de las regiones, en nuestra Federación

En el *Considerando 6* se expresa que en el sistema federal nuestro existen 4 "sujetos jurídicos 'necesarios' o 'inexorables': el Estado Nacional, las Provincias, los Municipios y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y un sujeto jurídico 'posible' o 'eventual' como es el caso de la región". Y se citan al respecto los casos "Bazán" y "Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c. Provincia de Córdoba", de 2019, antes mencionados **(17)**.

II.1.d. Sobre la autonomía plena de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en la Reforma Constitucional de 1994

En los *Considerandos 7 y 8* están expuestos los fundamentos de la autonomía plena de la Ciudad, según lo dispuesto por el art. 129 y con un análisis de la jurisprudencia del Tribunal a partir de 2016 en los casos "Nisman", "Bazán" y "Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c. Provincia de Córdoba".

En el *Considerando 9* se la califica como "ciudad constitucional federada": "Es ciudad, por sus características demográficas. Es ciudad constitucional, porque es la única designada por su nombre y con atributos específicos de derecho público en la Constitución Nacional, a diferencia de otras ciudades que son aludidas genéricamente al tratar los Municipios. Y es ciudad constitucional federada, porque integra en forma directo el sistema federal argentino conjuntamente con los otros sujetos que lo componen" **(18)**.

En el *Considerando 10* se afirma que ya la Ciudad no es un "territorio federalizado" como antes de la Reforma, ya que la regla "es la prevalencia de las competencias locales" y que la

(14) Véase especialmente mi libro "Emergencias, orden constitucional y COVID-19", Rubinzal Culzoni Editores, 2020.

(15) Rubén Marín como Miembro Informante sostuvo en la Convención Nacional Constituyente que "La inclusión del instituto de las leyes convenio tiende a saldar también una dilatada discusión respecto de su constitucionalidad", y que "las mencionadas leyes son una genuina interpretación y expresión de un federalismo concertativo y solidario" (Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente, Santa Fe-Paraná, 1994, Tomo III, págs. 3172/3177; versión taquigráfica de la 24a Reunión - 3a Sesión Ordinaria [Continuación] del 4 de agosto de 1994. A su vez el Convencional Héctor Masnatta afirmó que las leyes-convenio tenían forma de ley, pero alma de contrato. Se trataba de un avance para terminar con el sistema de los pactos fiscales que fueron simples adhesiones de las Provincias a las leyes promovidas por el Gobierno Nacional. (Véase HERNÁNDEZ, Antonio María, "Federalismo y Constitucionalismo Provincial, Cap. III, "El federalismo en la reforma constitucional de 1994", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009) y los Caps. III "El federalismo argentino" y Cap. IV "El federalismo argentino. Continuación. Los aspectos fiscales y económicos" de mi autoría en la obra "Derecho Público Provincial", HERNÁNDEZ, Antonio María y BARRERA BUTELER, Guillermo (coord.), Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2020, 3ª ed.

(16) Cfr. "Los agentes naturales del Gobierno Federal en emergencia y su interpretación en emergencia", El Derecho, Constitucional, julio 2020, N° 7.

(17) Para un análisis en profundidad de estas cuestiones véase HERNÁNDEZ, Antonio María, "Federalismo y Constitucionalismo Provincial", Cap. III, "El federalismo en la reforma constitucional de 1994", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009.

(18) Tal como se expuso en los Fallos en "Bazán" y "Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c. Provincia de Córdoba", de 2019, ya citados.

"capitalidad es la excepción". Y que, en consecuencia, puede decidir la modalidad virtual o presencial en materia de educación.

Por mi parte, al referirme en la Convención a esta cuestión **(19)**, distinguí el tema de la Ciudad de Buenos Aires del de la Capital Federal. Recordé que la cuestión atraviesa toda la historia nacional, y que opinaron al respecto Alberdi, Sarmiento, Alem, Martínez Estrada, Mallea y, más recientemente, Luna. Consideré las normas constitucionales sobre la Capital Federal y los distintos gobiernos municipales a lo largo del tiempo. Y al fundamentar el art. 110 bis (hoy 129) propuesto por el despacho mayoritario, dije que con toda claridad se establecía "el principio de autonomía plena en el gobierno de la Ciudad de Buenos Aires", y así expliqué la norma:

"En el primer párrafo se determina que la Ciudad de Buenos Aires tendrá un régimen de gobierno autónomo, con facultades propias de legislación y jurisdicción. Esto significa que no puede haber otra manera de interpretación que apunte a considerar que este gobierno tendrá esta facultad autonómica. La palabra 'autonomía' significa posibilidad de propia legislación, y, por supuesto, que dentro de este concepto hay facultades tanto gubernativas —en este sentido aparece clara la frase que indica que el jefe de Gobierno será elegido directamente por el pueblo de la Ciudad— como de legislación y jurisdicción. Este último aspecto hay que correlacionarlo con el párrafo tercero de la norma propuesta, con la idea de un Estatuto Organizativo, que significará el máximo grado posible de autonomía, vinculado con el aspecto institucional. Ese Estatuto Organizativo será el resultado de una convención local electa por el pueblo de la Ciudad de Buenos Aires, que tendrá la histórica tarea de establecer los lineamientos del gobierno de dicha ciudad [...]". Las facultades de jurisdicción no significan otra cosa que un Poder Judicial. Y esto se relaciona también con la Cláusula Transitoria establecida al respecto, fijando que los jueces que hoy pertenecen a la Justicia Nacional de Buenos Aires, dependientes del Estado nacional, pasen a ser jueces de la Ciudad de Buenos Aires". Después distinguí el problema de la Ciudad con el de la Capital Federal, al mencionar la Ley de Garantías, y luego califiqué como "Ciudad-Estado", a la naturaleza que corresponderá a la Ciudad de Buenos Aires. Más adelante resumí los problemas fundamentales de la Ciudad, como "verdadera megalópolis", que requería una visión metropolitana para el accionar conjunto del gobierno federal, de la provincia de Buenos Aires, y de los diecinueve partidos del conurbano junto al gobierno de la ciudad; además de la desconcentración administrativa, de la coparticipación, de la delimitación de competencias con el Gobierno Federal, de la Policía y de la Justicia. Finalmente afirmé que la autonomía plena de la ciudad significará "la consolidación de principios republicanos y federales" **(20)**. También sostuvieron el carácter de Ciudad- Estado los Convencionales Raúl Alfonsín y Jorge de la Rúa, mientras que Quiroga Lavié agregó "de nivel provincial" **(21)**.

Asimismo, la autonomía de la CABA, afirmada por unanimidad en el Fallo, fue expuesta en los votos del presidente Rosenkrantz en el Considerando 6 y del ministro Lorenzetti en el Considerando 8.

II.1.e. Sobre las facultades concurrentes y el deslinde de competencias

En el *Considerando 15* se expresa que en nuestra Federación existen facultades concurrentes entre los diversos órdenes gubernamentales, en materia de salud, tal como fue reconocido por la antigua jurisprudencia de la Corte desde los casos "Plaza de Toros" y "Saladeristas de Barracas" **(22)**.

(19) En mi carácter de vicepresidente de la Comisión Redactora y que integraran también los Convencionales Maqueda y Rosatti.

(20) Ver el "Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente", Santa Fe-Paraná, 1994, Tomo III, págs. 2616/8. Para un análisis completo de los aspectos históricos, jurídicos e institucionales de la Ciudad de Buenos Aires, véase mi obra "La Ciudad Autónoma de Buenos Aires y el fortalecimiento del federalismo argentino", Iusbaires, Buenos Aires, 2017.

(21) Véase HERNÁNDEZ, Antonio María, "La Ciudad Autónoma de Buenos Aires y el fortalecimiento del federalismo argentino", ob. cit.

(22) Para un análisis de las competencias en nuestra Federación, véanse las obras "Federalismo y Constitucionalismo Provincial", ob. cit., "Derecho Público Provincial", HERNÁNDEZ, Antonio María y Barrera Buteler

En el *Considerando 16* de especial importancia, se indica con claridad cuál es el criterio que debe tenerse en el deslinde de competencias entre Gobierno Federal y los otros órdenes en materias concurrentes. Y como aquel solo tiene las que fueron *delegadas* por las provincias, mientras que estas *conservan poderes originarios más amplios*, debe interpretarse con *criterio estricto y restrictivo las competencias del Gobierno Federal,* tal como lo sostuvo Juan Bautista Alberdi, especialmente citado. Y se afirma que para que se cumpla el federalismo constitucional y no pierda realidad, ese criterio restrictivo debe impedir que el Gobierno Federal regule en base a su concurrencia de competencias, "…todo aspecto relacionado en forma vaga e injustificada con las competencias que la Constitución le asigna", excluyendo a las provincias. Y aquí se cita a Clodomiro Zavalía que en 1929 advertía sobre el riesgo de considerar que todo progreso o bienestar podía provenir solo de las autoridades federales en detrimento de las provinciales.

Por su parte, las competencias concurrentes de ambos órdenes gubernamentales en educación y salud y la regla sobre las facultades delegadas del Gobierno Federal y conservadas y más amplias de las provincias, también es compartida en los votos de Rosenkrantz en los Considerandos 7, 8 y 9 y de Lorenzetti en los Considerandos 9 a 12.

Este es un *estándar de particular relevancia*, pues es bien conocido cómo las interpretaciones "centralistas" de cierta doctrina y jurisprudencia, avalaron las prácticas institucionales y políticas que fueron alejándonos del proyecto federal de la Constitución. Más adelante me referiré al *cambio de jurisprudencia de la Corte Suprema que se está produciendo en estas materias* y a la luz de la reforma constitucional de 1994. Recuerdo en este sentido, que han existido 3 versiones normativas de federalismo: la originaria de 1853 **(23)**, la de la Reforma de 1860 **(24)** y finalmente, la de 1994, que establece un federalismo moderno de concertación y profundiza la descentralización del poder, en el marco del federalismo comparado **(25)**.

II.1.f. Sobre la supremacía constitucional del art. 31

En esta cuestión de enorme importancia en materia federal y constitucional, en el *Considerando 17*, se afirma: "Si bien las Provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires guardan subordinación con el Estado Federal en ciertos ámbitos, esa subordinación se verifica en los estrictos términos jurídicos de la Constitución Nacional. No se trata, por tanto, de una subordinación indeterminada, sino limitada por el mismo texto de la Norma Fundamental argentina. En ese entendimiento, los mismos arts. 5° y 31 de la Constitución Nacional pueden ser violados tanto cuando el desborde competencial provenga del ejercicio de una autoridad provincial como cuando provenga del ejercicio de una autoridad nacional". "Así las normas adoptadas por las autoridades nacionales no solo no deben contradecir a la Constitución Nacional ni a los Tratados Internacionales sino tampoco invadir el ámbito competencial de las Provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires".

Se trata de la correcta interpretación con criterio federal de la cláusula del art. 31 de la Constitución Nacional, que establece dicha supremacía, y que no puede confundirse con una

(coord.), Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2020, 3ª ed. y "Derecho Municipal", Parte General, UNAM, México, 2003.

(23) Con la influencia de Alberdi y su concepto de "Federación Mixta" (Federación unitaria o unidad federativa), de marcada centralización, no obstante que su fuente principal fue el modelo de la Constitución de Filadelfia de 1787. Véase mi obra "Federalismo y Constitucionalismo Provincial", ob. cit.

(24) Que corrigió los aspectos más centralistas del texto originario, con la influencia y protagonismo de Sarmiento, que tuvo una fuerte polémica por cuestiones federales y constitucionales con Alberdi. Véase mi obra "Federalismo y Constitucionalismo Provincial", ob. cit.

(25) Véase HERNÁNDEZ, Antonio María, "Estudios de Federalismo Comparado. Argentina, Estados Unidos y México", con dos ediciones en español de Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, 2018 y del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México y Rubinzal Culzoni, de 2019 y en inglés el E-Book: "Studies in comparative federalism. Argentina, the United States and México", Editorial de la Universidad Nacional de Córdoba, 2019. En éstas y otras obras citadas, he indicado además las características de nuestro federalismo normativo, que cada vez más claramente se alejó de la primera versión centralista. Pero en el orden de la realidad se afirmó una tendencia a la centralización, en violación del diseño constitucional.

superioridad jerárquica y centralista del Gobierno Federal sobre los provinciales y de estos sobre los municipales. Como lo ha sostenido caracterizada doctrina **(26)**, constituye un grave error de interpretación constitucional asignar a priori supremacía a una ley del Congreso sobre normas provinciales o municipales, ya que todo depende de las competencias asignadas por la Constitución Nacional, que es la norma suprema, a la cual deben supeditarse todos los órdenes gubernamentales de nuestra federación. En definitiva, deben invalidarse por inconstitucionales los avances sobre las competencias locales, y aquí nos referimos no solo a los avances del gobierno federal sobre los provinciales sino también de estos sobre los municipales **(27)**.

Este trascendente criterio interpretativo del art. 31 es también consignado en el Considerando 12 del voto del presidente de la Corte Rosenkrantz.

Con la aplicación de los estándares anteriormente citados, en el Considerando 19 in fine, acerca del examen de legalidad del art. 2° del DNU 241/2021, se concluye afirmando que el Gobierno Federal invadió las competencias propias de la CABA en materia educativa. Y en el *Considerando 20* se indica que la anterior conclusión no se desvirtúa por la conformación territorial del Área Metropolitana ni por la doctrina de los actos propios, lo que es analizado en los Considerandos siguientes.

II.1.g. Sobre el Área Metropolitana y la Región del art. 124 de la Constitución Nacional

En el *Considerando 21* se hace referencia a la conformación del Área Metropolitana de Buenos Aires por el DNU 125/2021 del Poder Ejecutivo Nacional, integrado por la CABA y 35 municipios de la provincia de Buenos Aires, en el marco de las características especiales del COVID-19 en dicha aglomeración. En el Considerando 22 se concluye en que dicha Área no constituye una región, como sujeto eventual de nuestra federación, de acuerdo con el art. 124 de la Ley Suprema. Y en el *Considerando 23* se reafirma lo anterior y se agrega que tampoco dicha Área puede implicar "una alteración de las potestades provinciales o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires" **(28)**.

II.1.h. Sobre los controles tanto horizontal como vertical del poder

También debe destacarse el *Considerando 26* donde luego de invocarse el carácter del Tribunal como de garantías constitucionales, máximo intérprete de la Constitución y cabeza de uno de los Poderes del Estado, se afirma que está obligado a "velar porque se respete el sistema de división de poderes de la Constitución (art. 1°), tanto en su aspectos material en lo que se refiere

(26) Véase nuestra obra "Federalismo y Constitucionalismo Provincial", ob. cit., donde consigno las opiniones de Clodomiro Zavalía y de Arturo M. Bas al respecto (ps. 330 y nota 36 y 332 y nota 40). Asimismo, es muy clara la opinión de Alexander Hamilton en el Federalista, N.º 33, quien enfatizaba que las leyes federales que no eran dictadas "conforme a la Constitución", no eran supremas, por ser una "usurpación de un poder no conferido por la Constitución" (HAMILTON, MADISON y JAY, "El Federalista", Fondo de Cultura Económica, Méjico, 2006, p. 132)

(27) El problema de las competencias es el más importante de esta forma de estado, caracterizada por la coexistencia de diversos órdenes estatales y gubernamentales. Y por ello, en los casos de conflictos, resulta tan trascendente el control de constitucionalidad de la Corte Suprema de Justicia, que debe asegurar la supremacía de la Constitución, en el estricto respeto de las competencias fijadas a cada uno de los órdenes gubernamentales, en ejercicio de sus soberanías y autonomías. (Véase nuestro artículo "Soberanía y autonomía provinciales en la doctrina y jurisprudencia de la CS", ob. cit.). Asimismo, sobre la supremacía de la Constitución y la función de los jueces para defenderla, recuérdese a Alexander Hamilton, quien sostuvo: "Ningún acto legislativo contrario a la Constitución puede ser válido". (Cfr. "El Federalista", N.º 78, ob. cit., p. 332).

(28) Se trata de dos cuestiones de especial importancia a las que me referí en mis obras "La Ciudad Autónoma de Buenos Aires y el fortalecimiento del federalismo argentino", "Federalismo y Constitucionalismo Provincial" y "Derecho Municipal", ya citadas. Considero muy necesario avanzar en la institucionalización del Área Metropolitana de Buenos Aires para resolver los problemas de la megalópolis, por una parte, y además, completar el mapa regional del país, que tiene 4 regiones, pero que todavía no está integrado ni por la Provincia de Buenos aires ni por la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Esto demuestra una vez más la gravedad de nuestros problemas institucionales y la anomia que nos caracteriza. Respecto a esto, véase además a RECA, Pablo, "Reflexiones sobre el régimen municipal bonaerense", Librería Editora Platense, La Plata, 2013 y "Territorio y municipio. El tema en la Provincia de Buenos Aires", Revista de Estudios de la Administración local y autonómica, Madrid, España, junio 2011.

al sistema republicano (ramas legislativa, ejecutiva y judicial), como en su dimensión territorial propia del sistema federal argentino (en el que se articulan de manera coordinada las potestades del Estado Nacional, provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y municipios)".

II.2. Análisis del voto del presidente Rosenkrantz dirigido a la emergencia y a su subordinación al orden constitucional

En el *Considerando 4* se expresa "...que la emergencia no es una franquicia para ignorar el derecho vigente. La emergencia está sujeta al derecho en este país, en tanto también es una situación jurídica regulada y ella no implica en modo alguno que cualquier medida que pudiera representarse como eficaz para atender la situación sea, por esa razón, constitucionalmente admisible. No debe perderse de vista que la emergencia, si bien puede proporcionar la ocasión para ejercer un poder existente, no crea poderes nuevos" **(29)**. "Tiene dicho este Tribunal que: 'Los poderes de emergencia nacen exclusivamente de la Constitución, la que los conforma y delimita, por lo que todo avance más allá de ese marco conceptual desborda la legitimidad, tornándose en arbitrariedad y exceso de poder' ('Antinori', Fallos 321:2288)". Y después de referirse a la responsabilidad de resolver los problemas dentro de los límites formales y sustanciales que impone la Constitución, se afirma: "Como señaló con acierto el Juez Petracchi, y de un modo especialmente relevante para este caso, la invocación de la emergencia "tampoco puede justificar el desconocimiento del esquema constitucional de reparto de competencias legislativas entre Nación y Provincias". "La emergencia no crea el poder, ni aumenta el poder concedido, ni suprime, ni disminuye las restricciones impuestas sobre el poder concedido, o reservado. (Fallos, 322:2817, disidencia del Juez Petracchi)".

Y en el *Considerando 16*, luego de afirmarse que todas las autoridades deben respeto y acatamiento al orden constitucional y al sistema democrático, se dice: "Nunca es sobreabundante recordar que la Constitución es nuestra carta de navegación y debemos aferrarnos a ella en tiempos de calma y más aún, en tiempos de tormenta, no dejándonos llevar por la pulsión de decidir al margen de lo que ella exige. De esta manera, la democracia saldrá fortalecida por su eficacia para gobernar y no debilitada por el uso de un régimen de excepción ajeno a nuestra Constitución".

Asigno especial trascendencia al voto, porque se inscribe dentro de la doctrina y jurisprudencia de la emergencia que corresponde a una democracia liberal y a nuestro orden constitucional.

Este es un tema de profunda relevancia en la teoría constitucional nacional y comparada, ya que las emergencias han proliferado con severas consecuencias para los sistemas políticos y los derechos fundamentales **(30)**. Y más en nuestro país donde hemos vivido de emergencia en emergencia, lo que consolidó el hiperpresidencialismo y los abusos en cada uno de los institutos de emergencia, sin los controles debidos del Poder Legislativo y del Poder Judicial **(31)**.

Tal como lo sostengo **(32)**, "las emergencias y sus institutos deben adecuarse a los principios y reglas de nuestro orden constitucional, democrático, liberal y republicano. En consecuencia, aunque los Poderes Ejecutivos sean los órganos que tengan mayor capacidad para afrontar la situación excepcional, ello no significa que el Congreso, Las Legislaturas y los Concejos Deliberantes dejen de participar en la deliberación y decisión de las medidas a adoptarse. Además,

(29) Y aquí cita dos fallos de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos en "Wilson v. Pew" y "Home & Loan Building".

(30) Véase mi libro citado "Emergencias, orden constitucional y COVID-19", Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, 2020, especialmente en el Cap. I "Concepto" y en el Cap. II "Emergencia y estado de derecho", donde analizo el debate filosófico-político y constitucional en la doctrina nacional y comparada, además de la jurisprudencia nacional y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

(31) Ibidem, véase el Cap. III sobre "Clasificación de las emergencias y sus institutos" el Cap. IV sobre "Análisis de los institutos de emergencia en la historia institucional de nuestro país", el Cap. V sobre "Inconstitucionalidad del corralito financiero y bancario" y el Cap. VI sobre "La emergencia del COVID-19 en Argentina".

(32) Ibidem, en el Cap. VII de "Propuestas y reflexiones finales", p. 189.

debe asegurarse especialmente la posibilidad de la revisión judicial por los Poderes Judiciales Federal y Provinciales, para resguardar las garantías individuales y salvaguardar la supremacía constitucional. Comprendo que ello comporta un difícil equilibrio entre la legitimidad democrática y la eficacia de las medidas destinadas a conjurar la emergencia, pero ese el desafío que hay que asumir, para no seguir aplicando las fórmulas del pasado, que han producido una ostensible declinación de nuestra cultura constitucional y de la legalidad" **(33)**.

II.3. Análisis del voto del ministro Lorenzetti dirigido a los derechos fundamentales y en particular al de educación, durante la emergencia

Considero también de significativa importancia lo vinculado a los derechos fundamentales y en particular a la educación, en el marco de la emergencia. En el *Considerando 5* se sostiene: "Más específicamente, en relación con la pandemia COVID-19 el Tribunal ha señalado que las medidas que se adopten deben respetar el estado de derecho y los derechos fundamentales, en consonancia con lo dispuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el 9 de abril de 2020, en la Declaración titulada 'COVID-19 y Derechos Humanos'. El criterio ha sido el siguiente: 'Todas aquellas medidas que los Estados adopten para hacer frente a esta pandemia y puedan afectar o restringir el goce y ejercicio de derechos humanos deben ser limitadas temporalmente, legales, ajustadas a los objetivos definidos conforme a criterios científicos, razonables, estrictamente necesarias y proporcionales y acordes con los demás requisitos desarrollados en el derecho interamericano de los derechos humanos' (Cfr. Fallos: 343:930 'Maggi' y 343:1704 'Lee')".

Y en cuanto al juicio de ponderación entre los derechos a la educación y protección de la salud en un contexto de emergencia, en el Considerando 6 se expresa: "…El Estado no tiene facultades para limitar el derecho de una persona para ejercer su derecho a la educación, excepto cuando pueda constituirse en una causa de daños a terceros (art. 19 de la Constitución Nacional), siempre que no signifique una afectación esencial del derecho".

Asimismo, en el Considerando 7 se dice: "Que, estos principios jurídicos que surgen de la Constitución y de la interpretación de la Corte Suprema son aplicables cualquiera sea la autoridad que adopte la decisión. Por esta razón, esta Corte, respetando la autonomía de la Provincia de Formosa señaló que no se pueden afectar derechos de libre tránsito entre Provincias" (conf. Fallos 343:930 "Maggi" y 343:1704 "Lee"). En estos Considerandos queda claro cuáles son los criterios aplicables a las medidas que establecen este tipo de restricciones y que ellas son aplicables si se establecen en una ley o en un decreto cualquiera sea la autoridad que los emite.

He señalado anteriormente los derechos fundamentales restringidos o lesionados por esta emergencia **(34)**: la libertad física o de locomoción, la de reunión, y los de trabajar y ejercer industria lícita, como consecuencia del aislamiento preventivo y obligatorio **(35)**.

Incluso se han lesionado los derechos de propiedad, de comerciar, el transporte interprovincial y hasta la libertad de cultos **(36)**. Además

(33) Véanse HERNÁNDEZ, Antonio María, "Fortalezas y debilidades constitucionales. Una lectura crítica en el Bicentenario, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012 y "A 25 años de la reforma constitucional de 1994, Editorial de la Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 2019 y especialmente, "Segunda Encuesta de Cultura Constitucional. Argentina una sociedad anómica", Antonio María Hernández, Daniel Zovatto y Eduardo Fidanza Compiladores, Eudeba, Buenos Aires, 2016.

(34) En mi libro "Emergencias, orden constitucional y COVID-19", Cap. VI "La emergencia del COVID-19 en Argentina", p. 176 y ss., y en mis artículos "Restricción de derechos por decretos", Clarín, Opinión, 16/04/2021 e "Inconstitucionalidad de las restricciones de derechos por DNU anunciadas por el presidente", La Voz del Interior, on line, del 16/04/2021.

(35) Dispuesto por el DNU 297/2020 ya antes citado, que estableció la cuarentena, que sería la más extensa del mundo, con graves consecuencias de todo tipo.

(36) Como ocurriera con el bloqueo dispuesto por la Provincia de San Luis, que incluso hasta clausuró el tránsito de la Ruta Nacional N° 8, en violación de estos derechos, por los que se presentó el amparo titulado "Sociedad Rural de Rio Cuarto y otros c. Provincia de San Luis", con mi patrocinio, donde el juez Federal de Río Cuarto ordenó una medida cautelar para liberar dicho tránsito interprovincial. Pero al dictarse una resolución contraria del juez Federal de San Luis, el expediente fue girado a la Corte Suprema de Justicia, que pidió informes a la Pro-

del derecho a la educación, como se ha analizado en este fallo.

Pero por excesos cometidos, en algunos casos se han lesionado o intentado lesionar los derechos a la igualdad, a la privacidad, al derecho de informarse y a la libertad de prensa, consagrados por la Constitución Nacional y diversos Tratados Internacionales con esa jerarquía **(37)**.

No puede desconocerse que por estas violaciones nuestro país ha sido denunciado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, especialmente por la difusión de lo acontecido en la provincia de Formosa **(38)**.

Por todo esto, merece destacarse este voto. Es que los principios de legalidad, razonabilidad y proporcionalidad (arts. 14, 19 y 28) deben fundamentar las limitaciones a los derechos humanos, especialmente en la emergencia. Asimismo, deben cumplirse las obligaciones impuestas por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos a través de los arts. 4° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Y tenerse presente la mejor jurisprudencia de nuestra propia Corte y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en esta materia **(39)**.

II.4. Acerca de los DNU y su control de constitucionalidad

Al analizar la reforma constitucional de 1994 a los 25 años consideré sus ideas fuerza, el diseño constitucional respectivo, el cumplimiento de las normas y el alcance de los objetivos. Una de esas ideas fue la atenuación del hiperpresidencialismo, para lo cual se diseñaron distintas instituciones que incluyeron desde la creación de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el fortalecimiento del Congreso, la reducción de sus atribuciones en la designación de los miembros del Poder Judicial, la jerarquización de los organismos de control, la Jefatura de Gabinete de Ministros, hasta la profunda limitación de los DNU y las delegaciones legislativas, profusamente utilizados **(40)**.

En torno a estos últimos institutos, he sostenido que no se cumplieron los objetivos propuestos, pues en violación de la letra y espíritu de los arts. 99, inc. 3 y 76, continuó la utilización de estos, sin los controles adecuados e intensos que corresponden por parte del Congreso y del Poder Judicial **(41)**.

---

vincia de San Luis, por Resolución del 10/09/2020, (FCB 6364/2020, Originario), pero que no resolvió el fondo de la cuestión.

(37) Véase mi libro sobre "Emergencias, orden constitucional y COVID-19", ob. cit., donde refiero estas violaciones por parte del Gobierno Federal y de Gobiernos Provinciales y el artículo de GARGARELLA, Roberto, "Necesitamos resguardar los derechos fundamentales", Clarín, Opinión, 28/05/2020.

(38) Esta cuestión fue también denunciada por Human Rights Watch. En relación con esto finalmente la Corte se expidió en estos casos citados en el voto que comento. Asimismo, en el Informe 45 sobre Derechos Humanos del Departamento de Estado de los Estados Unidos, recientemente conocido, nuestro país es señalado por estas cuestiones y por los excesos cometidos en varias Provincias por las fuerzas policiales, que terminaron con la vida de varias personas.

(39) Véase HERNÁNDEZ, Antonio María, "Emergencias, orden constitucional y COVID-19", ob. cit., Cap. I, p. 13 y ss.

(40) Véase HERNÁNDEZ, Antonio María, "A veinticinco años de la Reforma Constitucional de 1994-Legitimidad, ideas- fuerza, diseño constitucional, modernización e incumplimiento", Editorial de la UNC, Córdoba, 2019.

(41) Ibidem, ps. 55 y ss., donde analizo detenidamente estos aspectos. Todos los presidentes luego de la reforma continuaron dictaron DNU. El actual presidente lleva 97 en el escaso tiempo desde que comenzó su mandato. Y también continuaron las delegaciones legislativas y los Decretos Delegados, además de que vivimos de emergencia en emergencia. Véase sobre estas importantes cuestiones ALFONSO, Santiago, VERAMENDI, Enrique y Castro Videla, Santiago, "El control del Congreso sobre la actividad normativa del Poder Ejecutivo", La Ley, Buenos Aires, 2019; ALFONSO Santiago y CASTRO VIDELA, Santiago M.; "La delegación legislativa a 20 años de la reforma Constitucional de 1994", Suplemento Constitucional, La Ley, 2014 (octubre), 02/10/2014, ALFONSO, Santiago, VERAMENDI, Enrique y Castro Videla, Santiago y DACUNTI, Patricio, "La Comisión Bicameral Permanente de Control Legislativo. Balance y reflexiones a doce años de su conformación"; en LL. 14/03/2019; Mario Midón, "Decretos de Necesidad y Urgencia- En la Constitución Nacional y los ordenamientos provinciales", La Ley, Buenos Aires, 2001; Alejandro Pérez Hualde, "Decretos de necesidad y urgencia", Depalma, Buenos Aires, 1995; Delia Ferreira Rubio y Matteo Goretti, "Gobierno por decreto en Argentina", 1989-1993, El Derecho, 158-748, entre otros.

La idea de la atenuación del presidencialismo se remonta a los documentos del Consejo de Consolidación de la Democracia, que fuera coordinado por Carlos S. Nino desde 1986 durante la Presidencia de Raúl R. Alfonsín y a los posteriores acuerdos Alfonsín-Cafiero de 1988 y Alfonsín-Menem de 1993. Este fue un objetivo principal de la Reforma Constitucional de 1994 como se observara en todo el proceso preconstituyente y en las manifestaciones vertidas en la propia Convención, por los Miembros informantes del Núcleo de Coincidencias Básicas, Convencionales Alberto García Lema y Enrique Paixao **(42)**.

Asimismo, debe destacarse la exposición del Convencional Raúl Alfonsín, al exponer en la Sesión Plenaria en que se trató el Núcleo de Coincidencias Básicas, donde sostuvo que, a los fines de la interpretación de la Constitución, era importante conocer la intención de los Constituyentes de su bloque **(43)**.

Y afirmó lo siguiente: "...Es necesario ser muy preciso en la definición de las ideas que tuvimos en cuenta al apoyar este Núcleo de Coincidencias Básicas..." "En primer lugar, es nuestra intención principal atenuar el presidencialismo y desconcentrar las facultades del presidente. Por ello —a nuestro criterio— cada vez que exista una duda acerca del alcance que haya que otorgar a las cláusulas que estamos sancionando, la duda debe ser resuelta interpretando de la manera más restrictiva posible las facultades presidenciales. En especial, debe interpretarse de forma restringida y con el más cuidadoso escrutinio las facultades del Poder Ejecutivo de dictar decretos de necesidad y urgencia, el ejercicio de las facultades de legislación delegada y la facultad de promulgar parcialmente las leyes. Cuando exista alguna duda interpretativa entre las facultades del presidente y del Congreso, los jueces y demás intérpretes —a nuestro juicio— deberán dar prioridad a la solución que privilegia el Congreso, ello puesto que la intención de estas reformas es fortalecer el Poder Legislativo para establecer un nuevo equilibrio de poderes. Toda norma que pueda implicar alguna limitación a la independencia del Poder Judicial, a la independencia e imparcialidad de la composición del Consejo de la Magistratura y de la independencia y de las facultades de la Auditoría General de la Nación, aunque no contradiga el texto que sancionamos, debe interpretarse que vulnera el espíritu de la Constitución y contradice la intención del constituyente. Por el contrario, las facultades del Congreso en el control del gobierno deben interpretarse ampliamente. Se debe tener presente que nuestra intención al sancionar estas reformas tiende a evitar la degradación de la democracia y de las instituciones que ponía en peligro nuestra República a través de la institucionalización del modelo de democracia delegativa. Dicho modelo se caracteriza por una enorme concentración del poder político en el Ejecutivo y por la idea de que por medio del sufragio se delega al presidente el derecho de hacer todo lo que le parezca adecuado". No puede quedar duda alguna de que las propuestas que estamos analizando tienen a construir la base de una nueva y más amplia democracia al crearse nuevas instituciones que aseguren un mejor equilibrio entre los poderes y desconcentren las facultades presidenciales. A modo de ejemplo podemos afirmar que la creación de la figura del jefe de Gabinete de Ministros con responsabilidad parlamentaria desconcentra el poder presidencial, destraba bloqueos entre los poderes y genera válvulas de escape a situaciones de crisis; que la elección directa del presidente, los senadores y el Intendente de la ciudad de Buenos Aires amplía la legitimidad democrática; que la modificación del sistema de selección y nombramiento de los jueces y la constitucionalización del Ministerio Público y de los organismos de control de la administración pública tienden a mejorar los mecanismos de control del poder. Nuestra intención con estas reformas es también la de for-

(42) Que actuaron en representación de los partidos políticos mayoritarios que impulsaron la reforma constitucional. ("Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994", Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, Ministerio de Justicia de la Nación, t. V, ps. 4882 y siguientes, donde se reproducen las Sesiones Plenarias de la Convención). Paixao, al referirse a las dos formas y realidades de la concentración del poder mencionó al "hiperpresidencialismo" del Poder Ejecutivo Nacional y al modo "unitario de vida institucional" y luego indicó que la exposición se referiría a la propuesta para superar el primero de esos problemas (ob. cit., p. 4883).

(43) Cfr. "Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994", Tomo V, Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, Ministerio de Justicia de la Nación, República Argentina, Sesiones Plenarias, p. 5155.

talecer el federalismo. Al limitar las atribuciones presidenciales para ordenar la intervención federal al modificar el Senado se establecen organismos y mecanismos más aptos para de las autonomías provinciales y municipales" **(44)**.

Por su parte, en cuanto al control de constitucionalidad efectuado por la Corte Suprema de Justicia sobre esta materia, debe señalarse en general una actitud convalidatoria del uso de los DNU, con la excepción de algunos fallos que consideramos valiosos como en "Verrochi", "Video Club Dreams", "Risolía de Ocampo", "Smith", "Provincia de San Luis" **(45)**, "González, Martín Nicolás" **(46)**, "Asociación Argentina de Compañías de Seguros y otros c. Estado Nacional- Poder Ejecutivo Nacional s. nulidad de acto administrativo" **(47)**, "Santa Fe Provincia de c. Estado Nacional- s. Acción declarativa de inconstitucionalidad" **(48)**, "Festival de Doma y Folklore c. Estado Nacional s. Acción meramente declarativa de derecho" **(49)** y "Blanco, Julio Orlando c. ANSES s. reajustes varios" **(50)**.

Resulta evidente que el Poder Judicial y en particular la Corte Suprema, no ejercitaron adecuadamente sus atribuciones para asegurar la efectiva vigencia de nuestra Constitución y de la división y equilibrio de poderes a lo largo de la historia **(51)**. Estos fallos recién mencionados **(52)** significan una modificación de dicha jurisprudencia. En esa línea puede inscribirse este fallo, pues en el actual contexto institucional y político del país, descalificó explícitamente al DNU 241/2021 que avanzó sobre la autonomía de la CABA, estableciendo un claro límite al hiperpresidencialismo centralista. De allí la reacción que produjo en el oficialismo. Pero no hubo una expresa declaración de inconstitucionalidad que así correspondía, atento a lo planteado en este caso por la actora y a la gravedad institucional de la cuestión **(53)**.

---

(44) Cfr. "Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994", t. V, Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, Ministerio de Justicia de la Nación, República Argentina, Sesiones Plenarias, ps. 5155/5156.

(45) Que analizo en mi obra citada "Emergencias, orden constitucional y COVID-19", en el Anexo, bajo el título "El fallo de la Corte Suprema en "Provincia de San Luis" y el cambio de la jurisprudencia convalidatoria de la emergencia económica", ps. 197/246. Asimismo, véase mi comentario titulado "El caso "Massa" y el regreso a la jurisprudencia convalidatoria de la emergencia económica", ps. 247/262.

(46) Del 19/05/2010 que declaró inconstitucionales tres decretos de Necesidad y Urgencia dictados por el Ex Presidente Duhalde en el año 2003. Véase al respecto el comentario crítico realizado por Alberto Bianchi "Mucho ruido y pocas nueces", El Derecho, Buenos Aires, 09/06/2010, donde señala la reducida importancia de estos casos frente al permanente dictado de estos decretos por el Poder Ejecutivo.

(47) Fallo CS 799/2013 del 27/10/2015, que declaró la inconstitucionalidad de los arts. 2° de los decs. 1654/2002 y 1012/2006 que habían dispuesto en violación de la ley 12.988, la posibilidad de que se aseguren bienes de empresas aerocomerciales en el exterior.

(48) Fallo CS 539/2009 del 24/11/2015 en que la Corte Suprema declaró la inconstitucionalidad de los arts. 1° y 4° del dec. del Poder Ejecutivo 1399/2001 que había dispuesto una detracción de la masa coparticipable para el funcionamiento de la ANSES.

(49) Fallo CS 237/2014 del 20/02/2018 donde la Corte Suprema declara la inconstitucionalidad del art. 1º de la Ley 25.414 que había delegado en el Poder Ejecutivo la facultad de dictar exenciones impositivas.

(50) Fallo CSS 42272/2012/CS1-CA1 del 18/12/2018 donde la Corte Suprema declara la inconstitucionalidad de las res. 56/2018 de la ANSES y 1/2018 de la Secretaría de Seguridad Social, por haber fijado índices de actualización de jubilaciones, ya que dicha competencia corresponde al Congreso de la Nación.

(51) Véase HERNÁNDEZ, Antonio María, "Fortalezas y debilidades constitucionales-Una lectura crítica en el Bicentenario", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012; MIDÓN, Mario, "El vicio de la inconstitucionalidad", Ediar, Buenos Aires, 2018; GARAY, Alberto, "La Corte Suprema, su independencia y funcionamiento", Suplemento Constitucional, La Ley, Buenos Aires, abril de 2021 y MANILI, Pablo, "Evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación 1863-2007", Universidad, Buenos Aires, 2007, entre otros.

(52) A los que hay que sumar otros fallos sobre emergencias que cito en el libro sobre emergencias antes mencionado. También sobre equilibrio de poderes pueden recordarse otros fallos, como en el caso "Rizzo", en relación con la Ley sobre el Consejo de la Magistratura que fuera declarada inconstitucional, para asegurar la independencia del Poder Judicial.

(53) En el considerando 25 del voto de mayoría se expresa que, al resolverse el problema de competencias entre el Gobierno Federal y la CABA, se tornaba innecesario resolver la validez del DNU, ya que incluso lo mismo ocurriría tratándose de una ley y en el Considerando 18 del voto del presidente Rosenkrantz se sostiene que con lo

III. La reacción del oficialismo ante el fallo y el envío de un proyecto de ley de emergencia sanitaria al Congreso (54)

Luego de muy graves expresiones públicas contrarias al Fallo de la Corte por parte de altas autoridades del oficialismo, el Poder Ejecutivo envió al Congreso un Proyecto de Ley de emergencia sanitaria.

Lo positivo es que se comprenda, aunque muy tardíamente, que en nuestra democracia constitucional es en el Poder Legislativo, donde residen las mayores competencias en materias de emergencias y de reglamentación de derechos fundamentales. Tal como lo señalara desde marzo de 2020, era y es imprescindible la deliberación de los representantes del pueblo **(55)** y la concertación de los diversos órdenes gubernamentales para fijar los grandes lineamientos contra la pandemia.

Eso no ocurrió, ya que se gobernó por decretos, por pocas personas, en consolidación de un hiperpresidencialismo que afectó al sistema republicano y a la forma federal de estado. Los resultados están a la vista...

No obstante la claridad conceptual de los Considerandos de los distintos votos del fallo de la Corte, donde incluso se advierte que hay principios constitucionales y federales que no pueden ser desconocidos por decretos ni tampoco por leyes, sorprende que el Poder Ejecutivo insista en las mismas propuestas centralistas, ya descalificadas.

En efecto, los fundamentos y el texto del proyecto revelan indudablemente que no se acepta que la emergencia no transforma al país de federal en unitario y que no se pueden ni deben subordinase las provincias, la CABA y los municipios al Gobierno Federal.

Sin embargo, ello surge explícito del texto que otorga al Ministerio de Salud y a la Jefatura de Gabinete las últimas decisiones en todo el territorio nacional, así como las referencias a los gobernadores y al jefe de la CABA como delegados del Gobierno Federal (art. 4°).

Para esto último se recurre al art. 128 de la Constitución, que expresa que los gobernadores son "agentes naturales del Gobierno federal para hacer cumplir la Constitución y las leyes de la Nación".

Como recuerda Barrera Buteler, este artículo originado en el Proyecto de Alberdi fue uno de los que provocó mayor crítica por parte de Sarmiento, que lo calificó de "sistema bastardo", en la aguda polémica que los enfrentó. Y la mayoría de los autores siguiendo a Joaquín V. González han asegurado que esa norma no puede interpretarse como subordinación de los gobernadores al Gobierno Nacional, sino como supremacía del ordenamiento constitucional federal. El autor sostiene que luego de la reforma constitucional de 1994, la norma tiene un nuevo sentido, pues "la idea de ejecución a nivel provincial de leyes y programas de gobierno federales, sobre la base de acuerdos interjurisdiccionales, lejos de afectar la autonomía local, la fortalece" **(56)**.

Y así es como debe interpretarse el art. 128, de manera sistemática y armónica con el plexo constitucional, a la luz del federalismo de concertación, incorporado en la gran reforma de 1994.

Aunque es indiscutible que las materias de salud y de educación, entre otras, son concurrentes entre los 4 órdenes gubernamentales, y entre ellos el federal, se reitera a través del art. 1° y concordantes del proyecto, que dicho Gobierno es el que fija y dirige estas cuestiones de manera centralizada en todo el territorio nacional.

O sea que se desconoce lo resuelto en el fallo: que, en caso de conflicto en materias con-

---

hasta allí expuesto y resuelto, era innecesario el análisis del DNU.

(54) Aquí sigo lo expuesto en mis artículos "Más hiperpresidencialismo", Clarín, Opinión, Buenos Aires, 13/05/2021 y "Federalismo de concertación, no más centralismo", La Voz del Interior, Opinión, Córdoba, 16/05/2021.

(55) Véase SABSAY, Daniel Alberto, "El Poder Legislativo debe seguir funcionando", La Nación, on line, Buenos Aires, 09/04/2020.

(56) Cfr. BARRERA BUTELER, Guillermo, "Los Gobernadores como agentes naturales del Gobierno Federal", en "La Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial", SABSAY Daniel A. (dir.), Manili, Pablo L. (coord.), Hammurabi, Buenos Aires, 2010, t. IV, p. 932.

currentes, debe aplicarse una interpretación estricta, ya que el Gobierno Federal tiene competencias solo delegadas, mientras que las provincias conservan poderes más amplios. Y que, en el caso concreto, no puede desconocerse que quienes prestan el servicio de salud y de educación son esencialmente las provincias, la CABA y los municipios. Y que debe interpretarse correctamente el art. 31 de la Constitución, pues la supremacía no significa que toda ley nacional pueda imponerse a una legislación provincial o municipal.

Este proyecto es más de lo mismo en cuanto a hiperpresidencialismo y con otra nueva delegación legislativa, sin respetar los límites establecidos en el art. 76 de la Constitución. El art. 4° establece una delegación amplia, imprecisa y sin término, ya que el propio Poder Ejecutivo, de manera inconstitucional, extendió los plazos de la ley 27.541 mediante los DNU 260/2020 y 167/2021 **(57)**.

La letra y espíritu de la norma constitucional de este instituto de emergencia indican que debe haber una interpretación estricta, ya que uno de los objetivos de la reforma fue la atenuación del hiperpresidencialismo. Así lo hizo la Corte Suprema en los casos "Provincia de San Luis c. Estado Nacional" (2003), "Camaronera Patagónica" (2014) y en los reclamos de las provincias de San Luis, Santa Fe y Córdoba por las detracciones a la masa coparticipable (2015).

Se debe en consecuencia fortalecer al Congreso **(58)** y terminar con estas delegaciones legislativas, por lo antes expuesto **(59)**.

El Proyecto debe ser rechazado y, por el contrario, hay que ejercitar el federalismo de concertación, poniéndose el énfasis en acuerdos interjurisdiccionales y en el accionar de los Consejos Federales **(60)**. Y partir del respeto de las competencias provinciales, de la CABA y de los municipios en esta materia, con un claro sentido de descentralización, ya que dichos gobiernos son los que prestan estos servicios públicos, en estrecho contacto con las realidades de un país tan extenso y diverso como el nuestro.

IV. Conclusiones

La Corte Suprema ha sentenciado un caso de enorme trascendencia institucional a la altura de su responsabilidad y rol federal, al resolver este conflicto de competencias entre el Estado Federal y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, donde esta última cuestionó un DNU por avanzar sobre su autonomía.

Expreso que este fallo consolida una jurisprudencia federalista en base a la reforma constitucional de 1994, que tuvo como una de sus ideas-fuerza consagrar un moderno federalismo de concertación, en el marco de una profunda descentralización del poder.

Sin poder detenerme por razones de brevedad en un análisis de la jurisprudencia centralista de la Corte Suprema **(61)**, se advierte una modificación de esta tendiente a consolidar los principios federales.

En tal sentido he señalado los casos "Zavalía, José Luis c. Santiago del Estero, Provincia y Estado Nacional s/ amparo" (2004) y "Díaz, Ruth Inés c. Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad" (2006), sobre soberanía y autonomía provinciales **(62)**; "El

(57) Véase SAGUÉS, Néstor Pedro, "Oposición entre un decreto de necesidad y urgencia y una ley de delegación legislativa", JA 2003-II-1313.

(58) Véase mi Tercera Propuesta "Fortalecer el rol del Congreso y del Senado en particular", en mi obra citada "La Ciudad Autónoma de Buenos Aires y el fortalecimiento del federalismo argentino", p. 88 y ss.; GARAT, Pablo, "¿El presidencialismo terminará con el federalismo?", Revista Civilidad, N° 33, agosto 2013, Buenos Aires, p. 8 y ss.; los 2 Dictámenes del Consejo de Consolidación de la Democracia de 1986 y de 1987, editados por Eudeba; entre otros.

(59) Véase a GARGARELLA, Roberto, "Los límites constitucionales de las facultades delegadas", La Nación, on line, 19/05/2021, donde analiza la inconstitucionalidad del proyecto de ley de emergencia sanitaria.

(60) El ministro Lorenzetti en el Considerando 17 de su voto menciona específicamente al Consejo Federal de Educación.

(61) Que efectúo en mi obra "Estudios de Federalismo Comparado: Argentina, Estados Unidos y México", ob. cit. Véase asimismo a MIDÓN, Mario, "El vicio de la inconstitucionalidad", Ediar, Buenos Aires, 2018, Cap. V.

(62) Véase mi comentario "Soberanía y autonomía provinciales en la doctrina y en la jurisprudencia de la CSJN", en el Cap. XXXIX de la obra "Corte Suprema de Justicia de la Nación, Máximos precedentes, Derecho

Práctico c. Córdoba, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad" (2011), sobre el alcance del poder de policía provincial en el transporte interprovincial **(63)**; "Camaronera Patagónica SA c. Ministerio de Economía y otros s/ amparo" (2014), sobre principio de legalidad en materia tributaria y limitación de las delegaciones **(64)**; "Pedraza, Héctor Hugo c. Anses s/ acción de amparo" (2014), sobre federalismo y descentralización judicial al posibilitar que las Cámaras Federales del interior del país intervengan en cuestiones de seguridad social **(65)**; "La Pampa, Provincia de c. Mendoza, Provincia de s/ uso de aguas", (2017 y 2018) **(66)**; sobre la utilización del río Atuel y federalismo ambiental y **(67)** y en "Unión Cívica Radical de la Provincia de La Rioja c. La Rioja, Provincia de s/ amparo" **(68)** (2019) y "Frente para la Victoria-Distrito Río Negro y otros c. Río Negro, Provincia de s/ amparo" **(69)**, sobre la prohibición de reelección de los gobernadores Casas y Weretilneck **(70)**, respectivamente.

Asimismo, en torno a los aspectos fiscales y económicos como los de la coparticipación impositiva, he destacado especialmente los históricos fallos de la Corte Suprema de Justicia de 2015 sobre los reclamos efectuados por las provincias de San Luis, Santa Fe y Córdoba por detracciones a la masa coparticipable con destino a la ANSES y a la AFIP. Estos, de gran factura y claridad en materia constitucional —que oportunamente he comentado— **(71)**, son cruciales para las finanzas federales. Allí, además de la devolución de las detracciones el máximo Tribunal ha urgido la sanción de la Ley Convenio de Coparticipación Impositiva federal, que ya se acercan los 25 años de incumplimiento constitucional.

Estos fallos ratificaron otro precedente notable de 2014, "Intendente Municipal Capital c. Provincia de La Rioja s/ amparo", cuando el máximo Tribunal ordenó a la provincia de La Rioja sancionar la Ley convenio de coparticipación impositiva, como mandato incumplido de la Constitución local, que afectaba la autonomía financiera de los gobiernos municipales **(72)**. Los fundamentos de la Corte fueron

Constitucional", t. IV, Manili, Pablo (dir.), La Ley, Buenos Aires, ps. 593 y ss. Aquí el máximo Tribunal vuelve a una jurisprudencia originada en el caso "Resoagli" de 1869, que reconoce esta doble naturaleza para las provincias, como lo hacía la doctrina más autorizada de nuestro país.

(63) Especialmente véanse los Considerandos 12 a 15 del voto de mayoría, que hacen referencia al federalismo de concertación y además extienden el alcance del poder de policía provincial en una materia como la del transporte interprovincial, donde existía una intervención excluyente del gobierno federal, según la propia jurisprudencia anterior del Tribunal.

(64) Este fallo ratifica el principio de legalidad en materia tributaria, limitando las delegaciones efectuadas en violación del art. 76 de la Ley Suprema. Esto es muy importante en relación con nuestro sistema republicano, a la atenuación del hiperpresidencialismo, a las emergencias y también al federalismo, ya que en el Congreso se encuentra la representación de las Provincias.

(65) La Corte Suprema declaró la inconstitucionalidad del art. 18 de la ley 24.463 y estableció que la Cámara Federal de la Seguridad Social dejará de intervenir en grado de apelación contra la sentencia de los jueces Federales con asiento en las provincias, que serán de competencia de las respectivas Cámaras Federales. En particular en el Considerando 16 se hace expresa referencia al federalismo y la descentralización institucional, lo que considero un precedente de singular importancia, que debe extenderse a otras materias, tal como lo postulo en la Propuesta 14 para el fortalecimiento del federalismo.

(66) Fallos 340:1695 y 341:560.

(67) Importante litigio sobre el uso y aprovechamiento del Río interprovincial Atuel que involucra derechos de incidencia colectiva y problemas de federalismo ambiental.

(68) Fallos CS 125/2019 del 22/03/2019.

(69) Fallos CS 449/2019 del 22/03/2019.

(70) Estos dos fallos revisten enorme importancia institucional y política, ratificando un precedente anterior de la Corte en torno a la prohibición de la reelección del Gobernador Zamora de Santiago del Estero ("Unión Cívica Radical de la Provincia de Santiago del Estero c. Santiago del Estero, Provincia de s/acción declarativa de certeza", U.58. XLIX, de 2013. Todos estos fallos, con una sólida y clara interpretación de los arts. 5° y 6° de la Constitución Nacional, en torno a cuestiones fundamentales del sistema republicano y democrático que deben respetarse en las Provincias por mandato constitucional de nuestra Ley Suprema Federal.

(71) HERNÁNDEZ, Antonio María, "Los fallos de la CSJN sobre detracciones a la masa coparticipable y la confirmación de una jurisprudencia federalista", Sup. Const. 2016 (abril), 44.

(72) CS, "Intendente Municipal Capital c. Provincia de La Rioja s. Amparo", 11/11/2014, donde representara a la Municipalidad actora ante la Corte Suprema de Justicia, que hizo lugar al Recurso de Queja. Véase el Informe de Federalismo del año 2014, "Cuaderno de Federalismo", HERNÁNDEZ, Antonio María (dir.), Instituto de Federalismo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de

de especial relevancia institucional y admitían una doble lectura que alcanzaba también al orden federal, pues se trata de situaciones similares, con incumplimientos constitucionales en una cuestión tan decisiva como la coparticipación impositiva **(73)**. A ello se suma el fallo en "Intendente Municipal de La Banda c. Provincia de Santiago del Estero s/ conflicto de poderes", de 2018, en que el más Alto Tribunal ordena a la provincia terminar la discriminación sufrida por el Municipio en materia de coparticipación impositiva **(74)**. Así se fue consolidando una jurisprudencia de la Corte Suprema a favor de la autonomía municipal, pues ya había Fallos en los aspectos institucionales, políticos y administrativos a partir de "Rivademar, Angela Martínez Galván de c. Municipalidad de Rosario" (1989) y hasta "Ponce, Carlos Alberto" (2005) **(75)**.

En esa línea que afirma la descentralización del poder, se inscriben este fallo y los mencionados en ella relativos a la plena autonomía de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

El país no puede continuar en el "inmovilismo constitucional" como lo dijo la Corte, que es el *statu quo* del centralismo, la anomia y la decadencia**.** El más alto Tribunal al afirmar una jurisprudencia federalista **(76)** en este caso, está ejerciendo su misión de asegurar la supremacía constitucional. Se trata, en definitiva, de cumplir el gran proyecto democrático, republicano y federal de la Ley Suprema **(77)**.

Córdoba, Córdoba, 2015 en la pág. Web, www.acaderc.org.ar. Este fallo, junto a los antes y luego mencionados, son los más importantes de la jurisprudencia de nuestro más alto Tribunal Federal en torno a la autonomía municipal.

(73) Véase HERNÁNDEZ, Antonio María, "Sin coparticipación impositiva no hay federalismo", Clarín, Opinión, p. 33, 27/11/2014.

(74) También en este caso representé a la Municipalidad actora en este otro caso de notable importancia en cuanto a la autonomía local. Más allá de esto, no puede obviarse que es menester una mayor consistencia en los estándares de control de constitucionalidad de los Tribunales y de la Corte en relación con la autonomía local, particularmente en lo relativo a los avances que se observan sobre los poderes de imposición y de policía municipales, pese a lo establecido por el art. 75 inc. 30 de la Ley Suprema.

(75) Véanse mis comentarios "La Corte Suprema de Justicia, garante de la autonomía municipal- Análisis de los casos "Municipalidad de la ciudad de San Luis c. Provincia de San Luis y otro" y "Ponce Carlos Alberto c. San Luis, Provincia de", Debates de Actualidad, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Buenos Aires, N.º 195, 2005, ps. 146/158 y "La Corte Suprema de Justicia y la reafirmación de la autonomía municipal", La Ley, Suplemento Extraordinario de Derecho Constitucional, 75 Aniversario, agosto de 2010 y los de ÁBALOS, María Gabriela, "Autonomía municipal", Cap. XL del libro "Corte Suprema de Justicia de la Nación. Máximos precedentes. Derecho Constitucional", ob. cit., t. IV, ps. 635 y ss.

(76) Como lo hizo la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos a partir de los 90 bajo la presidencia de Rehnquist en los casos "López" (1995) y "Morrison" (2000) que limitaron el alcance de la cláusula comercial fortaleciendo a los Estados y constriñendo al Congreso y en "New York v. United States" (1992) y "Printz" (1997), que establecieron la denominada "anti-commandeering" jurisprudence, que impide al Gobierno Federal disponer sin costo de los oficiales públicos de los Estados. Y esta jurisprudencia ha continuado en la actual Corte Roberts. (Véase. HERNÁNDEZ, Antonio María, "Estudios de federalismo comparado. Argentina, Estados Unidos y México", ob. cit., p. 157 y ss.)

(77) Y por eso he presentado oportunamente las 20 Propuestas en la obra ya citada "La Ciudad Autónoma de Buenos Aires y el fortalecimiento del federalismo argentino", (p. 85 y ss.) y que aquí sólo enuncio: 1. Cumplir los principios del sistema republicano y federal de la Constitución Nacional. 2. Terminar con el hiperpresidencialismo. 3. Fortalecer el rol federal del Congreso de la Nación y del Senado en particular. .4. Reafirmar el rol de la Corte Suprema de Justicia como garante del federalismo. 5. Promover un nuevo ordenamiento territorial del país que modifique la enorme concentración de poder político, económico, demográfico y cultural en el área metropolitana de Buenos Aires. 6. Sancionar la Ley Convenio de Coparticipación impositiva, de conformidad a los principios constitucionales. 7. Respetar los principios federales en la sanción anual de los presupuestos. 8. Federalizar el Banco Central. 9. Afianzar el federalismo de coordinación o concertación mediante un mejor ejercicio de relaciones interjurisdiccionales. Creación de una Asociación o Conferencia Nacional de Gobernadores. 10. Realizar una planificación federal para el desarrollo del país, con participación de los distintos niveles estatales. 11. Promover las regiones para el desarrollo económico y social. 12. Impulsar el nuevo rol de regiones, provincias y municipios en los procesos de integración nacional y supranacional. 13. Fortalecer las autonomías provinciales, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y de los municipios. 14. Modificar o derogar la legislación centralista vigente y las políticas respectivas. 15. Federalizar la educación. 16. Ejercer un federalismo de concertación para la exploración, explotación y aprovechamiento de los recursos naturales. 17. Federalizar los servicios públicos de competencia nacional. 18. Afianzar los principios federales en la doctrina y organización de los partidos políticos. 19. Descentralizar e integrar el país en otros aspectos (infraestructura, transporte, comunicaciones y otros). 20. Trasladar la Capital Federal.

Autonomía de la Ciudad de Buenos Aires: puntos clave para el ejercicio de facultades concurrentes en el federalismo argentino

María Gabriela Ábalos

I. La Ciudad de Buenos Aires siempre ha gozado de un estatus jurídico especial, nunca fue ni será un eslabón más en el federalismo argentino, y con la reforma de 1994 se consolida su posición a partir de atribuciones y competencias que se consagran en el texto constitucional **(1)**. La Corte Suprema de Justicia en su reciente pronunciamiento **(2)**, ofrece un rico catálogo de principios interpretativos en relación con esta Ciudad y su impacto en el federalismo, y particularmente en el ejercicio de competencias en materia de educación y salud en el marco de la pandemia generada por el COVID-19 que involucra también a las provincias.

II. El federalismo plasmado en el art. 1° de la Carga Magna de 1853/60 tiene como protagonistas al Estado nacional y a las provincias. Con la reforma de 1994 se profundiza la descentralización del poder en el territorio, particularmente con el nuevo estatus autonómico conferido a la Ciudad de Buenos Aires en el art. 129, más las otras cláusulas que la mencionan (arts. 44, 45, 54, 75 incs. 2, 30, 31, 99 inc. 20, 124, 125), adquiere un rol activo como sujeto con participación directa en la relación federal **(3)**.

Aparecen así delimitados tres sujetos del federalismo argentino: a los dos primigenios se le suma la Ciudad de Buenos Aires con competencias propias, compartidas y concurrentes a partir del reparto que surge del propio texto constitucional. Se trata de tres sujetos que entablan entre sí relaciones federales directas. A los que se agregan los municipios como un nue-

(1) Así se ha analizado en anteriores trabajos, ver de ÁBALOS, María Gabriela, "Aspectos en torno a la Ciudad de Buenos Aires en la Constitución Nacional" en Dardo Pérez Guilhou y Felipe Seisdedos, "Derecho Constitucional de la Reforma de 1994, Dist. Ed. Depalma, Mendoza, 1995, t. II, ps. 421 y ss.; "La Ciudad de Buenos Aires luego de la reforma de 1994: ¿un nuevo sujeto del federalismo?, en Instituciones de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, Buenos Aires, 2001, ps. 3/21, "Ciudad de Buenos Aires: aspectos institucionales y jurisprudenciales actuales", en Competencia Federal, Silvia Palacio de Caeiro (dir.), La Ley, Buenos Aires, noviembre 2012; "La Ciudad Autónoma de Buenos Aires en el federalismo argentino: el desafío de las relaciones institucionales", EDCO, 18/07/2014.

(2) CS, "Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires contra Estado Nacional (Poder Ejecutivo Nacional) s/acción declarativa de inconstitucionalidad", 04/05/2021

(3) Ver entre otros a HERNÁNDEZ, Antonio M., "Estudios de Federalismo comparado. Argentina, Estados Unidos y México", Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2018, "Federalismo, autonomía municipal y ciudad de Buenos Aires en la reforma constitucional de 1994", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1997; Marcelo Bernal (dir.); "Un federalismo en pausa", Editorial de la Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 2020; Ábalos, María Gabriela, "La descentralización y el federalismo argentino luego de la reforma de 1994" en "Debates de Actualidad", Asociación Argentina de Derecho Constitucional, año XVIII — nro. 189, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, octubre 2002/ marzo 2003, ps. 126/132; "Semblanza del federalismo argentino", en el Primer Seminario Internacional de Cooperación Judicial Argentino — Chilena; Libro de ponencias; Imprenta Oficial del Poder Judicial de Mendoza, octubre de 2013; ps. 76/86, etc.

vo orden de gobierno autónomo, como sujetos "de" la relación federal porque son parte de ésta través de las provincias en cuyo seno existen **(4)**.

III. La decisión en comentario emana de cuatro de los cinco integrantes de la Corte Suprema **(5)** que se pronuncian a favor de la Ciudad de Buenos Aires entendiendo que, en el caso, la Nación violó su autonomía al ejercer facultades concurrentes en materia sanitaria invadiendo atribuciones locales en materia de educación sin la debida justificación competencial.

El pronunciamiento contiene puntos clave que principalmente fortalecen la autonomía de esta Ciudad, pero sin duda sirven también para vigorizar a las provincias. Es posible sistematizar los aportes en los siguientes ejes: el primero referido al federalismo, la Ciudad Autónoma, el ejercicio de facultades concurrentes y el AMBA; el segundo específicamente en lo relativo a las competencias en materia de educación y salud; el tercero sobre el alcance de la limitación de los derechos en emergencia; y finalmente cuestiones institucionales adicionales, indicando prolijamente a qué voto corresponden en cada caso y en qué precedentes se fundan.

A. En relación con el federalismo, la Ciudad Autónoma, las facultades concurrentes y el AMBA se formulan los siguientes postulados:

1. El federalismo es un sistema cultural de convivencia **(6)**, fundado en el principio de lealtad o buena fe federal **(7)**, como asimismo en la coordinación y concertación recíproca entre los cuatro órdenes de gobierno (Nación, provincias, Ciudad Autónoma de Buenos Aires y municipios) **(8)**. El federalismo es diálogo constructivo entre la nación y las provincias **(9)**.

2. Los poderes de las provincias son originarios e indefinidos, mientras que los correspondientes a la Nación son delegados y definidos **(10)**, y deben interpretarse de forma tal de no invalidar, ni anular ni excluir a las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires **(11)**.

3. La Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en un pie de igual a las provincias en el sistema normativo que rige la jurisdicción de los tribunales federales, tiene el mismo derecho a la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia **(12)**.

---

(4) BARRERA BUTELER, Guillermo, "Provincias y Nación", Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996, p. 216.

(5) Se estructura el decisorio a partir del voto de los magistrados Rosatti y Maqueda, dos ex convencionales constituyentes de 1994, y los votos individuales de los jueces Rosenkrantz y Lorenzetti. Ello así porque se expresan a favor de admitir la competencia originaria en la resolución del 19 de abril del corriente año, mientras que Highton de Nolasco funda su rechazo en consideraciones vertidas en causas anteriores, por lo que no vota en la resolución del 4 de mayo de 2021.

(6) Del voto de Rosatti y Maqueda (Consid. 3). Se reitera lo resuelto en causas como "La Pampa", 01/12/2017-Fallos 340:1695 y "Corrientes", 11/03/2021-Fallos 344:251 reafirmando que en ese sistema las partes integrantes no actúan aisladamente, sino que interactúan en orden a una finalidad que explica su existencia y funcionamiento.

(7) Del voto de Rosatti y Maqueda (Consid. 4). Así expresan que este principio evita el abuso de las competencias de un estado en detrimento de los otros. Que "... el ideario federal en el que descansa nuestro sistema de gobierno parte de la base de que el Estado Nacional, las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los municipios coordinan sus facultades "para ayudarse y nunca para destruirse" ("Bazán", 04/04/2019 Fallos 342:509 y "Telefónica Móviles Argentina", 02/07/2019, Fallos 342:1061 voto de los jueces Maqueda y Rosatti, considerando 9).

(8) Del voto de los jueces Rosatti y Maqueda (Consid. 4).

(9) Del voto de Lorenzetti (consid. 10) que recuerda lo decidido en "Barrick Exploraciones Argentinas S.A. y otro c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad", 04/06/2019, Fallos 342:917.

(10) Del voto de Rosatti y Maqueda (Considerando. Se cita a "Juan Bautista Alberdi, Derecho Público Provincial Argentino, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1998, p. 146. Asimismo, causa "Blanco", Fallos: 1:170, entre muchas otras hasta la más reciente "Cablevisión S.A.", Fallos: 329:976). También en el voto de Lorenzetti (Consid. 9).

(11) Excepto en los casos en que, en términos explícitos, la Constitución le concede al Congreso nacional un poder exclusivo, o se ha prohibido expresamente a las provincias, o cuando existe una absoluta y directa incompatibilidad o repugnancia efectiva en el ejercicio de facultades concurrentes por éstas últimas. Eso aclara el voto de Rosatti y Maqueda, citando los precedentes de Fallos: 3:131; 7:373; 51:349; 105:273; 114:282; 137:212; 150:419; 174:358; 235:571; 243:98; 302:1181; 320:619; 331:1412, entre otros (Considerando 16).

(12) Del voto de Rosatti y Maqueda (Consid. 8), se citan los arts. 116, 117 y 129 CN; arts. 1 inc. 1 Ley 48; y art.

4. Las facultades concurrentes suponen una regla de distribución que otorga al Congreso competencia para tomar decisiones concernientes a los intereses del país como un todo **(13)** y a las provincias para dictar leyes con imperio exclusivamente dentro de su territorio **(14)**, lo que permite la coexistencia legislativa manteniéndose en sus propias esferas jurisdiccionales **(15)**.

5. Toda norma nacional debe justificar el ejercicio competencial como imprescindible recaudo de validez **(16)**, también el principio de proporcionalidad y la motivación del acto sobre todo cuando puede afectar el ejercicio de idéntica competencia en otro orden de gobierno **(17)**.

6. Las potestades nacionales delegadas deben ser interpretadas restrictiva **(18)**.

7. La supremacía del derecho federal en los términos de los arts. 5° y 31 está condicionada a que se haya encausado dentro de las pautas formales y sustanciales exigidas constitucionalmente, respetando la distribución de competencias **(19)**.

8. El gobierno federal puede coordinar a las autoridades locales, pero ello no implica que las provincias y la Ciudad de Buenos Aires renuncien a facultades constitucionales propias e indelegables **(20)**.

9. Las facultades concurrentes deben interpretarse de forma tal que las autoridades de la una y de las otras se desenvuelvan armoniosamente, evitando interferencias o roces susceptibles de acrecentar los poderes de gobierno central en desmedro de las facultades provinciales y viceversa **(21)**.

10. Para que una norma federal constituya el válido ejercicio de una atribución propia del Estado debe contar con debida justificación que lo respalde en relación con las medidas concretas adoptadas con ese objetivo **(22)**.

11. La distribución de potestades en el diseño federal no puede desconocerse, más allá de la fuente normativa, aunque se instrumente mediante una ley formal del Congreso **(23)**.

12. Usurpar funciones que corresponden a los gobiernos locales supone subvertir el carácter representativo del sistema disociándose a los gobiernos locales de las políticas que rigen en sus respectivos territorios **(24)**.

13. La Ciudad Autónoma es un actor pleno del sistema federal a partir de la reforma de 1994, ostenta facultades con amplitud semejante a la de las provincias, especialmente en lo relativo a la jurisdicción **(25)**.

24, inc. 1, decreto-ley 1285/58, ratificado por ley 14.467. El magistrado Rosenkrantz hace hincapié además en que la Ciudad de Buenos Aires cuenta con legitimación activa para defender la esfera de sus atribuciones constitucionales contra actos del Estado Nacional que considera lesivos a su autonomía política (Considerando 2). Ver el interesante análisis de los casos en Dolabjian, Diego A., "La Ciudad ante la Corte", ed. Ediar, Buenos Aires, 2019.

(13) Del voto de Rosenkrantz (Consid. 12). Cita Fallos: 243:276; 249:292, voto del juez Oyhanarte.

(14) Del voto de Rosenkrantz (Consid. 12). Cita Fallos 239:343.

(15) Del voto de Rosenkrantz (consid. 12).

(16) Del voto de Rosatti y Maqueda (Consid. 18).

(17) Del voto de Rosatti y Maqueda (Consid. 19).

(18) Se cita el prólogo de Clodomiro Zavalía a los Comentarios de la Constitución de la Confederación Argentina de Domingo F. Sarmiento, 1929, Rosso, Buenos Aires, p. 17 y 19; señalando los riesgos de creer que la única fuente de progreso y bienestar podría provenir de la autoridad federal en detrimento de las provincias. (Voto de Rosatti y Maqueda. Consid. 16).

(19) Del voto de Rosatti y Maqueda (consid. 17).

(20) Del voto de Rosenkrantz. (Consid. 14).

(21) Del voto de Lorenzetti (Consid. 11). Se cita el fallo "Covimet S.A. (TF 19404-I) c/ DGI s/", del 6/08/2011, Fallos 334: 891.

(22) Del voto de Rosatti y Maqueda (Consid. 19).

(23) Del voto de Rosatti y Maqueda (Consid. 25).

(24) Del voto de Rosenkrantz (Consid. 16). Expresamente se afirma "... si se usurparan las funciones que corresponden a los gobiernos locales sin duda se subvertiría el carácter representativo del sistema pues se disociaría a los gobiernos locales de las políticas que rigen en sus respectivos territorios, liberándolos de la responsabilidad que les cabe por ellas".

(25) Del voto de Rosatti y Maqueda que afirma así se resolvió que los jueces nacionales con asiento en la CABA

14. La Ciudad como sujeto del federalismo es "ciudad" (por sus características demográficas) "constitucional" (así designada en el texto constitucional y con atributos específicos de derecho público) "federada" (porque integra de modo directo el sistema federal) **(26)**.

15. El gobierno nacional ha perdido la atribución "...que tenía como gobierno local de la Capital", que no puede ser reasumida ni en forma transitoria por el presidente ni por el Congreso, salvo la medida de intervención federal **(27)**.

16. La región es un sujeto no inexorable o posible del federalismo bajo las pautas del art. 124, CN y exige la participación de las partes involucradas **(28)**.

17. El Área Metropolitana de Buenos Aires (AMBA) compuesta por la Ciudad Autónoma y treinta y cinco partidos de la provincia de Buenos Aires **(29)**, no tiene la virtualidad de alterar las potestades constitucionales reconocidas a los diversos componentes del Estado Federal que formen parte de tal área **(30)**.

18. El "AMBA" no puede ser entendido como una región en los términos del art. 124 ni puede implicar una alteración de las potestades provinciales o de la ciudad Autónoma de Buenos Aires **(31)**.

B. Sobre las facultades en materia de educación y salud pública y la distribución de su ejercicio entre los sujetos del federalismo se extraen los siguientes puntos:

1. La educación constituye un "interés vital" del Estado **(32)**, es una cuestión constitucional **(33)**, es un derecho humano con sustento

---

no son equiparables a los jueces federales a los efectos de declarar la admisibilidad del recurso extraordinario cuando media denegación del fuero federal ("Nisman", Fallos: 339:1342), de lo cual se deriva, "por implicación [...], que la Ciudad de Buenos Aires tiene una aptitud semejante a la de las provincias argentinas para ejercer plenamente la jurisdicción y, con ello, para realizar la autonomía que le fue concedida por el artículo 129 de la Constitución" ("Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires c/Córdoba", Fallos 342:533, considerando 7). Además, se declaró "del claro mandato constituyente de conformar una Ciudad de Buenos Aires con autonomía jurisdiccional plena" ("Bazán", Fallos 342:509, (Considerando 17) También en el voto de Rosenkrantz (Consid. 6). Coincidentemente el juez Lorenzetti refiere a los precedentes del Tribunal que afirmaron la autonomía de la Ciudad, su nuevo estatus constitucional expresado en el art. 129, sus facultades en materia jurisdiccional y su derecho a la competencia originaria (Consid. 8).

(26) Del voto de Rosatti y Maqueda (Consid. 9). Así lo había dicho ya el juez Rosatti, tal como se ha citado, y expresó en los casos "Bazán" y "Gobierno de la ciudad de Buenos Aires".

(27) Del voto de Rosenkrantz (Consid. 6). Cabe aclarar que esta apreciación es correcta en torno a la "Ciudad", ya que sobre ella no hay injerencia alguna del Congreso ni del presidente, salvo el caso de excepción de la intervención federal. Mientras que sobre la "Capital Federal", sigue teniendo el Congreso que velar por los intereses nacionales conforme el mismo art. 129 señala y en su consecuencia el art. 75 inc. 30 y la cláusula transitoria décimo quinta.

(28) Del voto de Rosatti y Maqueda (Consid. 22).

(29) Son los partidos de: Almirante Brown, Avellaneda, Berazategui, Berisso, Ensenada, Escobar, Esteban Echeverría, Ezeiza, Florencio Varela, General Las Heras, General Rodríguez, General San Martín, Hurlingham, Ituzaingó, José C. Paz, La Matanza, Lanús, La Plata, Lomas de Zamora, Luján, Marcos Paz, Malvinas Argentinas, Moreno, Merlo, Morón, Pilar, Presidente Perón, Quilmes, San Fernando, San Isidro, San Miguel, San Vicente, Tigre, Tres de Febrero y Vicente López.

(30) Del voto de Rosatti y Maqueda (Consids. 22 y 23).

(31) Del voto de Rosatti y Maqueda (Consid. 23). Aclara este voto conjunto "Ello sin perjuicio de las facultades reconocidas al Congreso nacional para promover "políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones", en los términos del art. 75 inc. 19 de la Constitución Nacional, con el debido respeto de las atribuciones de la Ciudad de Buenos Aires y las provincias involucradas".

(32) Del voto de Rosatti y Maqueda (Consid. 11). Se cita un caso de 1984 donde el Tribunal marcó que tal interés debe corresponderse con "la necesidad de cimentar una sociedad democrática e inteligente" ("Arenzón", Fallos: 306:400, voto de los jueces Belluscio y Petracchi).

(33) Del voto de Rosatti y Maqueda (Consid. 11). Se indica que así se dijo en la Convención Constituyente, "la principal obligación del Estado —que todos tenemos— es atender la educación... debemos darle a la educación todo lo que ella se merece; después vendrá lo económico, después vendrá el progreso; porque el progreso y la economía —todos los bienes materiales que podamos obtener como personas— nos van a llegar a través de la educación de nuestro pueblo" (Convencional Hernández, Convención Nacional Constituyente, 28a Reunión - 3a Sesión Ordinaria, Continuación, 10/11 de agosto de 1994, p. 3605). Además, se agrega como derecho constitucional a la educación las normas internacionales que lo avalan.

en el bloque de constitucionalidad que define las oportunidades de desarrollo de una persona **(34)**.

2. El Estado Nacional como las provincias tienen competencia para regular la educación. El primero en función del inc. 19 del art. 75, CN tiene en sus manos sancionar "leyes de organización y de base de la educación" respetando las "particularidades provinciales y locales" **(35)**, mientras que las segundas, conservan la facultad de asegurar la "educación primaria" en sus textos constitucionales (art. 5°). La Ciudad de Buenos Aires, en su Constitución tiene disposiciones sobre educación (arts. 20, 21, 23, 24, 25, 27 y 42) y atribuciones en materia educativa en cabeza de sus autoridades (arts. 80 y 81) **(36)**.

3. La Ciudad Autónoma, al igual que las provincias, tiene la atribución de decidir sobre los modos de promover y asegurar la educación de sus habitantes, ello en función del art. 125 *in fine,* CN **(37)**.

4. La educación se ubica entre las atribuciones de la policía del bienestar de las provincias, y de la Ciudad Autónoma como sujeto activo del federalismo y en igualdad de condiciones que las provincias (art. 125) **(38)**.

5. La decisión nacional de suspender las clases presenciales en el ámbito de la Ciudad, solamente podría validarse si encontrase sustento en la facultad exclusiva del Congreso de reglar el comercio de las provincias entre sí (art. 75, inc. 13), o en las facultades concurrentes del art. 75, inc. 18, lo que no se configura en el caso **(39)**.

6. La organización y funcionamiento del sistema educativo es de competencia local, no basta con la invocación del bienestar general para sustentar la supremacía de una norma nacional **(40)**.

7. La situación sanitaria excede todo límite interprovincial y nacional, ello no habilita el des-

(34) Del voto de Lorenzetti (Consid. 3). Cita que este derecho se encuentra reconocido en la Constitución Nacional, en las Constituciones Provinciales y en la de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, así como en distintos tratados internacionales que gozan de jerarquía constitucional según dispone el art. 75 inc. 22 CN. También cita a Cortes de otros países que han reconocido la importancia de satisfacer del derecho a la educación en la máxima extensión posible ("Brown v. Board of Education of Topeka" 1954) que inicio´ un proceso de judicialización creciente a los fines de garantizar este derecho fundamental (CS USA, "Cooper v. Aaron", "Goss v. Board of Education" (1963), "Griffin v. County School Board of Prince Edward County" (1964).

(35) Muy importante remisión a lo resuelto en "Castillo" 2017 (Fallos 340:1795). Se cita expresamente que lo referido a "sancionar leyes de organización y de base de la educación que consoliden ... la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna", persiguió "un doble objetivo: consagrar expresamente con la máxima jerarquía normativa ciertos principios básicos que habían caracterizado a la educación pública argentina y a la vez asegurar, mediante nuevos mecanismos, la igualdad real de oportunidades en el acceso a la educación" ("Defensoría de Menores e Incapaces n. 6 y otros", Fallos 343:1805 -disidencia de los jueces Maqueda y Rosatti- y "Castillo", Fallos: 340:1795, Consid. 13 y disidencia parcial del juez Rosatti, consid. 11 in fine).

(36) Del voto de Rosatti y Maqueda (Consid. 10), también en el voto del Rosenkrantz (Considerando 8) y en el voto de Lorenzetti (consid. 12), además rescata que durante gran parte del período de la emergencia sanitaria provocada por el COVID 19, los tres sujetos ejercieron las facultades concurrentes en materia sanitaria y educativa de modo pacífico, recuerda la ley 27.541 que declaró la emergencia pública y su ampliación por decreto 260, rescatando el trabajo conjunto (Considerando 13).

(37) Del voto de Rosatti y Maqueda (Consid. 13).

(38) Del voto de Rosatti y Maqueda (Consid. 13).

(39) El juez Rosenkrantz ingresa estos argumentos en su voto analizando las implicancias de los incs. 13 y 18 del art. 75 (Consids. 9, 10 y 11). Agrega en el Considerando 11 que "Si se supusiera que el alcance transnacional de la pandemia —que, por lo demás, es conceptual y deriva de la propia calificación del fenómeno como tal— determina por si´ mismo el carácter interjurisdiccional de cualquier regulación vinculada con ella, ello implicaría el desplazamiento total y absoluto de las autoridades locales en cualquier situación o aspecto de la realidad que guardase un mínimo de conexión con aquel grave problema. Una tesis tal es inadmisible, especialmente cuando la decisión del Estado Nacional impacta en el modo de operación y funcionamiento del sistema educativo a nivel local. No debemos olvidar que, de acuerdo con el conocido canon interpretativo, no debe prescindirse de las consecuencias que se derivan de la adopción de los distintos criterios interpretativos posibles, pues ellas constituyen uno de los índices más seguros acerca de su razonabilidad y coherencia con el sistema normativo (Fallos: 310:1267; 323:3619; 324:1481; 326:417; 327:769; 328:53, entre muchos otros).

(40) Del voto de Rosenkrantz (Consid. 12).

plazamiento total y absoluto de las autoridades locales **(41)**.

8. Cuando no se arriba a acuerdos de concertación en materia de educación, la competencia es de la Ciudad o de las provincias **(42)**.

9. El Estado no tiene facultades para limitar el ejercicio del derecho a la educación, excepto cuando pueda constituirse en una causa de daños a terceros (art. 19) siempre que no signifique una afectación esencial del derecho **(43)**.

10. El derecho a la vida y a la salud constituyen un valor fundamental y los demás derechos resultan instrumentales, no hay educación sin vida humana **(44)**.

11. En la regulación de la salud se reconoció a las provincias en ejercicio de su poder de policía y luego a la Ciudad de Buenos Aires, con su autonomía plena también tiene atribuciones legislativas sanitarias como ciudad constitucional federada **(45)**. Además, el Estado Nacional ostenta atribuciones concurrentes para regular ciertas cuestiones de la salud (art. 75, inc. 18) y se amplía en relación con el desarrollo humano (art. 75, inc. 19) **(46)**.

C. Sobre la emergencia y la limitación de los derechos **(47)** se ponen de manifiesto los siguientes aportes:

1. La emergencia no es una franquicia para ignorar el derecho vigente **(48)**.

2. La emergencia está sujeta al derecho, es una situación jurídicamente regulada con lí-

(41) Agrega el voto de Rosenkrantz en el Considerando 11 antes citado que "No basta, entonces, el carácter transnacional de la situación sanitaria que se intenta paliar para dar por acreditada una suerte de interjurisdiccionalidad per se respecto de cualquier medida que se adopte con la finalidad de combatirla".

(42) Del voto de Lorenzetti (Consid. 15). Elabora así un catálogo con los requisitos constitucionales de las medidas, la autoridad competente y la regla en caso de desacuerdo para concluir que la Ciudad y las provincias pueden regular la apertura de las escuelas priorizando la apertura y reanudación de las clases presenciales. El estado nacional solo puede regular el ejercicio del derecho a la educación de modo concurrente con las provincias, estableciendo las bases, pero no puede sustituirlas ni decidir de modo autónomo apartándose del régimen legal vigente.

(43) Del voto de Lorenzetti (Consid. 6).

(44) Del voto de Lorenzetti (Consid. 4). Señala que "Esta Corte afirmo´ esta doctrina señalando que el derecho a la vida, que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional, constituye un valor fundamental, con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (Fallos: 316:479). Del mismo modo, ha señalado que el derecho a la salud, máxime cuando se trata de enfermedades graves, se encuentra íntimamente relacionado con el derecho a la vida que esta´ reconocido por la Constitución y por los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22 de la Ley Suprema) (Fallos: 328:4640)" (Consid. 4).

(45) Del voto de Rosatti y Maqueda. Así expresaron "Ya en los primigenios precedentes "Plaza de Toros" (Fallos: 7:150) y "Saladeristas" (Fallos: 31:2734), se convalidaron restricciones locales, luego de declarar que el poder de policía para "proveer lo concerniente a la seguridad, salubridad y moralidad de sus vecinos fue reservado por las provincias", como así´ también se corroboro´ la validez de una ley provincial que obligaba a retirar a los saladeros establecidos en Barracas ya que "por exigirlo así la salud pública, no es contraria a la ley constitucional, ni ataca el derecho de propiedad". Más recientemente, en el caso "Nobleza Piccardo" (Fallos: 338:1110), este Tribunal declaro´ la constitucionalidad de la competencia sanitaria que había ejercido la Provincia de Santa Fe para regular la publicidad del tabaco". También en el voto de Rosenkrantz (Consid. 7).

(46) Del voto de Rosatti y Maqueda. (Consid. 15). Se cita casos donde se ha convalidado "... el ejercicio de esas atribuciones federales para regular sobre la actividad farmacéutica en "Belcastro" y en "Diócesis de San Martín" (Fallos: 308:943 y 333:1279, voto del juez Maqueda), sobre actividades relacionadas con la sangre humana en "Leiva" (Fallos: 315:1013) y sobre los seguros de salud y obras sociales en "Boto" (Fallos: 320:786), entre otras". (considerando 15). También en el voto de Rosenkrantz (Considerando 7). En el voto de Lorenzetti se cita Fallos: 338:1110; voto de los jueces Maqueda y Highton de Nolasco y voto concurrente del juez Lorenzetti; Fallos: 342:1061 "Telefónica Móviles Argentina SA — Telefónica Argentina SA", voto de los jueces Maqueda y Rosatti; "Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional y otro s/ proceso de conocimiento", CSJ 577/2007 (47-D)/CS1, del 08/04/2021, voto del juez Rosenkrantz).

(47) Este punto no es tratado expresamente en el voto conjunto de los jueces Rosatti y Maqueda, en cambio aparece en los votos de los jueces Rosenkrantz y Lorenzetti.

(48) Del voto de Rosenkrantz (Consid. 5).

mites formales y sustanciales que le impone la Constitución **(49)**.

3. La emergencia no crea poderes nuevos **(50)**.

4. Las medidas limitativas de los derechos deber ser acotadas temporalmente, legales, ajustadas a los objetivos definidos conforme a los criterios científicos, razonables, estrictamente necesarias y proporcionales, acordes con los demás requisitos desarrollados en el derecho interamericano de los derechos humanos **(51)**.

5. Debe realizarse un juicio de ponderación entre la máxima satisfacción posible del derecho a la educación y la protección de la salud en la emergencia sanitaria en un sistema reglado por el Estado de Derecho **(52)**.

6. Debe buscarse el criterio de menor restricción posible a través del medio más idóneo disponible para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad perseguida **(53)**.

7. Las medidas que establecen restricciones, tanto si se trata de una ley o de un decreto, cualquiera sea la autoridad que los emite, deben respetar el criterio de menor restricción posible **(54)**.

D. Por último, cabe destacar otras cuestiones analizadas.

1. Coinciden los magistrados en la innecesaridad de ingresar en el tratamiento de los reproches constitucionales en torno a los decretos de necesidad y urgencia.

Sin embargo, los jueces Rosatti y Maqueda sientan como principio que más allá de la fuente normativa, en el caso, se ha violado la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires, desconociéndose la distribución de potestades en el diseño federal argentino. Agregan que, aún en el supuesto hipotético en que el contenido material de la regulación en estudio se instrumentase mediante una ley formal del Congreso Nacional, la conclusión en torno a la vulneración de la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires se mantendría incólume **(55)**.

Por su parte, el juez Rosenkrantz recuerda que todas las autoridades de la República están obligadas a respetar el orden institucional y el sistema democrático, y sentencia con gravedad que usurpar funciones que corresponden a los gobiernos locales supone subvertir el carácter representativo del sistema **(56)**.

2. Se recuerda el rol de la Corte Suprema como guardián ultimo de las garantías constitucionales, máximo intérprete de la Constitución y cabeza de un departamento del Estado **(57)**,

(49) Del voto de Rosenkrantz (Consid. 5).

(50) Del voto de Rosenkrantz. Se cita lo resuelto en "Fallos: 172:21; 313:1638; doctrina tomada de los precedentes estadounidenses "Wilson v. New", 243 U.S. 332, y "Home & Loan Building Ass'n v. Blaisdell", 290 U.S. 398). Tiene dicho este Tribunal que "[...] los poderes de emergencia nacen exclusivamente de la Constitución, la que los conforma y delimita, por lo que todo avance más allá de ese marco conceptual desborda la legitimidad, tornándose en arbitrariedad y exceso de poder" ("Antinori", Fallos: 321:2288)". (Considerando 5)

(51) Del voto de Lorenzetti, se refiere a la emergencia y marca un cambio de posición en la jurisprudencia a partir del 2006, cita su voto en el caso "Massa" y más específicamente en relación con la pandemia del COVID 19, lo resuelto en los casos "Maggi" y "Lee" (Consid. 7).

(52) Del voto de Lorenzetti (Consid. 6).

(53) Del voto de Lorenzetti (Consid. 6). Cita el art. 1713 Cód. Civ. y Com.

(54) Del voto de Lorenzetti (Consid. 7).

(55) Del voto de Rosatti y Maqueda (Consid. 25) así señalan que "En definitiva, lo decidido por el Tribunal en torno a que el último párrafo del art. 10 del DNU 235/2021, a partir de la modificación dispuesta por el art. 2 del DNU 241/2021, no constituye el ejercicio de potestades constitucionales que le competen a las autoridades federales, sino que vulnera atribuciones y potestades propias de la autonomía política reconocida por la Constitución Nacional a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, torna innecesario ponderar la validez constitucional del instrumento jurídico en que se ha plasmado la norma (es decir, su carácter de decreto de necesidad y urgencia)".

(56) Del voto de Rosenkrantz (Consid. 16).

(57) Del voto de Rosatti y Maqueda (Consid. 26), citando los precedentes de Fallos: 330:4134; 338:1575 y 342:509, 584, 1417 y 2389, recuerdan que el Poder Judicial "... está obligado a velar porque se respete el sistema institucional de división de poderes que establece la Constitución (art. 1), tanto en su aspecto material en el marco del sistema republicano de gobierno (ramas legislativa,

a cargo de la protección y tutela efectiva de los derechos fundamentales, velando porque sus limitaciones sean excepcionales **(58)**. Se resalta además que las decisiones de este Tribunal en cuestiones de relevancia institucional deben estar dirigidas a apaciguar los conflictos y preservar la paz social **(59)**.

3. Importante coincidencia en los cuatro magistrados en torno a defender la decisión adoptada sin perjuicio de emitirse cuando el decreto impugnado ya no tenía vigencia temporal. Ello así porque entienden que el pronunciamiento contiene criterios rectores de máxima relevancia institucional **(60)** y que más allá del caso, las circunstancias pueden prorrogarse o repetirse en el futuro **(61)**. Afirman que la resolución debe servir para orientar, desde lo jurídico -no desde lo sanitario- decisiones futuras.

4. Finalmente se destacan aclaraciones de peso que suponen definiciones sobre el rol del Poder Judicial.

En el voto de Rosatti y Maqueda se deja claro que lo resuelto en el caso no supone avalar o desautorizar decisiones sanitarias que, además de ser adoptadas por las autoridades constitucionales competentes, deberán basarse en criterios de razonabilidad como la necesidad, la proporcionalidad y el ajuste a los objetivos definidos conforme a criterios científicos **(62)**.

En la misma línea Rosenkrantz marca cuestiones ajenas a la órbita del Poder Judicial, la primera, que en este caso no se abre juicio sobre cuál de las dos políticas, la de la Ciudad o la de la Nación, es la más adecuada para armonizar en la crisis los distintos bienes jurídicos involucrados (salud, educación, libertad de circulación, entre otros); y la segunda en cuanto a que no se pone en duda las potestades nacionales para tomar medidas de alcance general y uniforme con el fin de combatir la pandemia, ello siempre y cuando se respete el marco competencial de cada jurisdicción **(63)**.

IV. A modo de cierre el valioso pronunciamiento en comentario nos deja un catálogo preciso y contundente de principios rectores en torno al federalismo. Consolida la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires y su plena integración como sujeto federal. También fortalece a las provincias con las importantes herramientas interpretativas que aporta para el ejercicio de competencias concurrentes en particular en materia de educación y de salud pública.

La decisión en comentario clarifica las bases para arribar a indispensables consensos federales que garanticen, aun en emergencia, la convivencia armónica de los sujetos involucrados, pero siempre dentro del ineludible respeto competencial recíproco.

No es menor la pretensión de orientar decisiones futuras a partir del elenco de preceptos que se han detallado, por ejemplo, podrían servir como guía para la sanción de una ley convenio de emergencia con presupuestos mí-

---

ejecutiva y judicial), como en su dimensión territorial propio del sistema federal argentino (en el que se articulan de manera coordinada las potestades del Estado Nacional, provincias, Ciudad Autónoma de Buenos Aires y municipios)".

(58) Del voto de Lorenzetti (Consid. 2).

(59) Del voto de Lorenzetti (Consid. 2). Se cita lo ya resuelto en el caso "Rinaldi" en torno a que "en estos supuestos, la decisión debe fundarse en una razonable ponderación de los principios constitucionales en juego, y en una adecuada consideración de las consecuencias económicas y sociales de la decisión que debe tomarse, ya que la finalidad esencial apunta a contribuir con la paz social. La verdadera misión que tiene el tribunal en casos de relevancia institucional no es averiguar la verdad, ni practicar silogismos, sino adoptar una decisión que permita apaciguar los conflictos, fundándose en argumentos constitucionales razonables, verificables y que tengan en cuenta los consensos sociales vigentes en el momento de tomarla... Que, a su vez, es necesario fundar las decisiones en principios sostenidos a lo largo del tiempo por la comunidad de juristas, que seguramente permanecerán en el futuro como un modo normal de la convivencia humana. Un sistema estable de reglas y no su apartamiento por necesidades urgentes es lo que permite construir un Estado de Derecho" (Fallos: 330:855, "Rinaldi", voto de los jueces Lorenzetti y Zaffaroni, consid. 13).

(60) Terminología utilizada en el voto de Rosatti y Maqueda (Consid. 28).

(61) En el voto de Rosatti y Maqueda (Considerando 28); voto de Rosenkrantz (Consid. 19) y Lorenzetti (Consid. 18).

(62) Consid. 27.

(63) Consid. 17.

nimos **(64)**. Se propone el debate y aprobación de una ley convenio de emergencia con presupuestos mínimos que permita a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires participar desde sus representantes en el Congreso. Ello sobre la base de presupuestos mínimos acordados por todas las provincias en el Senado y la nación numérica en Diputados. Implicaría utilizar el modelo previsto en el art. 75, inc. 2, CN. y buscar los acuerdos interjurisdiccionales posibles, combinado con los presupuestos mínimos de protección que contiene el art. 41, CN, de forma tal de permitir a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, las normas complementarias que acompañen las excepciones a las medidas restrictivas de derechos en base a las realidades locales, como la ausencia de casos de COVID-19, las posibilidades sanitarias, la distribución poblacional, etc.

Esta ley convenio de emergencia, con un tiempo de vigencia limitado expresamente previsto, contendría las bases de acuerdos interjurisdiccionales con presupuestos mínimos de protección de la salud pública con la consiguiente restricción de derechos, que permita a cada provincia y dentro de ella a sus municipios, y a la Ciudad Autónoma, en ejercicio de sus competencias propias y concurrentes, dar respuestas locales en el marco nacional fijado por dicha norma. Sería la instrumentación del federalismo de concertación sobre la base de la cogestión y cooperación intergubernamental, evitándose abusos y sumisiones, conjugando los intereses del conjunto federativo sin sacrificar ni borrar los de los Estados partes.

(64) Así se plantea en ÁBALOS, María Gabriela, "Poderes públicos y emergencia: diagnóstico y propuestas"; en Suplemento de Derecho Constitucional, ED., junio de 2020 y en Revista Digital "Constitución y emergencia sanitaria", no. IV, 19 de junio de 2020; Asociación Argentina de Derecho Constitucional; http://aadconst.org.ar/revistadigital/revista/se-iv/. También en "La federación unitaria en tiempos de emergencia", Revista de Derecho Administrativo, edición especial COVID- 19, julio — agosto 2020; Abeledo Perrot; Thomson Reuters, ps. 3/12.

La doctrina de la emergencia en el precedente de la Corte Suprema sobre clases presenciales (*)

Juan Santiago Ylarri (**)

Sumario: I. Introducción.— II. Una breve reseña del caso.— III. ¿Qué conclusiones podemos sacar del fallo acerca de la emergencia?— IV. Conclusiones.

I. Introducción

El precedente de la Corte Suprema "Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ Estado Nacional (Poder Ejecutivo Nacional) s/ acción declarativa de inconstitucionalidad", del 04/05/2021, ha generado múltiples comentarios por parte de la doctrina. En el presente trabajo, me detendré en los pasajes del fallo que se refieran a la doctrina de la emergencia. Así las cosas, luego de efectuar una breve reseña de los distintos votos en la causa, analizaré las siguientes cuestiones: las consecuencias de la emergencia para el sistema federal; la efectiva existencia de la situación de emergencia; la declaración de emergencia; los efectos de la convalidación del Congreso al decreto de necesidad y urgencia impugnado; los efectos de la imposición de idénticas restricciones por una ley formal del Congreso; las consecuencias del mantenimiento en el tiempo de las normas de emergencia; el escrutinio judicial más riguroso que corresponde ejercer sobre las normas de emergencia; y, finalmente, destacaré lo relativo a que el Estado debe dar buenas razones cuando se pretenda ejercer el poder de policía de emergencia y avanzar sobre las autonomías locales.

II. Una breve reseña del caso

El Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires inició una acción declarativa en los términos del art. 322 del Cód. Proc. Civ. y Com. contra el Estado nacional, a fin de obtener la declaración de inconstitucionalidad del art. 2º del decreto de necesidad y urgencia (DNU) 241/21 **(1)** del Poder Ejecutivo nacional, que había modificado lo dispuesto en el art. 10 del dec. 235/21 **(2)** y había establecido —en su último párrafo— la suspensión del dictado de clases presenciales y de las actividades educativas no escolares presenciales en todos los niveles y en todas sus modalidades, desde el 19 hasta el 30 de abril de 2021, inclusive, en el ámbito del aglomerado urbano denominado "Área Metropolitana de Buenos Aires (AMBA)" definido en el art. 3º del dec. 125/21 **(3)**.

El GCBA impugnó el decreto con distintos argumentos. Así, señaló que estaba en juego la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires reconocida en el art. 129, CN y el deber constitucional que tienen las entidades locales de asegurar

(*) Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación del Programa de Investigación Científica, Desarrollo y Transferencia de Tecnologías e Innovaciones de la Universidad Nacional de La Matanza, que lleva por título "Los alcances de la revisión judicial de las facultades legislativas del Presidente: la interpretación restrictiva".

(**) Abogado y Doctor en Derecho (UBA). Máster en Derecho Constitucional (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, España). Especialista en Derecho Administrativo Económico (UCA). Autor del libro "La emergencia económica".

(1) BO. del 16/4/2021.

(2) BO. del 8/4/2021.

(3) BO. del 28/2/2021.

su autonomía; que no se configuraba el presupuesto de hecho habilitante para el dictado de un decreto de necesidad y urgencia; que se violaba el principio de igualdad, pues algunas provincias podían decidir sobre la continuidad o suspensión de las clases presenciales; y que el decreto era irrazonable, entre otros. Por su parte, el Estado nacional consideró que la medida se ejercía en el marco del poder sanitario de emergencia; que el ejercicio del poder de policía sanitario es concurrente entre la Nación y las provincias, y que en caso de incompatibilidad de criterios prevalece la norma nacional; que la norma se justificaba atento a la situación epidemiológica imperante en la región AMBA, por lo que debía restringirse el tránsito y la circulación de personas; que la finalidad del decreto era la protección de la vida y de la salud de la población; que se configuraban las circunstancias excepcionales para dictar el DNU; y que era aplicable la doctrina de los actos propios, pues el GCBA había consentido todas las medidas adoptadas en el marco de la pandemia, entre otros.

A pesar de los numerosos argumentos esgrimidos por las partes, la Corte Suprema resolvió el caso, principalmente, con fundamentos relacionados con la estructura de nuestro sistema federal y el alcance de las competencias de las provincias y la Ciudad de Buenos Aires. Así, en cuestión de días **(4)**, el máximo tribunal dictó sentencia de fondo y resolvió hacer lugar a la demanda "respecto del planteo referido a que en el caso concreto se violó la autonomía de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires". No es objeto de este trabajo analizar de forma particular cada uno de los votos de los ministros de la Corte Suprema. Me limitaré a hacer una breve referencia de cada uno de ellos para luego analizar algunas cuestiones puntuales relacionadas con la emergencia.

Ahora bien, antes de ingresar a considerar los distintos votos de la sentencia, vale la pena afirmar que el precedente también ha consolidado, a más de 25 años de la reforma constitucional, una definición de la Ciudad de Buenos Aires. Así, luego de que en alguna ocasión un ministro de la Corte llamara a la Ciudad un "engendro" **(5)**, hoy hay consenso, al menos en cuatro de los cinco ministros de la Corte Suprema, en definirla como "ciudad constitucional federada" **(6)**.

Ingresando a considerar cada una de las opiniones de los ministros de la Corte Suprema, cabe señalar que el voto de los ministros Maqueda y Rosatti hace un mayor desarrollo de nuestro sistema federal, la importancia de la lealtad federal o buena fe federal **(7)**, y la creación de la Ciudad de Buenos Aires como un "actor pleno del sistema federal" **(8)**. Así consideraron que corresponde a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires —al igual que a las provincias— la atribución para decidir sobre los modos de promover y asegurar la educación de sus habitantes. En este sentido, indicaron, al igual que en los dos votos de los ministros Rosenkrantz y Lorenzetti, que las competencias de educación y salud son concurrentes entre la Nación y las provincias —y la Ciudad de Buenos Aires—. De este modo, si bien reconocieron que la jurisprudencia de la Corte le ha reconocido al Estado nacional atribuciones concurrentes para regular ciertas cuestiones de la salud en tanto atañen a la "prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias" (art. 75, inc. 18), como la atribución para proveer lo conducente al "desarrollo humano" (art. 75, inc. 19), consideraron que el Estado nacional no había justificado de manera suficiente el ejercicio de la competencia sanitaria. Además, sobre la prevalencia del

(4) La demanda se inició el 16/4/2021 y el fallo de la Corte Suprema se dictó el día 4/5/2021.

(5) CS, "Gauna, Juan Octavio s/ acto comicial 29-3-97", 07/05/1997, Fallos: 320:875, voto del ministro Vázquez, considerando 12; "Partido Justicialista Distrito Capital Federal s/ acción declarativa de certeza", 29/4/2003, Fallos: 326:1481, voto del ministro Vázquez, considerando 4°.

(6) El término ya había sido acuñado por la Corte Suprema en el precedente "Bazán, Fernando s/ amenazas", 4/4/2019, Fallos: 342:509, voto mayoritario de los ministros Maqueda, Lorenzetti y Rosatti, considerando 3°. Esta definición es adoptada nuevamente en el caso bajo comentario, en los considerandos 9 y 15 del voto de los ministros Maqueda y Rosatti, y en el considerando 6 del voto del ministro Rosenkrantz.

(7) Respecto de este concepto, ver el trabajo CARRANZA, Gonzalo Gabriel, "La lealtad federal en el sistema autonómico español", tesis doctoral, Universidad Autónoma de Madrid, 2020 (disponible en: https://repositorio.uam.es/handle/10486/694034. Consulta el 23/5/2021).

(8) Voto de los ministros Maqueda y Rosatti, consid. 7.

derecho federal, señalaron que, si bien las provincias y la Ciudad de Buenos Aires guardan subordinación con el Estado federal en ciertos ámbitos, esa subordinación se verifica en los estrictos términos jurídicos de la Constitución nacional, por lo que no se trata de una subordinación indeterminada, sino limitada por el mismo texto de la Constitución. También, en el voto conjunto, se indicó que la creación del AMBA no podía entenderse como región en los términos del art. 124, CN y se desestimó el argumento de la aplicación de la doctrina de los actos propios teniendo en cuenta el principio de buena fe federal.

Por su parte, el ministro Rosenkrantz, en su voto, comienza enmarcando la cuestión en el ejercicio del poder de policía de emergencia, y luego de referirse a la Ciudad de Buenos Aires y sus competencias en materia de salud y educación, precisó que la decisión de suspender las clases presenciales en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires adoptada por el Estado nacional —aun a la luz de la declaración de emergencia— solamente podía validarse constitucionalmente si encontrase respaldo en la facultad exclusiva del Congreso para reglar el comercio de las provincias entre sí (art. 75, inc. 13, CN) o en las facultades concurrentes del Congreso, las provincias y la Ciudad de Buenos Aires para promover el bienestar de todas las provincias (art. 75, inc. 18, CN). Sin embargo, consideró que los fundamentos que había dado el Estado nacional para el ejercicio de dichas competencias eran meramente conjeturales. También, desestimó la aplicación de la doctrina de los actos propios, pues entendió que la Ciudad de Buenos Aires solo había aceptado el rol del Estado nacional como coordinador de las entidades locales, pero de modo alguno aquello suponía que había renunciado al ejercicio de ninguna facultad propia. De este modo, consideró que la decisión unilateral y directa del Estado nacional de disponer la suspensión de las clases en la Ciudad de Buenos Aires entre el 15 y el 30 de abril de 2021 configuraba una intromisión, durante ese período, en las facultades que corresponden al gobierno autónomo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para dirigir el funcionamiento de su sistema escolar, por lo que resultaba contrario a la Constitución.

Por su parte, el ministro Lorenzetti es quien se refiere más enfáticamente al derecho a la educación. En primer lugar, en un extenso *obiter dicta* hizo referencia al rol de los tribunales en épocas de emergencia y la importancia de la protección de los derechos fundamentales. Seguidamente, luego de hacer referencia a las competencias concurrentes en materia de salud y educación, indicó que, en materia de educación, cuando no hay acuerdo, es competencia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o de las provincias adoptar decisiones específicas respecto de la suspensión o no de clases presenciales. Por lo tanto, consideró que el decreto cuestionado había afectado la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires.

Así las cosas, la Corte Suprema ha omitido pronunciarse sobre otras cuestiones propuestas tales como la razonabilidad de las medidas sanitarias adoptadas **(9)** o si se configuraban los presupuestos para el dictado de un decreto de necesidad y urgencia **(10)**. A su vez, aclaró que no era competente para definir cuál era la política más adecuada para cada jurisdicción **(11)** o

(9) Los ministros Maqueda y Rosatti, en el considerando 27, señalaron que lo decidido "no significa avalar (o desautorizar) decisiones sanitarias que, en todo caso, amén de ser adoptadas por las autoridades constitucionalmente competentes, como se examinó en esta causa, deberán además basarse en criterios de razonabilidad entre los que pueden mencionarse la necesidad, la proporcionalidad y el ajuste a los objetivos definidos conforme a criterios científicos (...), elementos estos que resultan ajenos al pronunciamiento adoptado por esta Corte en la presente decisión". A su vez, en el considerando 28 resaltaron que el pronunciamiento de la Corte Suprema no era abstracto, sino que debía orientar decisiones futuras "desde lo jurídico —no desde lo sanitario—"Ver también el consid. 18 del ministro Rosenkrantz.

(10) Voto del ministro Rosenkrantz, consid. 18.

(11) El ministro Rosenkrantz, en el consid. 17, expresó que "todo lo dicho anteriormente se relaciona con el modo en que deben articularse las competencias de la Nación y del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires para decidir sobre la razonabilidad de mantener o suspender las clases presenciales en el territorio de la ciudad, pero en modo alguno debe ser interpretado como abriendo juicio sobre cuál de las dos políticas es la más adecuada en cada jurisdicción para armonizar en la crisis los distintos bienes jurídicos involucrados (salud, educación, libertad de circulación, entre otros), cuestión que —naturalmente— resulta ajena a la órbita del Poder Judicial".

sobre cuestiones vinculadas a la salud pública o la conveniencia de la medida **(12)**.

III. ¿Qué conclusiones podemos sacar del fallo acerca de la emergencia?

Habiendo efectuado un somero análisis de los distintos votos del precedente, voy a hacer alusión a algunas cuestiones que plantea el fallo respecto de la doctrina de la emergencia. Parte de ellas se encuentran de modo explícito en el precedente. Otras, de manera implícita. También introduciré algunas cuestiones que, si bien no surgen del fallo, pueden ser importantes para tener en cuenta al momento de analizar las normas de emergencia relacionadas con la crisis del COVID-19.

III.1. Federalismo y emergencia

Cabe recordar que los institutos de emergencia poseen dos características fundamentales: por un lado, conllevan una mayor restricción, y eventual suspensión, de las libertades, derechos y garantías fundamentales; por el otro, favorecen la concentración del poder en el Ejecutivo **(13)**. Al mismo tiempo, se produce una centralización de todo el poder en una autoridad nacional única para hacer frente de la manera más coordinada posible a una emergencia **(14)**, por lo que se suelen producir conflictos de poder entre el Estado central y las entidades locales, en detrimento de estas últimas. Es decir, que la emergencia produce distorsiones en el esquema de separación de poderes, no solo respecto del Ejecutivo, el Legislativo y Judicial, sino también en relación con la distribución de competencias entre el Estado Federal y las provincias y la Ciudad de Buenos Aires.

Así, el precedente de la Corte es sumamente relevante para esta última cuestión enunciada, pues aún en una situación de emergencia sanitaria, el máximo tribunal dispuso que las facultades que ejerza el Estado nacional deben ajustarse a la estructura del Estado federal y, en caso de que se pretenda desplazar esa competencia, se debe fundar adecuadamente el ejercicio de esta. Así, en el voto de Maqueda y Rosatti se afirma que "tanto la autonomía de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para definir la modalidad educativa como la atribución federal para atender a una emergencia sanitaria deben entenderse en el marco del federalismo que ordena la Constitución Nacional" **(15)** y que "[e]l debido resguardo del federalismo constitucional exigía que el Estado Nacional justificara de manera suficiente el ejercicio en el caso de su específica competencia sanitaria en relación a la concreta orden de suspender del (sic) dictado de clases educativas presenciales en todos los niveles y en todas sus modalidades en la jurisdicción de la actora" **(16)**. En la misma línea, Rosenkrantz precisó que era "inaceptable que la pretensión de limitar la competencia de la Ciudad de Buenos Aires y de las provincias por parte del Estado Nacional se funde en consideraciones meramente conjeturales conectadas a la presunta eficacia para la realización de otros objetivos que el Estado Nacional pueda considerar como socialmente valiosos" **(17)**.

En este sentido, creo que aquí es importante precisar que la decisión de la Corte de descalificar el decreto por violar la autonomía de la Ciudad no ha implicado sustituir el criterio de las autoridades políticas nacionales por el criterio del propio tribunal, sino que, teniendo en cuenta el diseño federal, la cuestión debía ser resuelta por las autoridades políticas de la Ciudad de Buenos Aires. Esta fue puesta de manifiesto expresamente por Rosenkrantz, quien sostuvo que "[l]a obligación de respetar y acatar el proyecto de república democrática que establece la Constitución Nacional abarca a todas las autoridades de la Nación, sin distinciones (...). Este sistema institucional, tal como ha sido organizado en la Constitución, se realiza tanto en el nivel nacional como así también en el provincial y municipal, y se asienta no solamente en el carácter electivo de las autoridades ejecutivas y le-

(12) Voto del ministro Lorenzetti, consid. 18.

(13) GROSS, Oren, NÍ AOLÁIN, Fionnuala, "Law in times of crisis: emergency powers in theory and practice", Cambridge University Press, Cambridge, ps. 58-59, entre muchos otros.

(14) ÁLVAREZ GARCÍA, Vicente, "El coronavirus (COVID-19): respuestas jurídicas frente a una situación de emergencia sanitaria", El Cronista del Estado Social y Democrático del Derecho, Nros. 86-87, 2020, p. 21.

(15) Voto de los ministros Maqueda y Rosatti, consid. 16.

(16) Voto de los ministros Maqueda y Rosatti, consid. 19.

(17) Voto del ministro Rosenkrantz, consid. 9.

gislativas, sino, particularmente en su deber de responder ante la ciudadanía" **(18)**.

III.2. Sobre la existencia de la situación de emergencia

La relevancia de lo decidido por la Corte Suprema radica en que. a pesar de la existencia de una emergencia sanitaria de gran magnitud, se pronunció privilegiando el respeto a las autonomías locales. Así, Maqueda y Rosatti sostuvieron que se discutía la competencia para regular la modalidad de la enseñanza "en medio de una de las mayores crisis sanitarias de las que se tenga registro" **(19)**. Por su parte, Rosenkrantz se refirió a la existencia de una crisis en el que se encontraban involucrados distintos bienes jurídicos como la salud, la educación y la libertad de circulación, entre otros **(20)**.

Comentario separado merece el voto de Lorenzetti, quien dedica un considerando entero —el 16— a la cuestión. Señala que la magistratura carece de información suficiente para decidir sobre las cuestiones vinculadas a la salud pública, por lo que no estaría en condiciones de juzgar la conveniencia de la medida. Creo que es relevante distinguir el análisis de la conveniencia de una medida adoptada por los poderes públicos, por un lado, del control que ejerzan los tribunales sobre la efectiva existencia de una situación de emergencia invocada por una norma. Así, en caso de que se disponga la restricción más intensa a ciertos derechos sobre la base de una circunstancia fáctica de emergencia, los jueces se encuentran facultados a controlar su efectiva existencia. Asimismo, en el supuesto que dicha emergencia no se configure, los tribunales deben declararla inconstitucional por la ausencia de la causa constitucional que le otorga validez. Es decir, esto no supone ingresar a considerar un supuesto de conveniencia de las medidas adoptadas **(21)**.

(18) Voto del ministro Rosenkrantz, consid. 16.

(19) Voto de los ministros Maqueda y Rosatti consid. 11.

(20) Voto del ministro Rosenkrantz, consid. 17

(21) La cuestión la he desarrollado en profundidad en mi tesis doctoral, La emergencia económica. El control de constitucionalidad de la situación de emergencia económica y su declaración normativa, Ábaco, Ciudad de Buenos Aires, 2019.

Ahora bien, también hay que distinguir el análisis de la conveniencia de una medida con el análisis de su razonabilidad, en particular, que el medio empleado sea el menos restrictivo de los derechos. Así, en lo que respecta a la elección de los distintos medios adoptados por la norma, como bien señala Lorenzetti en el considerando 6, "quien pretenda restringir el derecho, tiene la obligación de buscar primero los modos alternativos que puedan existir para evitar esa restricción pues (…) cualquier limitación a los derechos fundamentales debe ponderar el criterio de la menor restricción posible a través del medio más idóneo disponible para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad perseguida" **(22)**.

III.3. Sobre la declaración de emergencia, ¿delegación legislativa o decreto de necesidad y urgencia?

Otra cuestión que está mencionada en el fallo, pero no debatida en el caso, es la relativa a la declaración de la emergencia sanitaria. En efecto, en el precedente se hace mención que el decreto 241/21 impugnado, había sido dictado en el marco de la situación de pandemia

(22) Finalmente, creo que es necesario referirse a la situación de emergencia como un hecho de público y notorio conocimiento. En este sentido, Lorenzetti criticó la solución adoptada por el Procurador General de la Nación interino en su dictamen, quien manifestó que era público y notorio que la situación se había agravado, pero en su dictamen había descalificado el decreto por falta de prueba. Al respecto, Lorenzetti indicó que [e]n la medida en que es un hecho notorio, no es necesaria la existencia de pruebas, lo que, sumado a la presunción de legitimidad del acto administrativo, no es suficiente a los fines de la descalificación". Sobre el punto, creo que los poderes públicos siempre deben fundamentar adecuadamente sobre la existencia de una emergencia, y el control judicial sobre su efectiva existencia nunca puede limitarse a referir que una determinada emergencia es de público y notorio conocimiento pues, esto implicaría una aceptación dogmática de la existencia de la emergencia tal como es invocada por los poderes políticos. Por lo tanto, al tratarse de situaciones excepcionales, considero que los magistrados siempre deben controlar la efectiva existencia de esta —y no limitarse a señalar que es notoria la existencia de una emergencia— y, al mismo tiempo, los poderes públicos siempre deben fundamentar adecuadamente sobre la situación de emergencia cuando se adoptan medidas excepcionales. Al respecto, ver YLARRI, Juan S., "La emergencia económica", ob. cit., p. 400 y ss.

provocada por el COVID-19. Esta situación llevó a que el Ejecutivo ampliara, a través del dec. 260/2020 **(23)**, la emergencia sanitaria declarada por la ley 27.541 **(24)**. A su vez, el mencionado dec. 260/2020 fue prorrogado por el decreto 167/21 **(25)** hasta el 31/12/2021.

Al respecto, cabe recordar que la reforma constitucional de 1994 introdujo dos institutos de excepción nuevos. Por un lado, la posibilidad que el Congreso declare una "emergencia pública" y delegue determinadas facultades al Poder Ejecutivo por un plazo, o bien que el Poder Ejecutivo, sin intervención previa del Congreso, dicte un decreto con fuerza de ley. Pero lo que no puede hacer el presidente es ampliar una "emergencia pública", pues precisamente es al Congreso a quien le corresponde declarar las características de la "emergencia pública" y establecer las bases de su delegación y su plazo. Al mismo tiempo, tampoco podría el Poder Ejecutivo prorrogar la norma delegante. Es decir, que estamos ante un caso en el que el presidente ha "autodelegado" y "autoprorrogado" funciones legislativas.

Así las cosas, creo que este decreto, como los demás adoptados son de necesidad y urgencia, no decretos delegados. No podría hablarse de que hay una voluntad política del Congreso para que el Poder Ejecutivo dicte normas con fuerza de ley para combatir la pandemia, pues esa habilitación nunca existió. Por lo tanto, estas normas hay que analizarlas a la luz de los criterios jurisprudenciales de la Corte respecto de estos decretos. Por eso, entiendo que, en otro caso donde se debata la cuestión, sería importante dejar en claro que el Poder Ejecutivo no puede ni ampliar una emergencia pública declarada por el Congreso, ni puede prorrogar una ley de delegación **(26)**.

III.4. La convalidación por parte del Congreso del DNU impugnado

Si bien la Corte resolvió la cuestión sobre la base que el Estado nacional no había justificado adecuadamente el ejercicio de su competencia sobre la presencialidad de las clases, por lo que había violado la autonomía de la Ciudad, cabe señalar que el decreto de necesidad y urgencia 241/21 fue ratificado por el Senado de la Nación **(27)**. ¿Qué efectos tiene esta convalidación sobre el control judicial? Cabe señalar que aun cuando haya mediado aprobación del Congreso de un decreto de necesidad y urgencia, este sería pasible de ser controlado judicialmente. El control político es relevante en la medida que permite que el Poder Legislativo lo pueda dejar sin efecto. Si bien corresponde otorgar a los decretos de necesidad y urgencia convalidados por ambas Cámaras del Congreso mayor deferencia judicial, lo cierto es que la ratificación legislativa no impide la verificación por parte de los tribunales de la validez de la medida. En este sentido, no es ocioso recordar que la convalidación de un decreto de necesidad y urgencia se produce sobre la norma ya vigente emitida unilateralmente por el Poder Ejecutivo, sobre la cual en su preparación no medió una adecuada publicidad ni participación pública.

Sin perjuicio de lo expuesto, sobre la cuestión cabe destacar el reciente fallo de la Corte "Colombres Hermanos" **(28)**. La mayoría consideró que el recurso extraordinario contra una sentencia que había declarado la inconstitucionalidad del decreto de necesidad y urgencia era, en los términos del art. 280 del Código Procesal, inadmisible. Sin embargo, el ministro Rosenkrantz, en su disidencia, consideró que la sentencia era arbitraria, pues al declarar la inconstitucionalidad del art. 9° del decreto de necesidad y urgen-

(23) BO. del 12/3/2020.

(24) BO. del 23/12/2019.

(25) BO. del 11/3/2021.

(26) Para ejemplificar la cuestión, podríamos hacer la siguiente comparación: si como padre permito a mis hijas pequeñas que vean televisión un viernes por la noche, la habilitación es sólo para ver la televisión y sólo durante el viernes a la noche. Es decir, no podrían ellas decidir por sí mismas ampliar dicho permiso para ver no sólo la televisión, sino también videos de YouTube en una "tablet" (supuesto de "autoampliación"), ni tampoco considerar que el permiso también resulta válido para el sábado y el domingo por la noche (supuesto de "autoprórroga").

(27) Honorable Senado de la Nación, Diario de Sesiones, período 139º, 5° reunión, 4° sesión especial, 13 y 14 de mayo de 2021.

(28) CS, "Recurso Queja N.º 3 - SRL Colombres Hnos. c/ AFIP - DGI s/ Impugnación de acto administrativo", 21/8/2020, Fallos: 343:806.

cia 135/06 **(29)** el tribunal no había tenido en consideración la Resolución Conjunta del Senado y la Cámara de Diputados S/N-15/2007, del 25/4/2007 **(30)**, mediante la cual el Congreso de la Nación había declarado "la validez del Decreto del Poder Ejecutivo nacional N° 135 de fecha 07/02/2006". Creo que este precedente es valioso para discutir los efectos que tenga la convalidación de ambas cámaras del Congreso sobre un decreto de necesidad y urgencia, pues no hay un pronunciamiento claro y definitivo de la Corte sobre el punto **(31)**.

III.5. ¿Y si las restricciones hubiesen sido impuestas por ley?

Otra cuestión relevante que se desprende del fallo es que la suspensión de las clases presenciales no era inconstitucional por el hecho de haber sido aprobada por un decreto de necesidad y urgencia. Por el contrario, aclaró que a idéntica conclusión correspondía arribar si hubiese sido aprobada por una ley formal del Congreso.

En efecto, los ministros Maqueda y Rosatti expresaron que la naturaleza de la fuente normativa no alteraba lo decidido con relación a la distribución de las potestades en el diseño federal argentino. "[A]un en el supuesto hipotético en que el contenido material de la regulación en estudio se instrumente mediante una ley formal del Congreso Nacional, la conclusión a que arriba el Tribunal en torno a la vulneración de la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires se mantendría incólume" **(32)**.

En la misma línea, el ministro Lorenzetti, luego de referirse a ciertos criterios de razonabilidad, expresó que aquellos eran los "criterios aplicables a las medidas que establecen este tipo de restricciones y que ellos son aplicables si se establecen en una ley o en un decreto cualquiera sea la autoridad que los emite" **(33)**.

III.6. Sobre las consecuencias del mantenimiento en el tiempo de las normas de emergencia

Si bien en un comienzo de la emergencia los tribunales deben ser deferentes a las medidas adoptadas por los poderes públicos, a medida que se prorroga la emergencia, corresponde un control más intenso **(34)**.

En relación con esto, el ministro Lorenzetti expresó que la situación de excepción, que habilita la restricción, no podía producir, sin embargo, una afectación esencial del derecho. "Ello ocurre cuando la medida es reiterada en el tiempo o implica una profundización irrazonable de las restricciones que impidan el acceso a la educación de calidad" **(35)**.

Esta cuestión se encuentra en la línea de lo expresado por la Corte en el precedente "Lee", en el cual se expresó que los tribunales "deben examinar con creciente rigor las intervenciones en los derechos individuales, a medida que estas se tornan más intensas y prolongadas, para establecer no solo si está justificada la validez en general de la medida, sino también su alcance" **(36)**.

(29) BO. del 09/02/2006.

(30) BO. del 23/05/2007

(31) En este sentido, la cuestión sobre los efectos de la convalidación de un DNU por parte del Congreso fue abordada tímidamente por la Corte Suprema en los precedentes "Guida, Liliana c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ Empleo público", 2/6/2000, Fallos: 323:1566, y "Consumidores Argentinos c/ EN- PEN- Dto. 558/02-SS ley 20.091 s/ amparo ley 16.986", 19/5/2010, Fallos: 333:633.

(32) Voto de los ministros Maqueda y Rosatti, consid. 25.

(33) Voto del ministro Lorenzetti, consid. 7.

(34) Ver al respecto, lo que expuse en La emergencia económica..., cit., p. 332 y ss.; en igual sentido, ROSENKRANTZ, Carlos, "Romans (not the Judges) Have the Solution", Texas Law Review, N° 89, 2011, p. 1567.

(35) Voto del ministro Lorenzetti, considerando 6. A su vez, en el considerando 17, punto 5, reiteró que: "El Estado no tiene facultades para limitar el ejercicio del derecho a la educación de una persona, excepto cuando puede constituirse en una causa de daños a terceros (art. 19, Constitución Nacional), siempre que ello no signifique una afectación esencial del derecho, lo que ocurre cuando la medida es reiterada en el tiempo o implica una profundización irrazonable de las restricciones que impidan el acceso a la educación de calidad".

(36) CS, "Lee, Carlos Roberto y otro c/ Consejo de Atención Integral de la Emergencia COVID-19 Provincia de Formosa s/ amparo - amparo colectivo (expediente digital)", 19/11/2020, Fallos: 343:1704, consid. 7. Es importante destacar que este precedente fue suscripto por los cinco ministros de la Corte.

III.7. Un escrutinio más riguroso en la emergencia

En el caso se ha discutido el ejercicio del poder de policía de emergencia. Aun en estas circunstancias extremas, los ministros Maqueda y Rosatti señalaron que "tanto la autonomía de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para definir la modalidad educativa como la atribución federal para atender a una emergencia sanitaria deben entenderse en el marco del federalismo que ordena la Constitución Nacional". Así las cosas, incluso en emergencia, sostuvieron que "la determinación de qué poderes se han conferido a la Nación y, sobre todo, del carácter en que lo han sido, debe siempre ceñirse a la lectura más estricta".

Por su parte, Rosenkrantz comienza el análisis de la cuestión justamente contextualizándola en relación con la normativa de emergencia, recordando la jurisprudencia del máximo tribunal. En este sentido, señaló que "la emergencia no es una franquicia para ignorar el derecho vigente" **(37)** y que la invocación de la emergencia "tampoco puede justificar el desconocimiento del esquema constitucional de reparto de competencias legislativas entre la Nación y las provincias".

Finalmente, es interesante hacer referencia al voto del ministro Lorenzetti quien refiere que los precedentes de la Corte establecen que el ejercicio de los derechos puede ser restringido parcialmente y durante un tiempo limitado cuando es una medida razonable y proporcional en una situación de una emergencia justificada. En este sentido, expresó que "estos precedentes han sido consistentes en el juzgamiento estricto de la legislación de emergencia, a partir del año 2006, cambiando la jurisprudencia anterior, que había sido permisiva". Creo que es muy positivo que se exprese que la legislación de emergencia debe juzgarse de modo estricto **(38)**.

Estos pronunciamientos van en la línea de lo expresado en el caso "Lee", donde se señaló que "aun cuando es cierto que no hay derechos absolutos, no menos cierto es que el poder del gobierno para recortarlos de acuerdo con sus necesidades, sean o no de emergencia, es mucho menos que absoluto".

III.8. El deber de dar buenas razones

Uno de los aspectos más positivos del fallo es la exigencia que ha impuesto al órgano emisor de las normas que justifique adecuadamente el ejercicio del poder de policía de emergencia. Como señala Gelli, el Estado Constitucional de Derecho es un Estado de razón, por lo que la obligatoriedad, para los organismos estatales, de preservar el principio de razonabilidad, implica la necesidad de dar razones, es decir, fundamentos de las decisiones que se toman y, a la vez, fundamentos razonables **(39)**.

En este sentido, como ha señalado el Tribunal Constitucional español, refiriéndose a las razones para dictar un decreto-ley, la justificación que dé el Gobierno "posee en sí mismo relevancia constitucional" **(40)**. Es así como "la argumentación del Gobierno se convierte en un elemento clave" para evitar el uso arbitrario de un decreto con fuerza de ley **(41)**.

Así, en el voto de los ministros Maqueda y Rosatti se pone de relieve que, en el marco de análi-

(37) Lo señalado recuerda la expresión utilizada por la Suprema Corte de Estados Unidos en el que se señaló que el estado de emergencia "no es un cheque en blanco para el Presidente" ("Hamdi v. Rumsfeld", 2004, 542 U.S. 507).

(38) Aunque, en la práctica, es discutible que desde el año 2006 se haya cambiado el criterio permisivo de la anterior jurisprudencia, pues justamente en el caso "Massa, Juan Agustín c/ Poder Ejecutivo Nacional", 27/12/2006 (Fallos: 329:5913), citado por Lorenzetti, se declaró la constitucionalidad de las normas de emergencia sumamente restrictivas de derechos de contenido patrimonial. Además, cabe señalar que desde 2002 hasta 2017 rigió la ley 25.561 (BO. del 7/1/2002) por la cual se delegó con una gran amplitud numerosas facultades legislativas al Poder Ejecutivo, e incluso la emergencia social declarada en aquella ley permaneció vigente hasta 2019 (conf. ley 27.345 —BO. del 23/12/2016—). A finales de aquel año, se dictó nuevamente una ley amplísima de delegación, la ley 27.541. A su vez, durante la pandemia del COVID-19 el protagonista de la función legislativa fue el Poder Ejecutivo Nacional. Salvo alguna excepción, estás normas no han merecido la declaración de inconstitucionalidad por parte de los tribunales.

(39) GELLI, María Angélica, "Criterios de interpretación y posiciones institucionales de la Corte Suprema (2004-2009)", La Ley, 2009-F, 946.

(40) Sentencia del Tribunal Constitucional 68/2007, de 28 de marzo, Fundamento Jurídico 10.

(41) GÓMEZ LUGO, Yolanda, "Decreto ley versus ley parlamentaria: Notas sobre el uso de la legislación de urgencia", Eunomía, Revista en Cultura de la Legalidad, N.º 4, 2013, p. 110.

sis propio del federalismo, "toda norma nacional impugnada deberá someterse a un previo examen sobre su debida justificación competencial". En este orden de ideas, sostuvieron que "el reconocimiento de las atribuciones regulatorias sanitarias de la Nación no significa que alcance con la mera invocación de la salud para sellar la validez de su pretendido ejercicio". En esta línea, expusieron que "para que una norma federal constituya el válido ejercicio de una atribución propia del Estado Nacional debe contar con una debida justificación que lo respalde en relación con las medidas concretas adoptadas con ese objetivo". Ello así, luego de resaltar la necesidad de una adecuada motivación, puntualizaron que en el caso se exigía que "el Estado Nacional justificara de manera suficiente el ejercicio en el caso de su específica competencia sanitaria en relación con la concreta orden de suspender del dictado de clases educativas presenciales en todos los niveles y en todas sus modalidades en la jurisdicción de la actora". En conclusión, consideraron que "la falta de justificación suficiente para ejercer una competencia sanitaria que alcance a suspender la modalidad presencial de la educación en la Ciudad deja al descubierto que, en este caso, el Estado Federal en lugar de ejercer una atribución propia invadió una que le resulta ajena" **(42)**. Creo que son sumamente trascendentes, a futuro, estas exigencias de "debida justificación", "justificación suficiente" o que no basta con la mera invocación de la protección de un derecho para ejercer una competencia local.

En similar sentido, es dable destacar el voto del ministro Rosenkrantz. El actual presidente de la Corte Suprema expresó que la decisión de suspender las clases presenciales en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires adoptada por el Estado nacional —aun a la luz de la declaración de emergencia— solamente podía validarse constitucionalmente si encontrase respaldo en la facultad exclusiva del Congreso para reglar el comercio de las provincias entre sí (art. 75, inc. 13, CN) o en las facultades concurrentes del Congreso, las provincias y la Ciudad de Buenos Aires para promover el bienestar de todas las provincias (art. 75, inc. 18, CN). Rosenkrantz, en cinco oportunidades, expresó que las alegaciones del Estado nacional para limitar la competencia de la Ciudad de Buenos Aires y de las provincias se fundaban en alegaciones "meramente conjeturales" y no satisfacían las exigencias de justificación **(43)**.

Esta necesidad de dar razones se encuentra en línea con lo requerido en el caso "Maggi" **(44)**. Allí, la Corte hizo lugar a una medida cautelar innovativa y ordenó a la Provincia de Corrientes a que arbitrara las medidas necesarias para permitir a una persona a ingresar a la provincia de Chaco a asistir diariamente a su madre durante un tratamiento oncológico. Asimismo, requirió a la provincia que informe al Tribunal "cuáles serían las razones que podrían justificar que, pese a contar con las autorizaciones nacional y provincial correspondientes, se le impongan condiciones adicionales para su ingreso" **(45)**.

Así, lo decido parece ser un regreso a la doctrina de la Corte Suprema expuesta en el caso "Compañía Azucarera", en el cual el máximo tribunal dejó sin efecto una norma de emergencia señalando que "aun tratándose de una ley de emergencia y acaso con mayor razón, por eso mismo estaba obligada [la legislatura] a expresar su pensamiento con mayor claridad" **(46)**.

IV. Conclusiones

El caso ha suscitado numerosos comentarios por parte de la doctrina. En el presente trabajo me he querido centrar en lo que el precedente aporta en materia de la doctrina de emergencia. Al respecto, considero que es un precedente muy valioso, no solo respecto de la distribución

(42) Voto de los ministros Maqueda y Rosatti, consid. 19. Los destacados son propios.

(43) Voto del ministro Rosenkrantz, consids. 9 a 12.

(44) CS, "Maggi, Mariano c/ Corrientes, Provincia de s/ medida autosatisfactiva", 10/9/2020, causa CSJ 2237/2020.

(45) El mismo día del dictado del caso "Maggi, el 10/9/2020, la Corte Suprema también requirió informes a distintas provincias en los casos: "Crescia, Ernesto Omar c/ Salta, Provincia de s/ amparo", causa CSJ 475/2020; "Borge, María Sol c/ San Luis, Provincia s/ medida autosatisfactiva", causa CSJ 476/2020; "Petcoff Naidenoff, Luis Carlos c/ Formosa, Provincia de s/ habeas corpus", causa CSJ 592/2020; "Licores Nordeste SRL c/ Corrientes, Provincia de s/ amparo", causa FRE 1674/2020; y "Sociedad Rural de Río Cuarto y otros c/ San Luis, Provincia de s/ amparo", causa FCB 6364/2020.

(46) CS, "Compañía Azucarera Tucumana c/ Pcia. de Tucumán", 14/12/1927, Fallos: 150:150.

de competencias en nuestro sistema federal, aun en épocas de emergencia, sino también en relación con la doctrina de la emergencia. En efecto, a mi parecer el aporte más importante de este precedente en este tema es exigir al Estado que funde o justifique adecuadamente el ejercicio de los poderes de emergencia.

Este precedente parece querer romper con la tradicional deferencia de la Corte Suprema a las normas de emergencia, las que se han prorrogado durante mucho tiempo, con una grave afectación a la separación de poderes y a los derechos fundamentales. Como bien señala Lorenzetti en su voto, la prórroga y reiteración de la legislación de excepción "han inutilizado los mecanismos de autodestrucción y han alimentado los que permiten su conservación. De tal modo la excepción se ha convertido en regla y los remedios normales han sido sustituidos por la anormalidad de los remedios" **(47)**.

A su vez, como señala Rosenkrantz, inspirándose en Alberdi, "la Constitución es nuestra carta de navegación y debemos aferrarnos a ella en tiempos de calma y más aún en tiempos de tormenta, no dejándonos llevar por la pulsión de decidir al margen de lo que ella exige" **(48)**. Por lo tanto, parece ser un intento de volver a los precedentes de la Corte más restrictivos en el ejercicio del poder de policía de emergencia. En el caso particular, los límites del ejercicio por parte del Gobierno federal de competencias en materia de educación en situaciones de emergencia. Así, de modo similar a lo expresado por Rosenkrantz, cabe recordar un antiguo precedente de la Corte, en el que se expresa que "la Constitución es un estatuto para regular y garantir las relaciones y los derechos de los hombres que viven en la República tanto en tiempo de paz como en tiempo de guerra y sus provisiones no podrían suspenderse en ninguna de las grandes emergencias de carácter financiero o de otro orden en que los gobiernos pudieran encontrarse. La sanción de una ley, aun de emergencia, presupone, pues, el sometimiento de la misma a la Constitución" **(49)**.

El fallo no se ha expedido sobre otras cuestiones, como el posible abuso en la utilización de los decretos de necesidad y urgencia, o si le corresponde al Congreso legislar en la crisis del COVID-19, especialmente teniendo presente que hace más de un año que convivimos con esta crisis. No creo que era el supuesto adecuado para expedirse sobre la cuestión. Pensemos que es un caso que se resolvió en cuestión de días, con plazos muy breves, y los fundamentos dados por la Corte resultan suficientes para resolver la cuestión **(50)**.

Solo el tiempo dirá si este precedente es un punto de partida para poner fin al ejercicio abusivo y recurrente de los poderes de emergencia, o bien, se trata de un caso aislado en medio del océano de deferencia judicial en materia de emergencia. Esperemos que se trate del primer supuesto, pues la emergencia permanente no nos ha conducido sino hasta los bordes del abismo institucional y social. Nunca es tarde para retomar el rumbo correcto y seguir los caminos que marca la carta de navegación.

---

(47) Voto del ministro Lorenzetti, consid. 6.

(48) Voto del ministro Rosenkrantz, consid. 16.

(49) CS, "Compañía Azucarera Tucumana c/ Pcia. de Tucumán", 14/12/1927, Fallos: 150:150.

(50) En relación con esto, otra cuestión que se suscita es qué ocurre cuando el propio Congreso no está interesado en ejercer las funciones que debería estar cumpliendo. En efecto, el caso "Aimar Fratamico, Antonio s/ habeas corpus", decidido por la Sala 6 de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional (causa N° 16155/2021), se exhortó al Poder Ejecutivo a que envíe un proyecto de ley sobre parámetros consensuados con los legisladores que sirvan de base a la imposición de restricciones a derechos como la libre circulación y al Honorable Congreso de la Nación a que se discuta y sancione una ley que permita de forma clara y precisa regular los derechos constitucionales reconocidos de acuerdo a lo estipulado en el artículo 28 de la Constitución Nacional y 27 y 30 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos y OC 6/86 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. A dichos fines fijó un plazo de quince días para que, con la acción coordinada de ambos poderes, se ajustara el orden legal de respuesta a la pandemia de acuerdo con el criterio que surgía del pronunciamiento. El Senado de la Nación, a través de la aprobación de un proyecto de resolución de la Senadora Sacnun y otros, rechazó la sentencia judicial (Honorable Senado de la Nación, Diario de Sesiones, período 139º, 5° reunión, 4° sesión especial, 13 y 14 de mayo de 2021). Lo llamativo de la cuestión es que el proyecto de resolución fue aprobado con 39 votos afirmativos, dos negativos y 24 abstenciones. Es decir, salvo dos excepciones, ni el oficialismo ni la oposición parecieran estar interesados en que el Poder Legislativo sea el encargado de adoptar medidas para enfrenar la pandemia.

DERECHO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

Información sobre estados contables. Colegio Público de Abogados de la Capital Federal. Carácter de la información requerida. Procedencia de la demanda.

Con nota de Leandro Salgan Ruiz

1. — Los abogados de la matrícula tienen derecho a que el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal les brinde la información solicitada, esto es sobre los estados contables, en forma completa e integral y este tiene el deber de brindarla en atención a lo dispuesto por las normas constitucionales que garantizan el derecho de acceso de la información pública y por el dec. 1172/2003, máxime cuando no se ha acreditado la existencia de alguna excepción legal (del dictamen del Procurador Fiscal que la Corte hace suyo).

2. — La información contable y presupuestaria del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal reviste un carácter eminentemente público, no solo por ser materia inherente al control del gobierno de la entidad, sino también porque los recursos de dicho colegio profesional se conforman sustancialmente con aportes obligatorios fijados por ley y que deben ser integrados por la totalidad de los profesionales matriculados (art. 51, ley 23.187) (del dictamen del Procurador Fiscal que la Corte hace suyo).

3. — En relación con el pedido de abogados de la matrícula al Colegio Público de Abogados de la Capital Federal de información sobre los estados contables y presupuesto, corresponde señalar que media una directa vinculación entre el acceso a la información y el resguardo de la transparencia y la publicidad de la gestión de los asuntos públicos, lo que resulta aplicable a una entidad que administra fondos que resultan de aportes compulsivos fijados por la ley. Ello además se ve reforzado por el principio de máxima divulgación que rige en la materia, según el cual toda información en poder de autoridades públicas debe presumirse accesible, sujeta a un sistema restringido de excepciones legales (del dictamen del Procurador Fiscal que la Corte hace suyo).

4. — La jurisprudencia de la Corte Suprema que ha determinado la naturaleza pública del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal exige, entonces, la publicidad de sus estados contables (del voto del Dr. Rosenkrantz).

CS, 18/03/2021. - Mihura Estrada, Ricardo y otros c. Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/ amparo ley 16.986.

[Cita on line: AR/JUR/2207/2021]

CAF 028786/2015/CS001

Suprema Corte:

-I-

La Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal revocó la sentencia del juez de primera instancia que había declarado abstracta la cuestión debatida en la presente causa, y resolvió hacer lugar a la acción de amparo interpuesta por el señor Ricardo Mihura Estrada y otros -en su carácter de abogados matriculados y delegados titulares de la Asamblea de Delegados del mencionado colegio profesional- contra el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, ordenando a este último que brinde a los actores la información solicitada relativa al balance contable del período 2013/2014 y al presupuesto del ejercicio 2015/2016 (fs. 2771281 vta).

En primer lugar, la cámara sostuvo que la existencia de causa o controversia se mantiene en actualidad, en. la medida en que el requerimiento de acceso a la información formulado por los actores se encuentra insatisfecho, y que deben diferenciarse el acceso a la información requerido y las circunstancias fácticas en las cuales el pedido se exteriorizó.

En segundo lugar, señaló que la solicitud de información se encuentra dirigida contra una entidad que cumple fines públicos relativos al gobierno de la matrícula y al control del ejercicio de la profesión. Agregó que esas facultades que pertenecen al Estado fueron delegadas por ley a ese organismo.

Expuso la doctrina sentada por la Corte Suprema en los fallos "Asociación por los Derechos Civiles c. EN· P AMI" (Fallos: 335:2393) y "CIPPEC c. EN- MO Desarrollo Social" (Fallos: 337:256). Sobre esa base, destacó la relevancia del acceso a la información pública en aras de que las personas conozcan la manera en que se desempeñan los gobernantes y los funcionarios públicos. Apuntó que en una sociedad democrática las autoridades estatales se rigen por un criterio· de máxima divulgación, según el cual toda información se presume accesible y hay un sistema restringido de excepciones. Afirmó que toda persona tiene derecho a solicitar información, sin necesidad de que acredite un interés particular en esa información.

Finalmente, en consonancia con el dictamen fiscal, consideró que los ciudadanos y quienes participan de

la vida política interna del colegio profesional demandado tienen derecho a acceder a la información sobre sus actividades, de modo tal de garantizar la participación y ei control democrático, máxime cuando no se alegó la concurrencia de alguna excepción.

-II-

Disconforme con ese pronunciamiento, el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal interpuso recurso extraordinario federal (fs. 308/318), que fue concedido por la cuestión federal invocada y rechazado por la arbitrariedad atribuida a la resolución (fs. 329), sin que existan constancias de la presentación de queja.

La recurrente invoca la existencia de cuestión federal a partir de la interpretación de las normas en juego. Al respecto, afirma que el tribunal a qua ha realizado una lectura equivocada del decreto 1172/03 y de la jurisprudencia de la Corte Suprema. En este sentido, entiende que las disposiciones del referido decreto no resultan aplicables, en principio, al Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, puesto que no figura expresamente entre los sujetos obligados por dicha normativa, ni se lo puede considerar implícitamente incluido, dado que no forma parte del Estado Nacional, no depende del Poder Ejecutivo Nacional y no recibe fondos públicos en forma directa o indirecta.

Por otra parte, sostiene que la cámara interpreta erróneamente el alcance de los fines públicos que, según la ley 23.187, cumple dicho colegio profesional. Considera que esos fines públicos se refieren únicamente al gobierno de la matrícula y al régimen disciplinario de todos los abogados de la Capital Federal y que, en consecuencia, las únicas disposiciones del decreto CAF 28786/2015/CA1 - CS1 "Mihura Estrada Ricardo y otros el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal si Amparo Ley 16986" 1172/03 que, por excepción, le resultan aplicables son aquellas que se vinculan a tales fines. De ello se desprende, según la recurrente, que solamente se encuentra obligada a hacer pública la información vinculada con los datos de los matriculados y las sanciones disciplinarias.

-III-

A mi modo de ver, el recurso extraordinario es formalmente admisible, toda vez que se ha puesto en tela de juicio la interpretación de normas federales -decreto 1172103, arts. 14, 16, 32 Y 33, Constitución Nacional, arto 13, ConvenciónAmericana sobre Derechos Humanos y arto 19, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos- (Fallos: 335:2393, "ADC" y 337:256, "CIPPEC c. ENM" Desarrollo Social") y la decisión definitiva del superior tribunal de la causa ha sido contraria al derecho que el apelante fundó en ellas (art. 14, inc. 3, de la ley 48).

-IV-

En el *sub lite* corresponde determinar si el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal se halla obligado a brindar a los actores -en su carácter de abogados matriculados y delegados titulares de la Asamblea de Delegados del mencionado colegio profesional- la información contable y presupuestaria solicitada en atención a lo dispuesto por el decreto 1172/03 y las normas constitucionales que garantizan el acceso a la información pública.

En el caso "Asociación por los Derechos Civiles c/ EN- PAMI" (Fallos: 335:2393, "ADC") la Corte Suprema decidió que una institución pública no estatal-el Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (PAMI)- se hallaba obligada a brindar datos sobre su publicidad oficial en aras de garantizar el derecho de acceso a la información pública.

Allí recordó que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha desprendido el derecho de acceso a la información del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, consagrados en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Subrayó también, invocando la doctrina sentada por el tribunal interamericano en el caso "Claude Reyes y otros vs. Chile" (sentencia del 19 de septiembre de 2006, párr. 77), la idea de que el derecho de acceso a la información resulta fundamental. en toda sociedad democrática y tiene una doble vertiente: como derecho individual de toda persona a buscar información y como obligación positiva del Estado. de garantizar que se pueda acceder a la información solicitada o que, en su defecto, se reciba una respuesta fundamentada cuando exista una restricción legítima. Asimismo, señaló que la información solicitada debe ser entregada sin necesidad de acreditar un interés directo para su obtención o una afectación personal, es decir, que en materia de acceso a la información pública la legitimación activa es amplia.

En cuanto a los sujetos obligados a brindar información pública, la Corte Suprema dijo que "para que los Estados cumplan con su obligación general de adecuar su ordenamiento interno con la Convención Americana en este sentido, no solo deben garantizar este derecho en el ámbito puramente administrativo o de instituciones ligadas al Poder Ejecutivo, sino a todos los órganos del poder público [...] Dicha amplitud supone incluir como sujetos obligados no solamente a los órganos públicos estatales, en todas sus ramas y niveles, locales o nacionales, sino también a empresas del Estado, hospitales, las instituciones privadas o de otra índole que actúan con capacidad estatal o ejercen funciones públicas" (considerando 10°).

Precisó que " ... que aun cuando el recurrente no posea naturaleza estatal, dadas sus especiales carac-

terísticas y los importantes y trascendentes intereses públicos involucrados, la negativa a brindar la información requerida constituye un acto arbitrario e ilegítimo en el marco de los principios de una sociedad democrática e implica, en consecuencia, una acción que recorta en forma severa derechos que son reservados c..) a cualquier ciudadano, en tanto se trate de datos de indudable interés público y que hagan a la "Mihura Estrada Ricardo y otros el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal si Amparo Ley 16986" transparencia y a la publicidad de gestión de gobierno, pilares fundamentales de una sociedad que se precie de ser democrática" (considerando 7°). Y concluyó que "el objeto del reclamo trata de la solicitud de una información pública a una institución que gestiona intereses públicos y que detenta una función delegada del Estado, siendo indiscutible la interacción entre el ente demandado y la administración estatal (confr. dictamen fiscal de fs. 92/97). Por lo que, con ese alcance, la asociación actora posee el derecho a que le brinden la información solicitada en forma completa y la demandada tiene la obligación de brindarlo, siempre que no demuestre -circunstancia que no se ha dado en la especie- que le cabe alguna restricción legal" (considerando 13°).

En ese marco jurídico, cabe destacar que el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal es una persona jurídica de derecho público no estatal que ejerce funciones delegadas por el Estado. En efecto, gestiona intereses públicos en materia de control del ejercicio de la profesión de abogado, gobierno de la matrícula y poder disciplinario sobre sus matriculados en el ámbito de la Capital Federal (arts. 17 y 20, incs. a y b, ley 23.187).

La interacción entre el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal y el Estado se desprende, además de otras finalidades generales reconocidas por el legislador; por ejemplo, contribuir al mejoramiento de la administración de justicia o colaborar con los poderes públicos en la elaboración de la legislación en general (art. 20, incs. e y h, ley 23.187). Esa interacción luce más evidente aun a poco que se repara en que dicha entidad cuenta con representantes permanentes en el Consejo de la Magistratura de la Nación y en el Jurado de Enjuiciamiento de los Magistrados (arts. 2 y 22, ley 24.937 y sus modificatorias), órganos constitucionales de indudable naturaleza estatal y fines públicos (arts. 114 y 115, Constitución Nacional).

Con respecto a la naturaleza de la información requerida, cabe destacar que la información contable y presupuestaria del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal reviste un carácter eminentemente público, no solo por ser materia inherente al control del gobierno de la entidad, sino también porque los recursos de dicho colegio profesional se conforman sustancialmente con aportes obligatorios fijados por ley y que deben ser integrados por la totalidad de los profesionales matriculados (art. 51, ley 23.187).

En este punto corresponde señalar que media una directa vinculación entre el acceso a la información y el resguardo de la transparencia y la publicidad de la gestión de los asuntos públicos, lo que resulta aplicable a un entidad que administra fondos que resultan de aportes compulsivos fijados por la ley. Ello además se ve reforzado por el principio de máxima divulgación que rige en la materia, según el cual toda información en poder de autoridades públicas debe presumirse accesible, sujeta a un sistema restringido de excepciones legales (Fallos: 335:2393, "ADC").

Finalmente, en lo que respecta a la legitimación activa, esta ha sido interpretada con un alcance amplio que no requiere acreditar un interés calificado del demandante (Fallos: 335:2393, "ADC"; 337:256, "CIPPEC"; 339:827, "Garrido", y dictamen de esta Procuración General de la Nación en este último caso, 19 de agosto de 2015). De allí resulta razonable considerar que tienen legitimación los integrantes del órgano colegiado de gobierno del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, que debe analizar -aprobar o rechazar- los balances y presupuestos anuales de la institución, y que, de ese modo, invocan un interés concreto y directo en contar con la información necesaria para llevar a cabo esa evaluación.

En este orden de ideas, cabe concluir que los actores tienen derecho a que el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal les brinde la información solicitada en forma completa e integral y que este tiene el deber de brindarla en atención a lo dispuesto por las normas constitucionales que garantizan el derecho de acceso de la información pública y por el decreto 1172/03, máxime cuando no se ha acreditado la existencia de alguna excepción legal.

Finalmente, cabe señalar que la solución que propicio es consistente con la Ley 27.275 de Acceso a la Información Pública (B.O. 29 de septiembre de 2016), en especial lo normado en su artículo 7, inciso 1.

-V-

Por todo lo expuesto, opino que corresponde rechazar el recurso extraordinario interpuesto y confirmar la sentencia apelada.

Buenos Aires, 22 de noviembre de 2017.— *Víctor Abramovich.*

Buenos Aires, 18 de marzo de 2021

Considerando:

Que esta Corte comparte las consideraciones del dictamen del señor Procurador Fiscal de la Nación,

a cuyos términos cabe remitir en razón de brevedad (doctrina de Fallos: 335:2393).

Por ello, y de conformidad con lo dictaminado por el señor Procurador Fiscal, se declara admisible el recurso extraordinario y se confirma la sentencia apelada. Con costas. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase. *— Elena I. Highton de Nolasco. — Juan Carlos Maqueda. — Ricardo L. Lorenzetti. — Horacio Rosatti. — Carlos F. Rosenkrantz.*

Voto del doctor *Rosenkrantz*

Considerando:

Que esta Corte comparte las consideraciones del dictamen del señor Procurador Fiscal, a cuyos términos cabe remitir por razones de brevedad (Fallos: 335:2393).

La naturaleza pública del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal ha sido afirmada por esta Corte en diversos precedentes (Fallos: 308:987, "Ferrari", y 315:1830, "Colegio Público de Abogados de Capital Federal"). En particular, en el segundo de los precedentes citados, esta Corte afirmó que la entidad funciona con el carácter, derechos y obligaciones de las personas de derecho público, cumpliendo un cometido administrativo para el que lo habilita su ley de creación, actuar que se rige por la ley 23.187 y supletoriamente por la ley 19.549 —que rige con carácter general los procedimientos administrativos ante la Administración Pública Nacional centralizada y descentralizada—. Por otro lado, agregó que el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal no es una asociación (art. 14, Constitución Nacional) que se integra con la adhesión libre y espontánea de cada componente, sino una entidad destinada a cumplir fines públicos que originariamente pertenecen al Estado y, que este por delegación circunstanciada normativamente, transfiere a la institución que crea para el gobierno de la matrícula y el régimen disciplinario de todos los abogados de la Capital Federal, como auxiliares de la administración de justicia.

La jurisprudencia de esta Corte que ha determinado la naturaleza pública del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal exige, entonces, la publicidad de sus estados contables.

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por el señor Procurador Fiscal, se declara admisible el recurso extraordinario y se confirma la sentencia recurrida. Con costas. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.— *Carlos F. Rosenkrantz.*

El control democrático de la función administrativa en las personas jurídicas no estatales

Leandro Salgan Ruiz

Sumario: I. Introducción.— II. Desarrollo.— III. Conclusiones.

I. Introducción

El 18/03/2020 la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS) dictó la sentencia en la causa "Mihura Estrada" **(1)**. Esta decisión declaró admisible el recurso extraordinario interpuesto contra la sentencia de la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal.

Así revocó la decisión de grado que declaró abstracta la pretensión del actor que consiste en requerimiento de información relativa al balance contable del periodo 2013-2014 y al

(1) Cfr. CS, "Mihura Estrada, Ricardo y otros c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/ amparo ley 16.986", Fallos 344:344 (2021).

presupuesto del ejercicio 2015-2016 del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal (CAPCF).

Desde el punto de vista del acceso a la información pública, la reciente decisión del Máximo Tribunal que analizamos adquiere importancia en varias cuestiones centrales.

En primer lugar, como una persona jurídica de derecho público fuera de la estructura Estado desarrolla un cometido específico delegado por legislador.

En segundo lugar, como la ley 23.187 delegó gobierno de la matrícula y poder disciplinario de sus miembros en el territorio de la Capital Federal cuando esa función administrativa fue desarrollada en su origen por el Poder Judicial.

En tercer lugar, como el acceso a los datos de la información contable y presupuestaria configura un control democrático social que promueve la transparencia y publicidad de las autoridades de gobierno del CPACF.

En cuarto lugar, como aplicamos el principio de máxima cuya una presunción de accesibilidad se proyecta a los datos contables y financieras generados por la función administrativa delegada por la ley 23.187.

Finalmente, como evolucionó en la jurisprudencia de la CS la categoría del interés simple en la legitimación procesal activa hacia el abogado matriculado del Colegio Profesional.

II. Desarrollo

II.1. Ente público no estatal: una persona jurídica de derecho público que desarrolla un cometido específico delegado por el Estado

Para la gestión de un interés público específico el legislador creó una persona jurídica pública y le delegó un cometido administrativo fuera de la estructura del Estado nacional.

Dentro de esta categoría de entes públicos se encuentran el Instituto de Previsión Social **(2)**, Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (INSSJP) **(3)**, obras sociales **(4)**, partidos políticos **(5)** y especialmente los Colegios Profesionales.

Sobre el particular, la ley 23.987 creó el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal (CPACF) y lo habilitó a la gestión de un cometido específico.

En efecto, el legislador le asignó el gobierno de la matrícula **(6)**, control del ejercicio de la profesión de abogado **(7)** y el poder disciplinario sobre sus matriculados **(8)**.

También la colaboración en los proyectos de leyes **(9)**, mejoramiento de la Administración de Justicia **(10)** y participación en el Consejo de Magistratura de la Nación y el Jurado de Enjuiciamiento de los Magistrados **(11)**.

Tanto la finalidad específica como la genérica constituyen el fundamento de la creación de esta persona jurídica no estatal cuya actuación por su naturaleza jurídica se despliega dentro del territorio de la Capital Federal.

Así aparece la cuestión que indaga acerca de cuáles son las características de la CPACF dado que su cometido administrativo específico por la ley 23.187.

Este interrogante adquiere relevancia desde el momento en que el legislador no solo le asignó una finalidad concreta, sino que lo vinculó de modo permanente y continuo a órganos constitucionales **(12)**.

Su respuesta exige que nos detengamos en algunos aspectos centrales: a) personalidad del

(2) Ver ley 23.769.

(3) Ver ley 19.032 y modificatorias.

(4) Ver leyes 23.660 y 23.661.

(5) Ver ley 23.298 modificada por la ley 23.746.

(6) Ver inc. a) art. 20 ley 23.187.

(7) Ver art. 17 ley 23.187.

(8) Ver inc. b) art. 20 ley 23.187.

(9) Ver inc. h) art. 20 ley 23.187.

(10) Ver inc. e) art. 20 ley 23.187.

(11) Ver arts. 2° y 22 de la ley 24.937.

(12) Ver arts. 114 y 115 CN.

Estado, b) recursos, c) patrimonio, d) facultades de administración, e) órgano competente para su creación y f) régimen jurídico aplicable respectivamente.

En primer lugar, una característica apunta a la personalidad jurídica del Estado. El CPACF funciona con el carácter, derechos y obligaciones de una de *persona jurídica de derecho público* **(13)** cuyo funcionamiento opera modo separado del Estado.

En segundo lugar, otra característica se vincula a la fuente de financiamiento. Cada ente público no estatal posee una *asignación específica de fondos* que sustenta el desarrollo de su actividad.

El patrimonio del CPACF se integra con los recursos provenientes de la cuota de inscripción **(14)**; cuota anual **(15)**; donaciones **(16)**; herencias **(17)**; legados **(18)**; subsidios **(19)**; multas **(20)**; recargos **(21)**, derecho fijo **(22)**; intereses **(23)**, frutos civiles **(24)**, aranceles **(25)** y todo otro ingreso de sus actividades **(26)**.

En tercer lugar, otro rasgo que describe a la entidad público no estatal tiene ver con la composición de su patrimonio. Aunque sea público lo cierto es que tanto sus bienes como recursos no pertenecen al *dominio público* del Estado.

Ciertamente se compone de las cuotas de sus matriculados cuya contribución deviene imperiosa para el cumplimiento de sus fines y la subsistencia del ente **(27)**.

Más allá de que el ente posee persona jurídica de derecho público, asignación específica de fondos y sus bienes pertenezcan a un patrimonio público, existe una nota que se anuda al concepto de *autogestión*.

En cuarto lugar, el CPACF posee la *capacidad de administrar sus propios recursos* y adoptar sus respectivas decisiones de índole económica y financiera.

En efecto, administra los bienes y fondos del Colegio de modo consistente con la ley 23.187, Reglamento Interno y el presupuesto de los gastos y recursos aprobado por la Asamblea de Abogados **(28)**.

En quinto lugar, en cuanto a la autoridad competente para su creación únicamente el *Congreso* se encuentra habilitado y ese ente creado a través de una ley en sentido formal.

Ello así en cuanto a su reconocimiento, comienzo, capacidad, funcionamiento, organización y fin de su existencia **(29)**.

Desde esta perspectiva, la ley 23.187 rige el funcionamiento d sus órganos y convive con la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos 19.549.

Finalmente, el CAPCF goza de la capacidad de *dictar sus propias normas* dentro de su finalidad específica que justificó su creación. De hecho, es competencia de la Asamblea de Abogados **(30)** sancionar el Código de Ética **(31)** y el reglamento interno **(32)** del Colegio.

(13) Ver art. 17 ley 23.187.

(14) Ver inc. a) art. 51 ley 23.187.

(15) Ver inc. a) art. 51 ley 23.187.

(16) Ver inc. b) art. 51 ley 23.187.

(17) Ver inc. b) art. 51 ley 23.187.

(18) Ver inc. b) art. 51 ley 23.187.

(19) Ver inc. b) art. 51 ley 23.187.

(20) Ver inc. c) art. 51 ley 23.187.

(21) Ver inc. c) art. 51 ley 23.187.

(22) Ver inc. d) art. 51 ley 23.187.

(23) Ver inc. e) art. 51 ley 23.187.

(24) Ver inc. e) art. 51 ley 23.187.

(25) Ver inc. f) art. 51 ley 23.187.

(26) Ver inc. g) art. 51 ley 23.187.

(27) Cfr. CSJN; Fallos 315:1830 (1992).

(28) Ver inc. e) art. 22 ley 23.187.

(29) Ver art. 147 Cód. Civ. y Com.

(30) Ver inc. h) art. 21 ley 23.187.

(31) Ver inc. b) art. 32 ley 23.187.

(32) Ver inc. c) art. 32 ley 23.187.

De lo expuesto hasta aquí podemos observar que el CPACF es persona jurídica con un patrimonio público integrado con fondos específicos que administra y gestiona fuera de la estructura de la Administración pública centralizada, descentralizada y descentrada.

II.2. Función administrativa: una función jurídica delegada por la ley 23.187 para el gobierno de la matrícula y el poder disciplinario de sus miembros

Para la satisfacción de un interés público específico la persona jurídica no estatal ejerce la función administrativa delegada por el Estado a través de ley 23.187. En efecto, el ejercicio de esa función jurídica del Estado se constata desde el mismo nexo que une el cometido administrativo específico con la satisfacción indirecta y mediata del interés público **(33)**.

Pero esa actividad se desarrolla de un modo permanente, continuó y práctico en la estructura de la Administración pública —centralizada, descentralizada y desconcentrada— del Poder Ejecutivo nacional.

Excepcionalmente esta se produce residualmente en el órgano legislativo **(34)** y judicial **(35)**. Ciertamente el Poder Legislativo lleva adelante un *procedimiento deliberativo* de formación y sanción de las leyes y lo propio el juez quien será quien a través de un *proceso judicial* soluciona conflicto de terceros con fuerza legal.

Así aparece la cuestión que indaga acerca del contenido específico de la función administrativa que despliega el CPACF cuando la ley 23.187 delegó de modo expreso y circunstanciado su ejercicio en una persona jurídica no estatal.

Inicialmente en 1986 el Máximo Tribunal confirma la constitucionalidad de la creación del CPAF y precisó el alcance del gobierno de matrícula.

Cuando el actor cuestionó la validez de la obligación de matriculación compulsiva en el Registro del CPACF, la CS en el caso "Ferrari" **(36)** declaró su constitucionalidad.

Explicó que el art. 17 de la ley 23.187 impide equipararlo a una simple asociación del art. 14, CN y carece de afectación a la libertad de agremiación del art. 14 bis, CN.

En efecto, en ese precedente se explicó que el gobierno de matrícula consiste en la vigilancia de la ética y el control del ejercicio liberal cuya obligación aparece como regulación razonable de la jurisdicción para legitimar su actuación.

Luego en el año 1987 el Tribunal Cimero ratifica el poder disciplinario para la tipificación de faltas y aplicación de las sanciones por su conducta violatoria.

Cuando el CPACF dictó una norma ética cuya violación produce la suspensión y exclusión de la matrícula prevista en los artículos 44 y 45 de la ley 23.187 se cuestionó su constitucionalidad toda vez que esa regulación aparecía incompatible con la zona de reserva de ley **(37)** que ejerce de modo exclusivo el Congreso nacional.

En "Beveraggi de la Rúa" **(38)** la CS ratificó su constitucionalidad y señaló que en ese caso el actor carecía de una legitimación procesal dado que no acreditó un gravamen concreto. Asimismo, confirmó sobre el estándar del caso "Ferrari" **(39)** la validez de las cuotas de inscripción y el derecho de bono fijo.

Posteriormente en el año 1992 el Alto Tribunal encuadró su actuación dentro de la causa contencioso administrativo del inciso a) del artículo 45 de la ley 13.998.

Cuando el CPACF promovió un juicio ejecutivo para el cobro de cuotas pendientes se trabó un conflicto de competencia entre el fuero con-

(33) Cfr. COMADIRA, Julio R.; "Las bases constitucionales del procedimiento administrativo", Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública 309, Ediciones Rap, Buenos Aires, 2003, ps. 229-244.

(34) Cfr. CS, Fallos 311:260.

(35) Cfr. CS, Fallos 315:2990. En igual sentido, Fallos 331:536.

(36) Cfr. CS, Fallos 308:980, Consid. 9° del voto de la mayoría.

(37) Ver art. 14 CN.

(38) Cfr. CS, Fallos 310:418; Considerandos 2° y 3°.

(39) Cfr. CS, Fallos 308:980.

tencioso administrativo federal y el fuero civil y comercial.

En el caso "Martínez Echeñique" **(40)** la CS adhirió al criterio adoptado en el Dictamen de la Procuración General y le asignó ese proceso al primero por cuanto la Cámara Federal de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo entendía en los recursos interpuestos contra las sanciones de suspensión y exclusión de la matrícula.

Hacia el año 2008 el Máximo Tribunal confirma el gobierno de matrícula y a la fuente de financiamiento para el logro de ese cometido específico.

Cuando el Poder Ejecutivo nacional dispensó al abogado del Estado de la obligación de la matrícula y el pago del derecho de derecho fijo de la ley 23.187, la CS en el "CPACF c. EN" **(41)** declaró la inconstitucionalidad de los artículos 3° y 5° del dec. 1204/2001.

Precisó que ese reglamento delegado **(42)** se extralimitó de las bases fijadas de la ley 25.414 toda vez sendos aspectos exceden ampliamente las materias determinadas administración **(43)** y la emergencia económica que habilita el art. 76, CN.

Finalmente, el 18 de marzo de 2021 el Tribunal Cimero confirma e los lineamientos trazados en la doctrina judicial de los precedentes "Ferrari" **(44)** y "Martínez Echeñique" **(45)**.

Ciertamente en el caso "Mihura Estrada" **(46)** que comentamos el voto del Dr. Rosenkrantz —que comparte el Dictamen de la Procuración General— la naturaleza pública del CPACF y su correlativa publicidad de los estados contables.

De lo expuesto hasta aquí podemos observar que el CPACF ejerce una función administrativa delegado por Estado a través de la ley 23.187 que consiste específicamente en el gobierno de matrícula y el poder disciplinario de sus matriculados.

II.3. Control democrático: un derecho del matriculado que accede a los datos del balance y presupuesto para analizar la administración del CPACF

Para un control democrático de la administración del CPACF el matriculado participa de su procedimiento de fiscalización con el objetivo de que apruebe o rechace sus balances y presupuestos anuales.

Con esa participación no solo contamos con publicidad, sino que también promovemos un escrutinio de las acciones de los órganos de gobierno del ente público no estatal.

De hecho, esa información se proyecta hoy a la *sociedad* como un derecho de incidencia colectiva cuya transparencia permite que podamos controlar la gestión pública y cumplir simultáneamente la Convención Americana contra la Corrupción **(47)** que exige nuestro ordenamiento cuente con mecanismos modernos del Estado para prevenir, detectar, sancionar y erradicar prácticas corrupción **(48)**.

Pero la reglamentación del contenido de un derecho fundamental a través del dec. 1172/2003 nada dice respecto a los entes públicos no estatales. Ciertamente el CPACF no figura de modo expreso ni implícito en la disposición reglamentaria en la medida que no forma parte del Estado nacional. Tampoco depende del Poder Ejecutivo nacional e incluso no recibe fondos públicos.

Así aparece la cuestión acerca de cuáles son los contenidos constitucionales del derecho de acceso a la información pública cuando el reglamento autónomo solo comprende el acceso a los datos del Poder Ejecutivo nacional.

(40) Cfr. CS, Fallos 315:1830.

(41) Cfr. CS, Fallos 331:2406.

(42) Ver art. 76 CN.

(43) Ver ley 25.148.

(44) Cfr. CS, Fallos 308:980, Consid. 9° del voto de la mayoría.

(45) Cfr. CS, Fallos 315:1830.

(46) Cfr. CS, Fallos 344:344.

(47) Ver ley 24.759.

(48) Ver arts. II (apartado 1) y III (apartado 9) de la Convención Interamericana contra la Corrupción (ley 25.759).

A partir del período de 1853-1860 la Constitución histórica contempló de un modo implícito el derecho de acceso a la información pública con tres disposiciones concretas.

La primera surge de la forma representativa y republicana de gobierno **(49)**, luego segunda a través de la libertad de imprenta **(50)** y finalmente la tercera se desprende como un derecho no enumerado **(51)** cuya recepción implícita hace necesario su reconocimiento sin de acudir a una incorporación expresa a través de reforma constitucional.

Luego con la reforma constitucional de 1994 se incorporaron los instrumentos de protección de Derechos Humanos aceptaron expresamente el acceso a la información pública **(52)**.

En efecto, tanto el artículo 13 del Pacto de San José de Costa Rica como en el Capítulo V de la Declaración de los Derechos del Hombre receptaron este derecho.

Ciertamente podemos apreciar en sendos tratados con jerarquía constitucional que el acceso este derecho se anuda, de un lado, a la *libertad de pensamiento* y de otro, a la *libertad de expresión* lo que favorece la difusión de opiniones especialmente aquellas vinculadas a la gestión los asuntos del Estado **(53)**, actos de gobierno **(54)** y de interés público **(55)**.

Durante el año 2003 se dictó el dec. 1172/2003 cuyo Anexo II régulo el procedimiento para que el ciudadano solicite información **(56)** ante el Poder Ejecutivo nacional. Así puede no solo puede solicitar sino especialmente requerir y recibir esos datos para llevar un control social.

Más tarde en el año 2004 el legislador sancionó la ley 25. 381 que aprobó el Régimen de acceso a la información ambiental cuyos datos se encuentran en poder del Estado.

Continuamos en el año 2006 donde la Corte Interamericana Derechos Humanos se expidió en el caso "Claudia Reyes y otros Vs. Chile" **(57)** cuya opinión consagra un estándar del Sistema Americano que garantiza no solo la dimensión *individual* sino también la *colectiva*.

En este caso se configura la responsabilidad internacional por la negativa del Estado de brindar información de interés público relacionada a un proyecto de industrialización forestal y su posible impacto ambiental.

En el año 2017 el Congreso dictó la ley 27.275 que reguló no solo el objeto sino también el alcance y las excepciones del derecho de acceso a la información pública.

Ahora el Tribunal Cimero analiza el derecho de acceso a la información sobre las actividades del CPACF no solo del ciudadano sino de aquellos que participan de la vida política interna. .

Concretamente en el caso "Mihura Estrada" **(58)** el Dictamen de la Procuración General al que adhiere la CS recupera plenamente las bases constitucionales **(59)** y convencionales **(60)** de este derecho para analizar la exigencia de la obligación de informar.

II.4. Principio de máxima divulgación: una presunción de accesibilidad a los datos contables y financieros generados por la función administrativa

Para facilitar el acceso del ciudadano a la información pública el legislador consagró el

(49) Ver art. 1° CN.

(50) Ver arts. 14 y 32 CN.

(51) Ver arts. 33 CN.

(52) Ver CADH (art. 13); Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre (art. V); Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 19); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (incs. 1°, 2°, 3° y 4° del art. 1); Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (art. 10 ley 26.097).

(53) Cfr. CS, Fallos 331:1530 (2008).

(54) Cfr. CS, Fallos 332:2559 (2009).

(55) Cfr. CS, Fallos 335:2150 (2012).

(56) Ver arts. 1º, 2º, 3º, 4º, 6º, 7º, 8º, 15º y 16º del Anexo VII dec. 1172/2003.

(57) Cfr. CIDH, "Claude Reyes y Otros vs. Chile", 19/12/2006, Serie C. N.º 151).

(58) Cfr. CS, Fallos 344:344 (2021).

(59) Ver arts. 14, 16, 32 y 33 CN.

(60) Ver art. 13 CADH y 19 PIESC.

principio de máxima divulgación en el artículo 1° de la ley 27. 275.

Ese pasaje de la norma prescribe que toda la información en poder —sea en custodia o control— debe ser accesible para todas las personas. Frente a las excepciones previstas por la norma cede este principio en atención a las limitaciones.

Las excepciones del Reglamento General de Acceso a la Información del Poder Ejecutivo nacional conducen a que examinemos las limitaciones en la obligación de suministrar información.

Ciertamente ante alguno de los supuestos indicados la autoridad pública competente **(61)** denegará la solicitud **(62)** por acto fundado **(63)** sin responsabilidad por esa ausencia de provisión **(64)**.

En efecto, el artículo 16 del Anexo II del dec. 1172/2003 enumera expresamente dos supuestos: de un lado, el *interés público* y de otro, el *privado*.

Por un lado, forman parte de la *primera categoría* los asuntos inherentes a impuestos **(65)**; seguridad **(66)**, defensa **(67)**, inteligencia **(68)**, política exterior **(69)**, sistema bancario **(70)**, instituciones financieras **(71)**, abogacía del estado **(72)**, actividad interna de la Administración **(73)** y secreto profesional **(74)**.

Por el otro, en la *segunda* nos encontramos con las cuestiones industriales **(75)**, comerciales **(76)** y confidencialidad de los datos del titular **(77)** o tercero que potencialmente pueden afectar derecho fundamentales amparos por la Constitución.

Así aparece la cuestión acerca de cómo opera los arts. 2° y 5° del Anexo VII del dec. 1172/2003 respecto a la información contable y presupuestaria del matriculado cuando su acceso no se encuentra vinculado al gobierno de la matricula ni poder disciplinario del CPACF.

Para ello nos vamos a detener en la evolución de nuestro Máximo Tribunal para analizar la motivación de la denegatoria.

A partir del diciembre de 2012 la CS no solo reconoció el derecho de acceso a la información pública, sino que analizó las restricciones del Decreto 1172/2003.

En efecto, en el caso "PAMI" **(78)** se denegó la solicitud con fundamento en la naturaleza jurídica del ente público no estatal. En este precedente el Máximo Tribunal concedió el acceso a esos datos del presupuesto que se destinaban a la inversión en publicidad oficial.

Luego en el mes de marzo 2014 el Máximo Tribunal ratificó la vigencia de del derecho. En el caso "CIPPEC" **(79)** prevaleció la idea de que se trataba de datos que formaban parte de la gestión pública cuyo conocimiento correspondía a la sociedad.

(61) Ver art. 8º ley 24.156.

(62) Ver art. 11 dec. 1172/2003.

(63) Ver art. 13 dec. 1172/2003.

(64) Ver art. 15 dec. 1172/2003.

(65) Ver art. 101 ley 11.683.

(66) Ver inc. a) art. 16 dec. 1172/2003. En especial la ley 24.059 (Art. 37), ley 26.102 (Art. 23 —inc. 6°—).

(67) Ver ley 23.554 (art. 9º).

(68) Ver ley 25.520 (arts. 4º, 16; 17; 33, 36; 37 y 41— y el dec. 950/2002 (Art. 3º y 10).

(69) Ver ley 20.957 (arts. 21 —incs. 1 y j—; 23 —inciso f y 97—).

(70) Ver inc. b) art. 16 dec. 1172/2003. En especial la ley 24.144 (art. 53).

(71) Ver inc. e) art. 16 dec. 1172/2003. En especial la ley 21.526 (arts. 39 y 40).

(72) Ver inc. f) art. 16 dec. 1172/2003.

(73) Ver inc. h) art. 16 dec. 1172/2003.

(74) Ver inc. g) art. 16 dec. 1172/2003.

(75) Ver ley 24.766 (Arts. 1º, 3º, 12 y 13).

(76) Ver ley 25.156 (art. 12) y el Dto. Nº 89/2001 (Art. 12).

(77) Ver inc. i) art. 16 dec. 1172/2003.

(78) Cfr. CS, Fallos 335:2393 (2012).

(79) Cfr. CS, Fallos 256:337 (2014).

Así aplicó el *principio de máxima divulgación* para resolver un conflicto aparente entre los datos sensibles tutelados por la ley 25.326 precisando la ausencia de vulnerabilidad en los fondos públicos asignados a los planes sociales que administraba el Ministerio Desarrollo Social de la Nación.

Durante el año 2015 el Tribunal Cimero se pronuncia respecto a una denegatoria a un contrato privado de empresa con capital estatal cuyo sustento se apoyaba en el artículo 15 de la ley 26.741 que dispensaba a YPF del control público interno y externo que alcanza a otros los organismos del Sector Público nacional.

Se trataba de un Sociedad Anónimas bajo injerencia estatal (SABIE) que aplica de modo exclusivo de los *principios y normas de derecho privado* en el acto de creación excluye expresamente a la legislación administrativa.

En concreto, excluye expresamente la aplicación de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos 19.549, el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional aprobado por el dec. 1023/2001, la ley de Obras Públicas 13.064 así como todo principio de derecho administrativo.

Sentado lo expuesto, en el caso "Giustiniani" **(80)** apuntó al acceso al acuerdo del proyecto de inversión para la explotación de hidrocarburos no convencionales en el yacimiento de la provincia de Neuquén. Así es extendió el *control democrático* de la ciudadanía hacia aquellas entidades bajo jurisdicción del Poder Ejecutivo nacional.

Continuamos en el año 2016 la Administración Federal Ingresos Públicos (AFIP) denegó los datos de la carrera administrativa funciones y Estado de trámite de un sumario administrativo.

La CSJN en el caso "Garrido" **(81)** ratificó la doctrina labrada en el precedente "CIPPEC" y precisó que los datos propios de la función pública hacen al control del ciudadano sobre los asuntos de gestión del Estado.

Seguidamente durante el año 2017 el legislador dictó la ley 27.275 cuyos primeros artículos consagran expresamente el *principio de máxima divulgación* que gobierna la información pública en poder del Estado.

A partir de la entrada en vigencia de esta ley específica, durante el año 2019 el Máximo Tribunal aplicó sendas disposiciones en el caso "Savoia" **(82)** donde se le denegó a un periodista el acceso a aquellos decretos dictados por el Poder Ejecutivo durante el período comprendido desde el año 1976 hasta 1983 toda vez que son datos protegidos por el secreto consagrado en la ley 25.520.

Así ponderó las reglas específicas de la ley 27.275 poniendo especial énfasis en la ausencia de un acto formal y explícito del Estado que disponga y explique a la sociedad las razones especiales por las cuales esas normas continúan siendo secretas.

El 12 de noviembre de 2020 en el caso "Olivera" **(83)** la CS consideró que los datos del procedimiento de fiscalización de la AFIP requeridos no se encuentran alcanzados por el secreto fiscal del artículo 101 de la ley 11.683.

Finalmente, en el caso "Mihura Estrada" **(84)** el Máximo Tribunal ratificó los estándares fijados en "PAMI" **(85)**; "CIPPEC" **(86)** y "Garrido" **(87)** respectivamente y expresó que esa solución es consistente con el artículo 1° de la ley 27.275.

II.5. Legitimación procesal: un interés concreto y directo que habilita a contar el balance y presupuesto anual

Para ejercer el derecho a solicitar acceder y recibir información pública se habilitó la legitimación activa a toda persona física o jurídica —pública o privada— prescindiendo para ello

(80) Cfr. CS, Fallos 338:1258 (2015).

(81) Cfr. CS, Fallos 339:827 (2016).

(82) Cfr. CS, Fallos: 342:208 (2019).

(83) Cfr. CS, Fallos: 343:1663 (2020).

(84) Cfr. CS, Fallos 344:344 (2021).

(85) Cfr. CS, Fallos 335:2393 (2012).

(86) Cfr. CS, Fallos 337: 256 (2014).

(87) Cfr. CS, Fallos 339:827 (2016).

de que su situación jurídica se encuentra alcanzada por un derecho subjetivo o un interés legítimo. Asimismo, también se la dispensó la necesidad de contar con un patrocinio letrado.

Pero en el caso que comentamos la denegatoria de la solicitud de información se circunscribe a que se consideró abstracto el pedido y su contenido no guarda relación con el cometido específico del CPACF.

Así aparece el interrogante qué consiste en dilucidar cómo legitimamos activamente a un abogado matriculado para que ejerza su derecho de acceso a la información pública cuando en realidad carecería de un grado de afectación a un bien jurídico tutelado por el ordenamiento jurídico.

En 1972 se regulan la legitimación para ser parte en el procedimiento administrativo **(88)** cuyo grado de tutela exclusiva o concurrente que se identifica centralmente con un derecho individual en cabeza el afectado que porta un derecho subjetivo o un interés legítimo respectivamente.

De un lado, el derecho subjetivo configura un interés del sujeto activo sobre un objeto determinado con carácter exclusivo y excluyente. De otro, el interés legítimo implica una preferencia personal y directa del sujeto sobre un objeto determinado, pero con carácter concurrente respecto de otros sujetos

Luego en 1994 la reforma constitucional amplió la legitimación procesal a los derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto un interés jurídico homogéneo o bien colectivo.

No podemos pasar por alto que se desestimado el reconocimiento de legitimación activa en procesos colectivos articulados por provincias **(89)**, universidades **(90)** y partidos políticos **(91)**.

Además del afectado aparecen ahora las asociaciones con objeto específico **(92)**, el Defensor del Pueblo de la Nación **(93)** y en algunos casos, el Ministerio Público de la Nación **(94)** como nuevos sujetos legitimados.

En cuanto a las asociaciones los precedentes "Halabi" **(95)**, "Padec" **(96)**, "Unión de Consumidores" **(97)** y "Consumidores Financieros" **(98)** trazaron una nueva línea jurisprudencia que protege el interés jurídico homogéneo y asegura el acceso a la justicia a través de los procesos colectivos.

Respecto al Defensor del Pueblo de la Nación es emblemático de esta segunda etapa, el caso "Cepis" **(99)** toda vez que este precedente anudó el derecho de acceso a la información pública del ciudadano con la obligatoriedad de realizar la audiencia pública para el incremento de la tarifa del servicio público.

Actualmente cuando la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial revocó la sentencia de grado que denegaba la petición de un secuestro prendario por su incompatibilidad con el derecho del consumidor, la CS concedió la queja de Fiscalía y la dejó sin efecto la resolución por arbitraria toda vez que omitió la intervención del Ministerio Público Fiscal.

El Máximo Tribunal precisó en el caso "HBSC Bank Argentina SA" **(100)** que su intervención protege íntegramente la defensa de la legalidad y del interés general de la sociedad. Esta misión es consistente con la Constitución nacional **(101)**, Ley Orgánica del Ministerio Público

(88) Ver art. 3º dec. 894/17.

(89) Cfr. CS, Fallos 333:9 (2010).

(90) Cfr. CS, Fallos 337:627 (2014).

(91) Cfr. CS, Fallos 333:1023 (2010).

(92) Ver art. 43 CN.

(93) Ver art. 85 CN.

(94) Ver art. 120 CN.

(95) Cfr. CS, Fallos 332:111 (2009).

(96) Cfr. CS, Fallos 336:1236 (2013).

(97) Cfr. CS, Fallos 337:196 (2014).

(98) Cfr. CS, Fallos 337:353 (2014); Considerando 6º.

(99) Cfr. CS, Fallos 330:1077 (2016).

(100) Cfr. CS, Fallos 343:1243 (2020).

(101) Ver art. 120 CN.

Fiscal **(102)** y la Ley de Defensa del Consumidor **(103)**.

Durante el período que va desde el año 2003 hasta 2020 la CS reconoce la legitimación procesal activa tanto a las asociaciones como ocurrió en "PAMI" **(104)** y "CIPPEC" **(105)**. También a personas físicas como en "Giustiniani" **(106)**, "Garrido" **(107)**, "Savoia" **(108)** y "Olivera" **(109)**.

En el año 2021 en "Mihura Estrada" **(110)** confirmamos esta amplitud para a los integrantes del CPACF que no requiere acreditar un interés calificado por el demandante.

Precisamente en su carácter de abogado matriculado y delegado titular de la Asamblea del Colegio Profesional no solo ratifica, sino que confirma el nuevo estándar de legitimación regulado en la norma vigente en materia.

Esto adquiere relevancia ya que el Máximo Tribunal confirmó la invocación de un interés concreto y directo de contar con la información necesaria para llevar a cabo esa evaluación. Así podrá analizar —aprobar o rechazar— los balances y presupuestos anuales de la Institución.

III. Conclusiones

El examen de los aspectos analizados en el caso nos conduce a reflexionar sobre la personalidad del Estado, función administrativa, acceso a la información pública, el principio de máxima divulgación y la legitimación procesal.

Desde la perspectiva de la personalidad del Estado, el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal es una persona jurídica de derecho público con un cometido administrativo específico fijado por la ley 23.187.

El despliegue de la función administrativa por el ente conserva el gobierno de la matrícula y el poder disciplinario de sus miembros cuyos actos son revisados por el fuero contencioso administrativo federal a través del recurso directo. Se refuerza su vínculo permanente con el Consejo de la Magistratura y el Tribunal de Enjuiciamiento de Magistrados.

La dimensión colectiva de la información pública fomenta un control democrático hacia dentro de la vida institucional y acciones de los órganos de gobierno. Tanto la ley 26.327 como el dec. 1172/2003 deviene plenamente aplicable a las decisiones de la Asamblea de Delegados y configura un derecho exigible por todo abogado matriculado.

Correlativamente la obligación de suministrar esa información contable y financiera se rige por el principio de máxima divulgación. El legislador parte de la suposición provisoria de que los fondos específicos de su patrimonio son datos públicos salvo que ente requerido demuestre lo contrario.

Para su invocación bastaría con el mero interés simple, aunque en este caso la legitimación procesal proviene también de un interés directo y concreto que converge en su condición de abogado matriculado y miembro de la Asamblea de Delegados.

(102) Ver apart. 2º inc. e) ley 27.148.

(103) Ver art. 52 ley 24.240.

(104) Cfr. CS, Fallos 335:2393 (2012).

(105) Cfr. CS, Fallos 256:337 (2014).

(106) Cfr. CS, Fallos 338:1258 (2015).

(107) Cfr. CS, Fallos 339:827 (2016).

(108) Cfr. CS, Fallos: 342:208 (2019).

(109) Cfr. CS, Fallos: 343:1663 (2020).

(110) Cfr. CS, Fallos 344:344 (2021).

TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES

Impugnación del DNU 690/2020. Intervención de la Asociación Argentina de Televisión por Cable (ATVC) como tercero. Proceso colectivo. Delimitación de la clase afectada. Suspensión de la aplicación de la norma impugnada.

Con nota de Juan Cruz Azzarri y Milagros Lezica

1. — La instrumentación del dec. 690/2020 no resulta una vía razonable para lograr la finalidad de garantizar el derecho de acceso a internet por parte de los ciudadanos; pues la proporcionalidad que debe existir entre el derecho afectado por la restricción y el objetivo perseguido, no se verifica.

2. — No cabe duda de que de continuarse con la aplicación del DNU 690/2020 se generaría un daño de difícil reparación ulterior. Cabe destacar que el daño no se configuraría únicamente respecto de los licenciatarios, sino también respecto de los usuarios y consumidores, quienes —en última instancia— podrían ver detraído el servicio de telecomunicación por la imposibilidad de las empresas de prestarlo adecuadamente.

3. — Garantizar el acceso a internet constituye un fin idóneo y legítimo y debe ser promovido su goce por parte de todos los ciudadanos. Sin embargo, ello no significa que cualquier medio dispuesto a dicho fin —en el caso el DNU 690/2020— sea razonable y por ende válido. resulta claro que el sacrificio no solo resulta desmedido, sino que también puede resultar perjudicial incluso para aquellos a quienes el derecho debe garantizarse; pues la afectación de los derechos de las empresas prestatarias repercutirá, sin lugar a dudas, en la calidad del servicio a prestarse, o inclusive en la posibilidad misma de hacerlo.

4. — Lo expuesto no implica desconocer que el derecho al acceso a Internet reviste suma importancia ni negar que deba garantizarse su pleno ejercicio en la sociedad. Lo que se cuestiona es la forma en que dicha garantía se articula, pues no puede ser prestada irrazonablemente en detrimento del derecho de los particulares de modo tal que no exista una adecuada proporcionalidad entre el fin pretendido y el medio utilizado para alcanzarlo. Es decir, tanto el derecho de acceso a internet como los derechos de propiedad y ejercicio de libre industria lícita merecen tutela estatal, y garantizar uno de ellos no significa que pueda limitarse de forma irrazonable el otro.

5. — El DNU 690/2020 cuya inconstitucionalidad se solicita fue dirigido a todos los licenciatarios y las licenciatarias de los servicios de las Tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC), por lo que son estos quienes se encuentran afectados por su dictado. De tal manera, la "clase" está constituida por todas las empresas y otras asociaciones que conforman la industria del cable y Servicios TICS, que se encuentran asociados a ATVC, por presentar todas ellas características comunes y homogéneas y por pertenecer a la entidad aglutinante que invoca la representación de sus respectivos derechos.

6. — En cuanto a la causa fáctica o normativa común que provoca la lesión de los derechos; en autos se verifica la de tipo normativa a partir del dictado del Decreto 690/2020. En virtud del dictado de la normativa citada, pueden llegar a verse afectados los derechos de propiedad, libre competencia y de ejercicio de libre industria lícita, los cuales se encuentran reconocidos constitucional y convencionalmente. La afectación a los derechos referidos anteriormente deriva de una causa normativa común que se materializa en la norma cuya inconstitucionalidad se pretende.

7. — La acción intenta obtener la declaración de nulidad e inconstitucionalidad del DNU 690/2020 y de aquellos dictados en su consecuencia. Se advierte así que la acción no tiene por objeto reclamar los daños y perjuicios sufridos por cada actor individualmente, sino que el efecto pretendido es aquel que resulta común a los accionantes y a quienes en definitiva se verán alcanzados por el dictado de la resolución de fondo.

8. — La causa se interpone en virtud de que varios sujetos —personas físicas y jurídicas titulares de licencias privadas para explotar servicios cerrados de radiodifusión vinculados por Cable, por medio radioeléctrico o por cualquier otro medio o sistema— se encuentran afectados por un mismo hecho que ocasionaría una lesión a sus derechos. Este hecho es el dictado del DNU 690/2020 y de aquellos dictados en su consecuencia; por lo que el efecto que busca la acción al perseguir la declaración de su inconstitucionalidad es común en relación a los prestadores referidos; verificándose el requisito de que la pretensión esté focalizada en los efectos comunes.

9. — El requisito de la afectación del derecho de acceso a la justicia no es el único caso en que procede la acción colectiva, sino antes bien un caso paradigmático de aquella en la medida en que también procede en casos en que exista un derecho afectado en relación con el cual exista un fuerte interés estatal en su protección. El Reglamento previsto en la Acordada 12/2016 prevé este caso, pero la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha interpretado de manera flexible el concepto de afectación al derecho de acceso a la justicia, ampliando los supuestos de procedencia al admitir que existen otros casos en que procede la acción.

10. — Habiendo aclarado que la afectación del derecho de acceso a la justicia es solo uno de los casos en que procede la vía colectiva —el caso paradigmático— en autos nos encontramos ante uno de esos casos en que se encuentra afectado el derecho de acceso a la justicia y que configuran el supuesto de procedencia de la acción colectiva por antonomasia. El requisito de afectación del derecho de acceso a la justicia también comprende el supuesto en que el costo del reclamo individual sería mayor que el beneficio que se espera del litigio, como sucede en la causa.

11. — No escapa al tribunal que el inicio de un proceso judicial insume numerosos gastos que incluyen los honorarios de los letrados, la tasa de justicia, el pago de las obligaciones previsionales y colegiales, como así también los gastos del proceso y que muchas empresas se verían desalentadas de iniciar un proceso judicial de manera autónoma, en virtud de carecer de los recursos suficientes para ello. En el caso de autos, la incidencia de dichos gastos en los recursos de los miembros del colectivo agravaría una situación económica que de por sí resulta complicada, en virtud de las medidas cuya declaración de inconstitucionalidad se reclama. De no aceptarse la presente acción, se vería alterada la tutela judicial efectiva respecto de los integrantes de la clase.

12. — Habiendo definido que nos encontramos frente a uno de los casos paradigmáticos de procedencia de la acción colectiva por la afectación del derecho de acceso a la justicia, cabe destacar que aun de interpretarse que dicho derecho no se encuentra afectado, la vía resulta igualmente procedente; pues la naturaleza de los derechos comprometidos excede el interés de cada parte en virtud de la trascendencia social que reviste el derecho de propiedad y ejercicio de libre industria lícita, los que deben ser protegidos por el Estado con un carácter preeminente, cuidando que el cercenamiento que se efectúa de los mismos sea razonable, no pudiendo las garantías derechos y principios reconocidos por la constitución, ser alterados sustancialmente.

13. — El hecho de que el acto lesivo provenga del Estado no es óbice para que exista un fuerte interés estatal en su protección. Así, si bien la lesión se origina en uno de los órganos estatales —el Poder Ejecutivo— pero la tutela del derecho afectado también corresponde al Estado a través de otro de sus órganos, el poder judicial que integra el sistema de frenos y contrapesos propio de los sistemas republicanos como el que impera en Argentina.

14. — En el caso de autos se verifican los recaudos definidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el Reglamento de Actuación en Procesos Colectivos (Acordada 12/2016), pues ha sido identificada la causa normativa común que provoca la lesión a los derechos, se ha advertido que la pretensión se encuentra focalizada en los efectos comunes y que se encuentra en juego el derecho de acceso a la justicia por parte de los integrantes del colectivo identificado.

15. — La Asociación Argentina de Televisión por Cable (ATVC) tiene la representación adecuada que permite otorgarle legitimación activa en la esta acción colectiva. Tratándose el presente de un litigio representativo, los integrantes de la clase no deben concurrir a manifestar su expresión de vincularse al presente proceso, pero sí deben manifestar explícitamente su voluntad de quedar fuera del mismo (Sistema *opto out).* Es decir, la sentencia alcanzará en sus efectos al integrante de la clase, siempre y cuando este no se presente en el proceso para manifestar expresamente su "opción para salir" del mismo.

16. — Es claro que la Asociación posee interés jurídico en evitar la aplicación del dec. 690/2020 respecto de sus representados mediante esta acción judicial, por cuanto dicha acción se subsume en los objetivos y fines que motivan su existencia al ser la presente causa la vía por la cual la entidad persigue la defensa de los derechos de sus representados que considera lesionados.

17. — A efectos de garantizar el ejercicio de la opción, la Corte Suprema de Justicia estableció en "Halabi" la exigencia de la debida notificación a quienes integran la clase. Para ello, y habida cuenta que la ATVC constituye una entidad aglutinante de las empresas alcanza-

das por los efectos de la presente acción, deberá aquella informar al Tribunal las diferentes formas habituales de comunicación a fin de evaluar aquella que resulte más idónea para notificarles de la tramitación de la causa.

JFed. Nro. 1, Córdoba, 30/03/2021. - Catrie Televisora Color SRL c. Estado Nacional y otro s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad.

[Cita on line: AR/JUR/92410/2021]

Expte. N° 858/2021

1ª Instancia.- Córdoba, marzo 30 de 2021.

Resulta:

1. Que en autos comparece el representante legal de la Asociación Argentina de Televisión por Cable (ATVC) solicitando adhesión litisconsorcial, en los términos del Art. 90 inc. 2 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación e invocando legitimación colectiva, en representación de las empresas y otras asociaciones que conforman la industria del Cable y Servicios Tics de la Argentina.

Invoca que en su estatuto se encuentran definidos sus objetivos y fines y que, particularmente en el art. 2 inc. b y d se encuentran establecidas sus funciones entre las que se encuentran ejercer la representación de sus asociados ante los poderes públicos nacionales, provinciales y municipales, así como ante sectores privados, en defensa, preservación y promoción de sus intereses. A su vez, se cuentan entre las mismas, la de interponer —con la conformidad expresa y por escrito de uno o más asociados— las acciones judiciales pertinentes, en especial la acción de amparo, en nombre y representación de sus asociados contra todo acto u omisión de autoridad pública que lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta los derechos y garantías reconocidos por la Constitución Nacional.

Asimismo, solicita se amplíe la medida cautelar dictada en la causa y se disponga que esta tenga efectos con relación a todos y cada uno de los asociados de ATVC colectivamente representados por dicha asociación. A su vez, la presentante, adhiere a la demandada interpuesta por Catrie Televisora Color SRL, ofrece pruebas y acompaña documental.

2. Que con fecha 18/03/2021 se presenta la actora prestando conformidad a la intervención solicitada.

3. Que luego de los tramites de ley, con fecha 30/03/2021 se dicta el decreto de autos el que una vez firme, deja la causa en estado de resolver la solicitud formulada por la Asociación Argentina de Televisión por Cable.

Considerando:

I. Que corresponde en este estado decidir en relación a la solicitudde intervención efectuada por el Dr. Gerardo Pio Viramonte en representación de la ATVC.

En este sentido, se advierte por un lado que la intervención resulta procedente en los términos de los arts. 90 Inc. 2 y 88 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación; pues la Asociación se presenta voluntariamente pretendiendo integrar la litis en el polo activo de la acción impetrada. Por el otro, siendo que la Asociación invoca la representación colectiva en relación a un grupo al que aludiré más adelante, la intervención procesal solicitada reviste características particulares que demandarán un análisis pormenorizado respecto de los presupuestos que deben verificarse a fin de resolver su procedencia. Adelantando mi posición favorable respecto a la misma, y habiendo iniciado la causa como una acción singular entre actor y demandado, se abordarán finalmente las cuestiones propias del reencauzamiento del litigio como proceso colectivo. Ahora bien, no estando dicho proceso legislado en la legislación argentina, deberá estarse a lo dispuesto en la Acordada 12/2016 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como así también a la jurisprudencia de dicho tribunal quien se ha expedido en numerosos precedentes que servirán de guía a fin de determinar la admisibilidad de la petición.

Así, nuestro Supremo Tribunal se ha pronunciado expresando que "esta Corte estableció que la admisión formal de toda acción colectiva requiere la verificación de ciertos recaudos elementales que hacen a su viabilidad y exigió que, de manera previa a su inscripción, los tribunales dicten una resolución que declare formalmente admisible la acción, identifique en forma precisa el grupo o colectivo involucrado en el caso, reconozca la idoneidad del representante y establezca el procedimiento para garantizar la adecuada notificación de todas aquellas personas que pudieran tener un interés en el resultado del litigio" (Causa Halabi; Fallo 332:111).

Siguiendo los lineamientos definidos por el Tribunal Cimero, es que he de pronunciarme en relación a la admisibilidad formal de la acción colectiva; para lo cual se examinará la existencia de los recaudos que hacen a su viabilidad, se identificará el colectivo involucrado en el caso, se evaluará la idoneidad de la Asociación Argentina de Televisión por Cable como representante de aquel, y —finalmente— se establecerá el procedimiento que resulte idóneo para garantizar la notificación de todas aquellas personas que puedan tener un interés en el resultado del litigio.

II. Que, siguiendo el esquema propuesto, corresponde analizar previo a todo, si en el caso se encuentran presentes los requisitos que hacen a la viabilidad de la acción.

Ha destacado la doctrina que hay proceso colectivo si la relación jurídica litigiosa lo es; por lo que en al menos uno de sus términos —activo o pasivo— se debe encontrar un grupo en sede jurisdiccional. (Didier Jr, Fredie y Zaneti Jr, Hermes, Las acciones colectivas y el Enjuiciamiento de Casos Repetitivos: Dos Tipos de Proceso Colectivo en el Derecho Brasileño. International Journal of Procedural Law, Volume 7 (2017), N° 2, ps. 267/275).

Ahora bien, siendo que el proceso colectivo se ha erigido como un medio para garantizar la solución de conflictos masivos, y a efectos de definir si nos encontramos frente a una relación jurídica colectiva en los términos definidos anteriormente; debemos determinar qué derecho se encuentra comprometido en la causa. En este orden de ideas, la Corte ha delineado tres categorías diferentes de derechos: individuales, de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos y de incidencia colectiva referidos a intereses individuales homogéneos. Considero que en el caso que nos convoca se configura el supuesto de afectación a derechos de incidencia colectiva referidos a intereses individuales homogéneos. Es decir, el caso encuadra en el tercer supuesto de los definidos por la Corte Suprema.

Respecto de esta categoría, al definir a los derechos individuales homogéneos la Corte —sin perjuicio de retomar líneas explicativas sobre los derechos colectivos indivisibles— ha aclarado que se trata de prerrogativas que no se dirigen a un bien colectivo común, sino que son enteramente divisibles. Todas ellas se encuentran aunadas por un hecho único o continuado, que provoca una lesión y por tanto es posible identificar una causa fáctica homogénea. (Salgado, José María, Los derechos de Incidencia colectiva en la jurisprudencia de la CSJN. Ed. Rubinzal-Culzoni 2010, ps. 86/87).

En el mismo sentido se ha expedido la Excma. Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba con fecha 31/07/2020 en autos "Fundación Club de Derecho Argentino c. Banco de la Nación Argentina - Ley de Defensa del Consumidor" al definir que "en estos casos no hay un bien colectivo, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles. Sin embargo, hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea. Este dato tiene relevancia jurídica porque en tales casos la demostración de los presupuestos de la pretensión es común a todos esos intereses, excepto lo que concierne al daño que individualmente se sufre. Hay una homogeneidad fáctica y normativa que lleva a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño."

III. Que, habiendo definido a los intereses afectados en la causa como de incidencia colectiva referidos a intereses individuales homogéneos, resulta de aplicación lo establecido por la Acordada 12/2016 de la CSJN que establece que para dicha categoría habrá de verificarse la existencia de los siguientes extremos: a) la causa fáctica o normativa común que provoca la lesión de los derechos b) que la pretensión esté focalizada en los efectos comunes y c) la afectación del derecho de acceso a la justicia de los integrantes del colectivo involucrado.

En cuanto al primero de los requisitos referidos anteriormente, es decir la causa fáctica o normativa común que provoca la lesión de los derechos; en autos se verifica la de tipo normativa a partir del dictado del Decreto 690/2020.

La norma dispuso en su art. 1: "los Servicios de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC) y el acceso a las redes de telecomunicaciones para y entre licenciatarios y licenciatarias de servicios TIC son servicios públicos esenciales y estratégicos en competencia. La autoridad de aplicación garantizará su efectiva disponibilidad."

Asimismo, el Art. 2 establece que: "Los licenciatarios y las licenciatarias de los servicios de las Tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC) fijarán sus precios, los que deberán ser justos y razonables, deberán cubrir los costos de la explotación, tender a la prestación eficiente y a un margen razonable de operación.

Los precios de los servicios públicos esenciales y estratégicos de las TIC en competencia, los de los prestados en función del Servicio Universal y los de aquellos que determine la autoridad de aplicación por razones de interés público, serán regulados por esta. La autoridad de aplicación establecerá en la reglamentación la prestación básica universal obligatoria que deberá ser brindada en condiciones de igualdad."

En efecto, tal como ya me he pronunciado en la medida cautelar dictada en autos, considero que, en virtud del dictado de la normativa citada, pueden llegar a verse afectados los derechos de propiedad, libre competencia y de ejercicio de libre industria lícita, los cuales se encuentran reconocidos constitucional y convencionalmente.

Ahondando en los derechos afectados referidos anteriormente, en lo que respecta al derecho de propiedad, el Art. 17 de la Declaración Americana de Derechos Humanos, establece que toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente. Así también dispone que nadie será privado arbitrariamente de su propiedad. (Art. 17.1 y 17.2). A su vez, el Pacto de San José de Costa Rica, en su artículo 21 establece que: "Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes."

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, desde antaño, viene afirmando que el artículo 17 de la Constitución Nacional protege "todos los intereses apreciables que un hombre puede poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad" y que "todo derecho que tenga un valor reconocido como tal por la ley, sea que se origine en las relaciones de derecho privado sea que nazca de actos administrativos (derechos subjetivos privados o públicos)...integra el concepto constitucional de "propiedad" (conf. Fallos: 145:307, en especial ps. 327).

Por su parte, el derecho de ejercicio de libre industria lícita, se encuentra reconocido en el Art. 14 de la CN y deriva del derecho fundamental a la libertad. A su vez, no debe soslayarse el hecho de que en el Art. 43 de la CN, al consagrar la tutela del amparo, expresamente se establece que: "Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización." Es decir, el hecho de que se prevea una vía procesal específica para la tutela de tales derechos, no solo reafirma su consagración en la normativa federal, sino que también pone de manifiesto su relevancia.

En consecuencia, los derechos que aquí se encuentran en juego, presentan una jerarquía insoslayable y que merecen debida protección. Así, nuestro máximo tribunal ha sostenido que: "La inviolabilidad de la propiedad privada es una garantía que la Constitución Nacional consagra, y cuya intangibilidad e incolumidad es un deber de la Corte Suprema proteger contra los avances del poder aún en casos de emergencia." Massa, Juan A. c. Pen-Dto 1570/01 y otro s/ amparo M. 2771, 07/12/2006, Fallos: 329:5913).

En definitiva, y traduciendo lo explicitado a los términos definidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la afectación a los derechos referidos anteriormente deriva de una causa normativa común que se materializa en la norma cuya inconstitucionalidad se pretende.

Habiéndose verificando la existencia de una causa normativa común, corresponde determinar si la pretensión está focalizada en los efectos comunes, como lo exige la Acordada 12/2016.

En el caso de marras, la acción intenta obtener la declaración de nulidad e inconstitucionalidad del Decreto de Necesidad y Urgencia dictado con fecha 21 de agosto de 2020 y de aquellos dictados en su consecuencia. Se advierte así que la acción no tiene por objeto reclamar los daños y perjuicios sufridos por cada actor individualmente, sino que el efecto pretendido es aquel que resulta común a los accionantes y a quienes en definitiva se verán alcanzados por el dictado de la resolución de fondo.

Es decir, la causa se interpone en virtud de que varios sujetos —personas físicas y jurídicas titulares de licencias privadas para explotar servicios cerrados de radiodifusión vinculados por Cable, por medio radioeléctrico o por cualquier otro medio o sistema, tales como circuito cerrados de televisión y de audiofrecuencia, antenas comunitarias, circuitos cerrados aéreos codificados y otros de estructura análoga que transmitan programaciones de televisión y/o sonoras, como así también en forma complementaria servicios de informática y otros análogos, con destino a públicos abonados a dichos servicios así como a empresas e instituciones relacionadas con esa actividad— se encuentran afectados por un mismo hecho que ocasionaría una lesión a sus derechos (A este respecto, es preciso aclarar que conforme el DNU 267/2015 se produjo una modificación a la ley 27.078 por medio de la cual, los servicios prestados por los asociados de ATVC, quedaron englobados como servicios TICs). Este hecho es el dictado del Decreto 690/2020 y de aquellos dictados en su consecuencia; por lo que el efecto que busca la acción al perseguir la declaración de su inconstitucionalidad, es común en relación a los prestadores referidos; verificándose el requisito de que la pretensión esté focalizada en los efectos comunes.

Por último, la Acordada 12/2016 exige la afectación del derecho de acceso a la justicia de los integrantes del colectivo involucrado. Sin embargo, este requisito cede en aquellos casos en que exista un fuerte interés estatal en la protección del derecho en pugna. Así lo ha entendido la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "Halabi", en la que además precisó que dicho extremo —el interés estatal— puede presentarse en virtud de la trascendencia social de lo pretendido, o por las particulares características de los sectores afectados.

Por su parte, la doctrina ha sido conteste en considerar que el requisito de la afectación del derecho de acceso a la justicia de los integrantes del colectivo, no debiera resultar siempre exigible al afirmar que "existen supuestos en el marco de conflictos grupales referidos a intereses individuales homogéneos donde de no admitirse ese cauce tutelar (el proceso colectivo) se podría llegar a afectar el derecho a la tutela, pero la recta inteligencia marca que no puede erigirse en un presupuesto de admisibilidad de la vía, sino como hipótesis ante la cual la vía no puede ser negada" (Rosales Cuello, Ramiro, Guiridlian Larosa, Javier D. Finalidades del proceso colectivo. Análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema, Publicada en: LA LEY 16/06/2015, 1).

Así lo ha entendido también parte de la legislación comparada; pues si examinamos los requisitos establecidos en el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica, observamos que dicho presupuesto no se encuentra previsto. En efecto, los requisitos establecidos para la procedencia de la demanda colectiva, son: I. La adecuada representatividad del legitimado; II. La relevancia social de la tutela colectiva, caracterizada por la naturaleza del bien jurídico afectado, por las características de la lesión o por el elevado número de personas perjudicadas y para la tutela de los intereses o derechos individuales homogéneos, es también necesaria la demostración del predominio de las cuestiones comunes sobre las individuales y de la utilidad de la tutela colectiva en el caso concreto.

De lo expuesto se sigue, en consonancia con la jurisprudencia de la Corte reseñada y la doctrina referida; que el requisito de la afectación del derecho de acceso a la justicia no es el único caso en que procede la acción colectiva, sino antes bien un caso paradigmático de aquella en la medida en que también procede en casos en que exista un derecho afectado en relación al cual exista un fuerte interés estatal en su protección. Ahora bien, el Reglamento previsto en la Acordada 12/2016 prevé este caso, pero la misma Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha interpretado de manera flexible el concepto de afectación al derecho de acceso a la justicia, ampliando los supuestos de procedencia al admitir que existen otros casos en que procede la acción.

Ahora bien, habiendo aclarado que la afectación del derecho de acceso a la justicia es solo uno de los casos en que procede la vía colectiva —el caso paradigmático como dijéramos anteriormente— debo decir que considero que en autos nos encontramos ante uno de esos casos en que se encuentra afectado el derecho de acceso a la justicia y que configuran el supuesto de procedencia de la acción colectiva por antonomasia. Las razones que me llevan a concluir en dicho sentido serán abordadas a continuación.

El recaudo de afectación del derecho de acceso a la justica, ya fue analizado en el caso "CEPIS" por la CSJN, en la que estableció que el acceso a la justicia se encontraba comprometido respecto a los "usuarios residenciales". Para así sostenerlo adujo que "el tribunal ha resaltado en diversos precedentes la importancia del proceso colectivo como una forma de garantizar el acceso a la justicia, valor que cobra especial importancia en este supuesto toda vez que el costo que significaría demandar individualmente supera claramente el beneficio que cada uno de dichos usuarios podría obtener de la sentencia dictada en la causa respectiva. Una interpretación que restringiera a este grupo la posibilidad de demandar de manera colectiva en este caso equivaldría lisa y llanamente a negar efectividad a la tutela constitucional frente a un acto lesivo."

Por su parte, la doctrina explica que el juez, al analizar si el acceso a la justicia se encuentra comprometido debe preguntarse: Si la acción de clase no progresa, ¿Se quedan los integrantes de la clase sin ninguna solución en la práctica por las características del caso? No puede olvidarse que, si el molde de la acción de clase es el art. 43, CN, su principio rector es el de la tutela judicial efectiva, y ello será criterio determinante para evaluar su procedencia. La jurisprudencia de la Corte Suprema acepta que las acciones de clase son posibles, pero que no corresponde darles trámite de manera corriente a los legitimados del art. 43 de la CN, sino que estos deberán demostrar un mal mayor. Esto se demuestra, casi siempre, cuando por las circunstancias del proceso se puede concluir que, si no prospera la acción, habrá de concretarse un perjuicio a la tutela judicial efectiva de los integrantes de la clase. (Díaz Cisneros, Adriano P. ¿Acción De Clase O Litisconsorcio? Una Sentencia que Arroja Luz Sobre un Terreno No Siempre Tan Claro. Publicado en: SJA 19/08/2020, 47 - JA, 2020-III. Cita Online: AR/DOC/2449/2020).

Así, se advierte que el requisito de afectación del derecho de acceso a la justicia, también comprende el supuesto en que el costo del reclamo individual sería mayor que el beneficio que se espera del litigio, como sucede en la presente causa.

En este sentido, considero le asiste razón al presentante quien ha manifestado que "si bien el interés individual de algunos de los licenciatarios representados por mi mandante podría justificar en varios casos la interposición de acciones individuales, como es el caso de Catrie Televisora Color SRL, ello no ocurre respecto de la mayoría de los licenciatarios representados por la ATVC en atención a que la afectación

que les causa el decreto 690/2020, es de distinta magnitud que los daños que enfrenta la aquí actora... En tal sentido, destaco que el tamaño de muchas pequeñas empresas puede tornar inviable, gravoso e incluso dificultosa la promoción de una demanda en casos como el presente, en los cuales se ven perjudicadas en menor grado que la aquí actora, o les es muy difícil recurrir a la Justicia por razón de costos, distancia, u otras complicaciones".

Cabe destacar que no escapa al tribunal que el inicio de un proceso judicial insume numerosos gastos que incluyen los honorarios de los letrados, la tasa de justicia, el pago de las obligaciones previsionales y colegiales, como así también los gastos del proceso, (como por ejemplo los gastos asociados a las notificaciones) y que muchas empresas se verían desalentadas de iniciar un proceso judicial de manera autónoma, en virtud de carecer de los recursos suficientes para ello. En el caso de autos, la incidencia de dichos gastos en los recursos de los miembros del colectivo, agravaría una situación económica que de por sí resulta complicada, justamente en virtud de las medidas cuya declaración de inconstitucionalidad se reclama. En definitiva, concluyo qué de no aceptarse la presente acción, se vería alterada la tutela judicial efectiva respecto de los integrantes de la clase.

Que, habiendo definido que nos encontramos frente a uno de los casos paradigmáticos de procedencia de la acción colectiva por la afectación del derecho de acceso a la justicia, cabe destacar que aun de interpretarse que dicho derecho no se encuentra afectado, la vía resulta igualmente procedente; pues la naturaleza de los derechos comprometidos excede el interés de cada parte en virtud de la transcendencia social que reviste el derecho de propiedad y ejercicio de libre industria lícita, los que deben ser protegidos por el Estado con un carácter preeminente, cuidando que el cercenamiento que se efectúa de los mismos sea razonable, no pudiendo las garantías derechos y principios reconocidos por la constitución, ser alterados sustancialmente.

En este sentido, el hecho de que el acto lesivo provenga del Estado, no es óbice para que exista un fuerte interés estatal en su protección. Así, si bien la lesión se origina en uno de los órganos estatales —el poder Ejecutivo— pero la tutela del derecho afectado también corresponde al Estado a través de otro de sus órganos, el poder judicial que integra el sistema de frenos y contrapesos propio de los sistemas republicanos como el que impera en Argentina.

Por su parte, la entidad de los derechos comprometidos y su trascendencia social se inscriben en un contexto social y económico que agudiza el peligro de su afectación, y en el que las constantes cargas tributarias e injerencias estatales han producido el colapso empresarial. Es de público conocimiento que el sector privado está tratando de mitigar las consecuencias, algunas veces priorizando la estructura societaria —recortando personal— y otras priorizando el empleo a costa de desembolsos. (conf. Bustillo, María del Rosario. Empresas bajo injerencia social. Publicado en: SJA 01/07/2020, 23 - JA 2020-III. Cita Online: AR/DOC/1718/2020). Lo reseñado es relevante, en la medida en que la gravedad de la afectación de los derechos en jaque guarda estricta relación con la realidad imperante.

Como corolario de todo lo expuesto, considero que en el caso de autos se verifican los recaudos definidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el Reglamento de Actuación en Procesos Colectivos (Acordada 12/2016), pues ha sido identificada la causa normativa común que provoca la lesión a los derechos, se ha advertido que la pretensión se encuentra focalizada en los efectos comunes y que se encuentra en juego el derecho de acceso a la justicia por parte de los integrantes del colectivo identificado.

IV. Que, habiéndose cumplimentado con lo exigido en la Acordada 12/2016, punto II.2, incs. d y e), corresponde en este estado y conforme a lo normado por la Acordada identificar el colectivo involucrado en el caso y justificar su adecuada representación.

En cuanto a la identificación del colectivo involucrado en la clase, se debe tener presente que "la definición de la clase es crítica para que las acciones colectivas puedan cumplir adecuadamente con su objetivo" en la medida que "la adecuada y detallada determinación del conjunto de perjudicados por una conducta u acto permite delimitar los alcances subjetivos del proceso y de la cosa juzgada y, además, aparece como un recaudo esencial para que los tribunales de justicia puedan verificar la efectiva concurrencia de los requisitos establecidos en la jurisprudencia de esta Corte para la procedencia de la acción. Solo a partir de un certero conocimiento de la clase involucrada el juez podrá evaluar, por ejemplo, si la pretensión deducida se concentra en los efectos comunes que el hecho o acto dañoso ocasiona o si el acceso a la justicia se encontrará comprometido de no admitirse la acción colectiva." (CSJN en autos "Asociación Protección Consumidores del Mercado Común del Sur c. Loma Negra Cía. Industrial Argentina SA y otros" [CSJ 566/2012 (48-A); CSJ 513/2012 (48-A)/RH1; CSJ 514/2012 (48-A)/RH1], sentencia del 10/02/2015, considerando 9°. "Consumidores Libres Cooperativa Ltda. Prov. Serv. Acc. Como c. AMX Argentina (Claro) s/ proceso de conocimiento" (Expte. N° CSJ 1193/2012 (48-C)/CS1), sentencia del 09/12/2015).

En el caso de autos, el decreto de fecha 690/2020 cuya inconstitucionalidad se solicita, fue dirigido a todos los licenciatarios y las licenciatarias de los servicios de las Tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC), por lo que son estos quienes se encuentran afectados por su dictado. De tal manera, la "clase" está constituida por todas las empresas y otras asociaciones que conforman la industria del cable y Servicios TICS, que se encuentran asociados a ATVC, por presentar todas ellas características comunes y homogéneas y por pertenecer a la entidad aglutinante que invoca la representación de sus respectivos derechos.

Con respecto a la adecuada representación del colectivo, entiendo que estamos frente a un litigio representativo, es decir uno en el que una persona representa los reclamos o defensas del grupo sin que sea necesario que sus integrantes concurran personalmente al pleito, o que expresen voluntad alguna de quedar vinculados al resultado del proceso. En casos como estos, la manifestación de voluntad, en su caso, deberá ser expresada explícitamente para quedar fuera de la órbita de la demanda representativa. Por ello es denominado mecanismo de "opt out". La representación adecuada es el modo en que el legitimado extraordinario se "auto postula" como el portador de la voz del grupo en conflicto y, bajo un riguroso control de sus condiciones, a efectos de garantizar la eficaz tutela de todos los derechos comunes, les hace extensivas las consecuencias de ese proceso al grupo (José María Salgado, Conflicto masivo y proceso. Ponencia General. Comisión 3 civil: "Sistemas de resolución de conflictos masivos". XXX Congreso Nacional de Derecho Procesal. Disponible en: https://classactionsargentina.files.wordpress.com/2019/09/salgado-josc3a9-m.-conflicto-masivo-y-proceso.pdf).

En el caso en estudio, debe analizarse si la Asociación Argentina de Televisión por Cable (ATVC) tiene la representación adecuada en este proceso. A este respecto, se advierte que la noción de "representación adecuada" proviene del derecho estadounidense, específicamente de la Regla Federal 23 que define a la clase como certificada siempre que los representantes protejan justa y adecuadamente los intereses de aquella.

José María Salgado expresa que: "...en todos los supuestos la legitimación extraordinaria se asumirá por autoproclamación, sin que esta pueda estar establecida por una designación externa; luego la admisión como tal deberá sortear una serie de pautas que aseguren que quien se presente en ese carácter realmente pueda ejercerlo en forma idónea. De tal suerte, la gestión ejercida por el legitimado en forma será en beneficio y llegado el caso también podrá perjudicarla, de la clase en función de la cual efectúa el reclamo...". Asimismo, el autor explica que la eficacia de la cosa juzgada se extiende a todos los miembros de la clase ausentes en el proceso colectivo, siempre que sus derechos hubieran sido defendidos de forma tal que ellos mismos no podrían haberlo hecho mejor de haberse presentado por su cuenta (Los derechos de Incidencia colectiva en la jurisprudencia de la CSJN. Ed. Rubinzal-Culzoni 2010, ps. 40 y 49).

Por su parte, el Reglamento de Actuación en Procesos Colectivos instrumentado en la Acordada 12/2016 de la CSJN exige que el representante justifique la adecuada representación del grupo, como único requisito. Ahora bien, al no determinar qué características debe revestir este representante, debemos tener en cuenta que nuestro tribunal supremo, en "Halabi", explicitó que el requisito en cuestión se refiere a la idoneidad de quien pretende asumir la representación del grupo.

El contenido que define a la idoneidad, la que a su vez hace a la adecuada representación de la clase, se refiere a las peculiares características de quien pretende ejercerla y que connotan una especial aptitud, capacidad, pericia y habilidad para ello. Claro ejemplo de la definición de idoneidad como sustento de la adecuada representación se encuentra contenida en el Código Modelo de Procesos Colectivos Para Iberoamérica que establece que en el análisis de la representatividad adecuada el juez debe analizar datos como la credibilidad, capacidad, prestigio y experiencia del legitimado; sus antecedentes en la protección judicial y extrajudicial de los intereses o derechos de los miembros del grupo, categoría o clase; su conducta en otros procesos colectivos; la coincidencia entre los intereses de los miembros del grupo, categoría o clase y el objeto de la demanda; el tiempo de constitución de la asociación y la representatividad de esta o de la persona física respecto del grupo, categoría o clase.

En cuanto a la personería jurídica de la ATVC, de la documental acompañada surge que esta es una entidad gremial empresaria, con personería otorgada por Resolución N° 000501 de fecha 03/06/1994 de la Inspección General de Justica.

Para justificar la posición procesal colectiva pretendida, la Asociación acompañó copia de su estatuto. En él se establece que esta tiene por fin —entre otros— la de agrupar a las personas físicas y jurídicas titulares de licencias privadas para explotar servicios cerrados de radiodifusión vinculados por cable, por medio radioeléctrico o por cualquier otro medio o sistema, tales como circuitos cerrados de televisión y de audiofrecuencia, antenas comunitarias, circuitos cerrados aéreos codificados y otros de estructura análoga que transmitan programaciones de televisión y/o

sonoras, como así también en forma complementaria servicios de informática y otros análogos, con destino a públicos abonados a dichos servicios así como a empresas e instituciones relacionadas con esa actividad. Asimismo, se especifica que su propósito es ejercer la representación de sus asociados ante los poderes públicos nacionales, provinciales y municipales, así como ante sectores privados en defensa, preservación y promoción de sus intereses, e interponer —con la conformidad expresa y por escrito de uno o más asociados— las acciones judiciales pertinentes y en especial la acción de amparo, en nombre y representación de sus asociados, contra todo acto u omisión de autoridad pública que lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta los derechos y garantías reconocidos por la Constitución Nacional.

En este orden de ideas, es claro que la Asociación posee interés jurídico en evitar la aplicación del Decreto 690/2020 respecto de sus representados mediante esta acción judicial, por cuanto dicha acción se subsume en los objetivos y fines que motivan su existencia al ser la presente causa la vía por la cual la entidad persigue la defensa de los derechos de sus representados que considera lesionados.

En definitiva, y por las razones enunciadas, es que considero que la Asociación Argentina de Televisión por Cable (ATVC) tiene la representación adecuada que permite otorgarle legitimación activa en la esta acción colectiva.

V. Que, tratándose el presente de un litigio representativo, los integrantes de la clase no deben concurrir a manifestar su expresión de vincularse al presente proceso, pero sí deben manifestar explícitamente su voluntad de quedar fuera del mismo (Sistema opto out). Es decir, la sentencia alcanzará en sus efectos al integrante de la clase, siempre y cuando este no se presente en el proceso para manifestar expresamente su "opción para salir" del mismo.

A efectos de garantizar el ejercicio de la opción definida anteriormente, es que la Corte Suprema de Justicia estableció en "Halabi" la exigencia de la debida notificación a quienes integran la clase. Para ello, y habida cuenta que la ATVC constituye una entidad aglutinante de las empresas alcanzadas por los efectos de la presente acción, deberá esta informar al Tribunal las diferentes formas habituales de comunicación respecto de estas a fin de evaluar aquella que resulte más idónea para notificarles de la tramitación de la causa.

VI. Que, por último, debo destacar que el carácter colectivo de esta controversia y el efecto expansivo de la sentencia a dictarse, ya han sido reconocidos por la Corte Suprema en el caso "Municipalidad de Berazategui" (cons. 3°), donde el Tribunal también destacó la necesidad de evitar pronunciamientos contradictorios derivados de procesos colectivos en los que se ventilan pretensiones sobre un mismo bien jurídico (cons. 6°). En este espíritu se inscribe el punto V del Reglamento de Actuación en Procesos Colectivos; por lo que, a fin de cumplimentar el mismo, ordenase la inscripción del presente proceso en el Registro de Juicios Colectivos. En la inscripción a realizarse constará:

1. Composición del colectivo: Todas las empresas y otras asociaciones que conforman la industria del cable y Servicios TICS, que se encuentran asociados a ATVC.

2. Objeto de la pretensión: Declaración de nulidad e inconstitucionalidad del Decreto de Necesidad y Urgencia 690/2020 y de todos aquellos que sean su consecuencia así como la obtención de una medida cautelar a fin de disponer la suspensión de su aplicación.

VII. Que, en este estado, corresponde resolver respecto de la solicitud efectuada en cuanto a que se amplíe la medida cautelar otorgada en autos, es decir, que esta tenga efectos respecto de todos y cada uno de los licenciatarios colectivamente representados por la ATVC.

A tal efecto, debo remitirme a los fundamentos esgrimidos al dictar la resolución por medio de la cual se otorgó la medida cautelar en autos, con algunas salvedades a tenerse en cuenta en virtud del efecto expansivo propio de las causas colectivas como la que nos convoca.

En lo que respecta a la verosimilitud del derecho, debe estarse a lo ya resuelto por cuanto argumentos allí expuestos resultan plenamente aplicables. En efecto, reitero que los derechos que se encuentran comprometidos (propiedad, ejercer industria licita y competencia) tienen raigambre constitucional y convencional, conforme lo he detallado previamente al momento de otorgar la medida cautelar en relación a quien fuera originalmente la demandante; así como también he explicitado anteriormente en esta misma resolución.

En cuanto al peligro en la demora, el requisito exige que a la falta de adopción de la cautelar, sobrevenga un perjuicio o daño inminente que transformará en tardío el eventual reconocimiento del derecho invocado como fundamento de la pretensión. Se trata del "temor de un daño jurídico, es decir, la inminencia de un posible daño a un derecho o a un posible derecho" (Chiovenda, Giuseppe, Instituciones de derecho pro-

cesal civil, T. I, p. 299). En el caso de autos, se cumple con el requisito al verificarse que, de no adoptarse la medida cautelar solicitada, será muy difícil reponer las cosas a su estado anterior o reparar el daño generado por la aplicación de la norma; pues la continuidad de su vigencia implica la concreción de un daño continuado, que no se agota en un único acto y cuyo perjuicio económico tendrá carácter acumulativo, pudiendo inclusive llegar a ocasionar daños ulteriores que afecten la existencia misma de las empresas alcanzadas por ella. En efecto, más allá de la situación financiera y económica particular de cada una de las empresas representadas, queda claro el perjuicio económico que estas sufrirían de no adoptarse la medida. En este sentido, es evidente que todas las empresas que se encuentran comprendidas en el Decreto 690/2020 corren riesgo de presentar perjuicios económicos derivados de la imposibilidad de actualizar precios, aunado a la obligación de prestar un servicio mínimo de contenidos y la caracterización de los Servicios de Tecnologías de la información y las comunicaciones como servicio público esencial y estratégico en competencia.

Asimismo, el peligro es inminente, pues los daños derivados de la vigencia del decreto son actuales en la medida en que la aplicación de la norma ya se ha verificado y continuará haciéndolo.

En conclusión, no cabe duda que de continuarse con la aplicación de la normativa se generaría un daño de difícil reparación ulterior. Cabe destacar que el daño no se configuraría únicamente respecto de los licenciatarios, sino también respecto de los usuarios y consumidores, quienes —en última instancia— podrían ver detraído el servicio de telecomunicación por la imposibilidad de las empresas de prestarlo adecuadamente.

VIII. Que lo expuesto anteriormente no implica desconocer que el derecho al acceso a Internet reviste suma importancia ni negar que deba garantizarse su pleno ejercicio en la sociedad. Lo que aquí se cuestiona es la forma en que dicha garantía se articula, pues no puede ser prestada irrazonablemente en detrimento del derecho de los particulares de modo tal que no exista una adecuada proporcionalidad entre el fin pretendido y el medio utilizado para alcanzarlo. Es decir, tanto el derecho de acceso a internet como los derechos de propiedad y ejercicio de libre industria lícita merecen tutela estatal, y garantizar uno de ellos no significa que pueda limitarse de forma irrazonable el otro.

Para determinar la razonabilidad o no de la alteración de un derecho, la Corte Interamericana de derechos Humanos, en el caso "Kimel vs. Argentina" sostuvo que: "la solución del conflicto que se presenta entre ciertos derechos requiere el examen de cada caso, conforme a sus características y circunstancias, para apreciar la existencia e intensidad de los elementos en que se sustenta dicho juicio".

Así, este tribunal internacional para resolver el caso, efectuó un análisis ponderativo entre el derecho en juego y las medidas que lo restringían, a efectos de verificar si la restricción era razonable.

Trayendo el análisis ponderativo referido anteriormente al caso que nos ocupa, debe considerarse si la restricción resulta estrictamente proporcional, "de tal forma que el sacrificio inherente a aquella no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal limitación". Así en el litigio que motiva la presente, debemos tener en cuenta que garantizar el acceso a internet constituye un fin idóneo y legítimo y debe ser promovido su goce por parte de todos los ciudadanos. Sin embargo, ello no significa que cualquier medio dispuesto a dicho fin —en el caso el decreto de necesidad y urgencia 690/2020— sea razonable y por ende válido.

En este punto, resulta claro que el sacrificio no solo resulta desmedido sino que también puede resultar perjudicial incluso para aquellos a quienes el derecho debe garantizarse; pues la afectación de los derechos de las empresas prestatarias repercutirá, sin lugar a dudas, en la calidad del servicio a prestarse, o inclusive en la posibilidad misma de hacerlo. En este sentido, se advierte que la instrumentación del Decreto 690/2020 no resulta una vía razonable para lograr la finalidad de garantizar el derecho de acceso a internet por parte de los ciudadanos; pues la proporcionalidad que debe existir entre el derecho afectado por la restricción y el objetivo perseguido, no se verifica.

Por otra parte, en cuanto a la necesidad de la medida utilizada, la Corte IDH ha sostenido que el ejercicio de cada derecho fundamental tiene que hacerse con respeto y salvaguarda de los demás derechos fundamentales, lo que no hace sino reafirmar la conclusión a la que arribara anteriormente.

Por su parte el Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas ha exhortado a los Estados a que "promuevan y faciliten el acceso a Internet y la cooperación internacional encaminada al desarrollo de los medios de comunicación y los servicios de información y comunicación en todos los países." Ahora bien, es al Estado a quien le cabe velar por el acceso a Internet, por lo que resulta ilegítimo que este desplace la carga que compete exclusivamente al poder público hacia los privados, afectando su normal desenvolvimiento y sus derechos esenciales.

Teniendo en cuenta lo reseñado anteriormente, considero que corresponde hacer lugar a la petición efectuada y expandir los efectos de la medida cautelar dictada con fecha 10 de marzo del corriente a los miembros de la clase definida ut supra.

Por lo expuesto resuelvo: 1. Hacer lugar a la solicitud de intervención de tercero efectuada por el Dr. Gerardo Pio Viramonte, en su carácter de apoderado de la Asociación Argentina de Televisión por Cable (ATVC). 2. Encauzar el presente proceso como colectivo, estando al trámite de juicio sumarísimo ya impreso en autos, con las particularidades que resultan propias del presente proceso colectivo. 3. Delimitar la clase afectada a las industrias del cable y Servicios TICs, que se encuentran asociadas a ATVC. 4. Ordenar la inscripción del presente proceso en el Registro de Procesos Colectivos. 5. Ordenar al representante legal de la ATVC que informe al Tribunal las diferentes formas habituales de comunicación con los miembros que integran la clase, a fin de evaluar aquella que resulte más idónea para notificarle a estos la tramitación de la causa. 6. Ordenar al Estado Nacional que suspenda la aplicación y ejecución del Decreto de Necesidad y Urgencia N° 690/2020, como así también de toda norma que se haya dictado como consecuencia y fundamento de aquel, debiendo el PEN y ENACOM, abstenerse de emitir y llevar a cabo acto alguno con fundamento en dichas normas, hasta tanto se dicte sentencia definitiva en autos, con respecto a todas las empresas que conforman la clase aquí certificada. A tal efecto líbrese oficio a la dirección de Balcarce N° 60, Ciudad Autónoma de Buenos Aires. 7. Protocolícese y hágase saber. — *Ricardo Bustos Fierro.* — *María A Herrera*.

La legitimación de las asociaciones para la defensa de los derechos de incidencia colectiva referidos a intereses individuales homogéneos

A propósito de la reciente sentencia en la causa "Catrie Televisora Color SRL"

Juan Cruz Azzarri (*)
Milagros Lezica (**)

Sumario: I. Introducción.— II. El caso.— III. La legitimación colectiva de las asociaciones.— IV. La legitimación de las asociaciones para representar a sus asociados.— V. Algunas reflexiones acerca del caso. Conclusiones.

I. Introducción

El motivo del presente trabajo es volver **(1)** a abordar la cuestión relativa a la legitimación colectiva de las asociaciones a propósito de la reciente sentencia dictada por el Juzgado Federal de Córdoba N° 1 en la causa "Catrie Televisora Color SRL c. Estado Nacional s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad" (Expediente N° 858/2021), dictada el 30/03/2020 **(2)**.

Creemos que dicha sentencia nos presenta la oportunidad de volver a pensar la cuestión de la legitimación de las asociaciones para la impugnación de regulaciones económicas y de mercados, y delimitar sus alcances.

II. El caso

II.1. La petición de adhesión litisconsorcial activa de la Asociación Civil

Con fecha 17/03/2021, la Asociación Argentina de Televisión por Cable ("ATVC") solicitó la

(*) Abogado por la Universidad Católica Argentina, especialista de derecho administrativo económico por esa universidad y magister por la Universidad de Virginia, EE. UU. Es socio del estudio Martínez de Hoz & Rueda y profesor de grado y posgrado de Derecho Administrativo de la Universidad Católica Argentina. También es integrante del instituto de derecho administrativo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

(**) Abogada por la Universidad Austral, asociada del estudio Martínez de Hoz & Rueda. Actualmente se encuentra cursando la Maestría en Derecho Administrativo de la Universidad Austral.

(1) ORTIZ, Daniel R., AZZARRI, Juan Cruz, "Las asociaciones y su legitimación activa: una comparación entre el sistema estadounidense y el argentino", ED Administrativo 2010-624.

(2) La sentencia se encuentra disponible en el Sistema de Consultas Web del Poder Judicial de la Nación: http://scw.pjn.gov.ar/scw/expediente.seam?cid=629323.

adhesión litisconsorcial activa, en los términos del art. 90 inciso 2 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación ("Cód. Proc. Civ. Com."), en la causa "Catrie Televisora Color SRL otro c. Estado Nacional y otro s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad", que tramita por ante el Juzgado Federal de Córdoba N° 1.

La causa mencionada fue iniciada por Catrie Televisora Color SRL ("Catrie Televisora") mediante la interposición de una acción declarativa de inconstitucionalidad contra el DNU 690/2020 ("DNU 690"), mediante el cual el Poder Ejecutivo nacional ("PEN") declaró a los Servicios de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC) como servicios públicos esenciales y estratégicos en competencia **(3)**. Asimismo, solicitó el dictado de una medida cautelar en los términos del art. 13 de la ley 26.854 de Medidas Cautelares contra el Estado para que se suspendan los efectos del DNU 690 y de toda otra norma que se haya dictado como consecuencia de aquel. También solicitó la declaración de inconstitucionalidad del art. 13 inc. 3 de la mencionada ley 26.854 en cuanto dispone que el recurso de apelación contra la resolución suspensiva de un acto de naturaleza legislativa tendrá efectos suspensivos.

La pretensión de la ATVC se expuso en los siguientes términos:

"... solicito a V.S. que:

"[...] (ii) Amplíe la medida cautelar que ha sido dictada en favor de 'Catrie Televisora Color SRL y disponga que la suspensión decretada por la misma respecto del DNU 690 dictado con fecha 21 de agosto de 2020 y publicado en el Boletín Oficial al día siguiente y de todo acto dictado en consecuencia, tenga efectos con relación a todos y cada uno de los asociados de ATVC colectivamente representados por dicha asociación, debiendo el ENACOM abstenerse de continuar dictado actos con fundamento en aquella norma.

"[...] Dejo constancia que mediante esta presentación se busca garantizar la defensa de los derechos constitucionales de todos los asociados representados por la ATVC los cuales se ven actualmente amenazados y perjudicados por las medidas dispuestas por el DNU 690 dictado con fecha 21 de agosto de 2020 y publicado en el Boletín Oficial al día siguiente, y demás actos dictados en consecuencia por el ENACOM.

"[...] todos los actos impugnados son actos de alcance general que vulnerar y restringen el ejercicio del derecho de propiedad, de contratar y de libertad de comercio de todos los licenciatarios representados por ATVC [...]" **(4)**.

Es decir, la ATVC adhirió a la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por Catrie Televisora Color, solicitando se declare la inconstitucionalidad del DNU 690; y solicitó se amplíe la medida cautelar suspensiva ya decretada por el Juzgado Federal N° 1 el 10 de marzo de 2021 **(5)**, en favor de las empresas licenciatarias asociadas a aquella.

Así, de acuerdo con los términos expresos de su presentación, ATVC se presentó en representación de sus asociados y en defensa de sus derechos constitucionales supuestamente vulnerados por el DNU 690. Si bien en ciertas ocasiones la ATVC se refirió a que actuaba en representación de los "licenciatarios de los servicios Tics.." o "en protección de los derechos subjetivos constitucionales del sector que representa..", o que el "...decreto 690/2020 [...] lesiona los derechos individuales constitucionales de todos los licenciatarios del país y en particular los que integran ATVC"; lo cierto es que su pretensión comprendió únicamente a los licenciatarios y asociaciones que nuclean a estos, que se encuentran asociados a ATVC.

Para sustentar su legitimación, la ATVC refirió a sus estipulaciones estatutarias, que le otorgarían legitimación para actuar en representación

(3) Un análisis sobre el DNU 690 puede encontrarse en Juan Cruz Azzarri, "El decreto de necesidad y urgencia 690/20: una oportunidad para pensar sobre los decretos de necesidad y urgencia, su control parlamentario, los servicios públicos y los principios de subsidiariedad y razonabilidad", ED Administrativo, agosto 2020-Número 8, 10 de septiembre de 2020.

(4) Extraído del escrito de demanda de la ATVC, disponible en el Sistema de Consultas Web del Poder Judicial de la Nación: http://scw.pjn.gov.ar/scw/expediente.seam?cid=629323.

(5) La sentencia se encuentra disponible en el Sistema de Consultas Web del Poder Judicial de la Nación: http://scw.pjn.gov.ar/scw/expediente.seam?cid=629323.

de sus asociados; y a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ("CS") sobre legitimación colectiva en causas referidas a intereses individuales homogéneos. Así, la ATVC citó en apoyo de la legitimación pretendida al fallo "Halabi", explicando por qué a su consideración se encontraban dados los requisitos exigidos por la CS en dicho precedente, que luego fueron positivizados a través de la Acordada 12/2016.

II.2. La sentencia del Juzgado Federal de Córdoba N° 1

Con fecha 30/03/2021, el Juzgado Federal de Córdoba N° 1 dictó la sentencia que en el presente trabajo se comenta (la "Sentencia").

A través de la Sentencia, el Juzgado (i) reconoció legitimación activa y colectiva a la ATVC, delimitando al colectivo representado en aquellas "industrias del cable y Servicios TICs, que se encuentran asociadas a ATVC"; (ii) encauzó el proceso como colectivo; (iii) ordenó la inscripción del proceso en el Registro de Procesos Colectivos; (iv) ordenó a ATVC que informe las formas habituales de comunicación con los miembros que integran el colectivo representado "a fin de evaluar aquella que resulte más idónea para notificarle a estos la tramitación de la causa"; y (v) ordenó al Estado nacional que suspenda la aplicación y ejecución del DNU 690 y toda otra norma dictada en su consecuencia, "con respecto a todas las empresas que conforman la clase [...] certificada [i.e. las empresas y asociadas nucleadas por ATVC]".

En lo que aquí interesa, a efectos de reconocerle legitimación colectiva a ATVC, el Juzgado analizó si en el caso se daban los supuestos de procedencia del proceso colectivo.

Así, en primer lugar, el Juzgado analizó si se daban los requisitos de viabilidad de la acción colectiva. Para ello, y luego de realizar un repaso sobre las tres categorías de derechos reconocidos por la CS en el precedente "Halabi" (derechos individuales, derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos y derechos de incidente colectiva que tienen por objeto intereses individuales homogéneos), el Juzgado consideró que en el caso se estaba ante la última categoría, es decir, de un "supuesto de afectación a derechos de incidencia colectiva referidos a intereses individuales homogéneos".

En segundo lugar, una vez determinada la categoría del derecho involucrado, el Juzgado analizó si, en el caso, se encontraban acreditados los requisitos que, para ese tipo de acciones, la CSJN estableció en la Acordada 12/2016 y a lo largo de su jurisprudencia; es decir: (i) una causa fáctica o normativa común que provoca la lesión a los derechos; (ii) que la pretensión se encuentre focalizada en los efectos comunes; (iii) la afectación del derecho de acceso a la justicia de los integrantes del colectivo involucrado.

En relación con el primer requisito, el Juzgado entendió que la causa fáctica o normativa común que provocaba la lesión a los derechos constitucionales alegados por ATVC (derecho de propiedad, libre competencia y de ejercicio de libre industria) era el dictado del DNU 690.

Respecto al segundo requisito, el Juzgado consideró que la acción intentada por ATVC (de inconstitucionalidad del DNU 690 y la pretensión cautelar suspensiva contra este) se encontraba enfocado en los efectos comunes del DNU 690, y no en los daños que individualmente el colectivo pudiera reclamar. Así, el Juzgado expresó que "...la acción no tiene por objeto reclamar los daños y perjuicios sufridos por cada actor individualmente, sino que el efecto pretendido es aquel que resulta común a los accionantes y a quienes en definitiva se verán alcanzados por el dictado de la resolución de fondo"; y que "...el efecto que busca la acción al perseguir la declaración de su inconstitucionalidad, es común en relación a los prestadores referidos; verificándose el requisito de que la pretensión esté focalizada en los efectos comunes".

Por último, en relación con el tercer requisito, el Juzgado consideró que, en el caso, de no hacerse lugar a la legitimación colectiva de la ATVC, se afectaría el derecho de acceso a la justicia del colectivo representado. De acuerdo con el entendimiento del juzgador, se encontraba acreditado dicho requisito en autos en tanto el costo que supondría iniciar un reclamo individual contra el DNU 690 sería mayor que el beneficio que se esperaría de tal litigio. Expresó en este sentido que "la incidencia de dichos gas-

tos [honorarios, tasa de justicia, pago de obligaciones previsionales y colegiales y gastos del proceso], en los recursos de los miembros del colectivo, agravaría una situación económica que de por sí resulta complicada, justamente en virtud de las medidas cuya declaración de inconstitucionalidad se reclama. En definitiva, concluyo que, de no aceptarse la presente acción, se vería alterada la tutela judicial efectiva respecto de los integrantes de la clase".

Sin perjuicio de lo anterior, el Juzgado también entendió que, aún de considerarse de que el acceso a la justicia no se encontraría vulnerado de no hacerse lugar a la legitimación de la ATVC, igualmente procedería reconocerle legitimación colectiva a la ATVC atento a que "la naturaleza de los derechos comprometidos excede[ría] el interés de cada parte en virtud de la trascendencia social que reviste el derecho de propiedad y ejercicio de libre industria lícita, los que deben ser protegidos por el Estado con un carácter preeminente, cuidando que el cercenamiento que se efectúa de los mismos sea razonable, no pudiendo las garantías[,] derechos y principios reconocidos por la [C]onstitución, ser alterados sustancialmente".

Sumado ello, el Juzgado hizo énfasis en el contexto social y económico imperante considerando que este agudizaría la afectación que el DNU 690 cuestionado ocasionaría a los derechos alegados por la ATVC; considerando que ello "...es relevante, en la medida en que la gravedad de la afectación de los derechos en jaque guarda estricta relación con la realidad imperante".

Así, el Juzgado concluye que en el caso se dan los requisitos de viabilidad de los procesos colectivos referidos a intereses individuales homogéneos.

Cumplido dicho presupuesto, el Juzgado se avocó a dar cumplimiento al punto II.2, incisos d) y e) de la Acordada 12/2016, identificando al colectivo involucrado en la causa y justificando su representación adecuada por ATVC.

Sobre el primer punto, el Juzgado expresó que el colectivo afectado por el dictado del DNU 690 eran "todos los licenciatarios y las licenciatarias de los servicios de las Tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC) [...]". Sin embargo, el Juzgado limitó la clase o colectivo representado por la ATVC a "todas las empresas y otras asociaciones que conforman la industria del cable y Servicios TICS, que se encuentran asociados a ATVC, por presentar todas ellas características comunes y homogéneas y por pertenecer a la entidad aglutinante que invoca la representación de sus respectivos derechos". Es decir, el Juzgado no incluyó dentro del colectivo a aquellas licenciatarias de los Servicios TICS que no se encuentran asociadas a la ATVC.

Respecto al segundo punto, el Juez concluyó que la ATVC tenía la representación adecuada del colectivo afectado, significando ello que aquella tenía idoneidad suficiente para "asumir la representación del grupo". Así, el Juzgado expresó: "es claro que la Asociación posee interés jurídico en evitar la aplicación del dec. 690/2020 respecto de sus representados mediante esta acción judicial, por cuanto dicha acción se subsume en los objetivos y fines que motivan su existencia al ser la presente causa la vía por la cual la entidad persigue la defensa de los derechos de sus representados que considera lesionados".

Por lo expuesto, el Juzgado reconoció la legitimación activa colectiva de la ATVC para adherir a la acción meramente declarativa de inconstitucionalidad interpuesta por Catrie Televisora SRL en representación de las empresas y asociaciones de la industria del cable y Servicios TICS, que se encuentren asociadas a aquella.

A la fecha de la preparación del presente trabajo, la Sentencia se encuentra apelada por el Estado nacional y el Ente Nacional de Comunicaciones. Dichos recursos fueron concedidos el 13/04/2021 y el 26/04/2021 respectivamente. Cabe aclarar que, a la fecha mencionada, no se ha corrido traslado de la demanda de inconstitucionalidad, sino que solo se ha notificado el dictado de la medida cautelar suspensiva de los efectos del DNU 690.

III. La legitimación colectiva de las asociaciones

III.1. La legitimación previa a la reforma constitucional de 1994

El instituto de la legitimación puede ser analizado desde una doble perspectiva.

La primera de ellas, sustancial, otorga relevancia a la situación jurídica en la que se encuentran ciertas personas respecto del objeto de la pretensión procesal (*legitimatio ad causam*) **(6)**.

La segunda, estrictamente procesal, alude a la capacidad procesal o aptitud para que un sujeto intervenga en calidad de parte en una determinada acción judicial (*legitimatio ad processum*).

Tradicionalmente, el proceso judicial fue entendido como un medio para la solución de conflictos entre partes, en el que los derechos del "público" o de un "sector" de la sociedad no eran tomados en cuenta **(7)**. Se tutelaban únicamente los intereses individuales y se reducía toda la cuestión relativa al acceso a la jurisdicción a determinar la adecuación entre la titularidad jurídica que se afirmaba y el objeto jurídico que se pretendía **(8)**.

De este modo, la entrada al proceso venía determinada por "alguien" a quien se conocía, se personalizaba, y sobre el que se proyectaban los requisitos de acreditar la pertenencia exclusiva del derecho invocado **(9)**.

El derecho subjetivo, en su faz individual, era visto entonces como la única vía de acceso a la protección judicial **(10)**, impidiendo de este modo, prácticamente, la legitimación de las asociaciones para actuar en defensa de sus miembros **(11)**.

III.2. La legitimación luego de la reforma constitucional de 1994: se abre la puerta para la legitimación colectiva

La reforma constitucional de 1994, además de reconocer nuevos derechos y garantías, reconoció constitucionalmente la legitimación de las asociaciones para la defensa de derechos colectivos.

En concreto, los arts. 41 y 42 de la Constitución nacional incorporan los llamados "derechos de tercera generación", referidos al medio ambiente, a los consumidores y usuarios en la relación de consumo, a la defensa de la competencia, a la eficiencia y calidad de los servicios públicos y a la constitución de asociaciones de usuarios y consumidores **(12)**.

---

(6) Cfr. CAPUTI, María Claudia, "Legitimación de las Asociaciones de Consumidores y Usuarios"; en CASSAGNE, Juan Carlos, "Tratado de Derecho Procesal Administrativo", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2007, t. I., p. 335. Ver también: SESIN, Domingo, "Control Judicial del Ejercicio de la Discrecionalidad y de los Actos Políticos" en: Juan Carlos Cassagne, "Tratado de Derecho Procesal Administrativo", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2007, t. I., p. 723.

(7) Cfr. HUTCHINSON, Tomás, "Derecho Procesal Administrativo", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, t. II, p. 266.

(8) Cfr. GOZAÍNI, Osvaldo A., "La Legitimación Procesal para Obrar en la Defensa de los llamados Intereses Difusos", AR/DOC/4127/2012.

(9) Cfr. Ibidem.

(10) Este criterio fue relativizado en ciertos supuestos. Por ejemplo, a partir de la sanción de la ley 24.240 de Defensa del Consumidor (BO. del 15/11/1993) que autorizaba a las asociaciones de consumidores a accionar judicialmente en defensa de los intereses de sus miembros (artículos 52, 55, 58). Asimismo, puede verse la Ley N° 23.187 (B.O. 28.06.1985) que en su artículo 20 inciso c) estableció que el Colegio de Abogados de la Capital Federal tendría como finalidad general, entre otras, la de defender a los miembros de dicho colegio "... para asegurarles el libre ejercicio de la profesión conforme a las leyes, velar por la dignidad y el decoro profesional de los abogados y afianzar la armonía entre ellos" y el artículo 21 inciso j) por el cual se inviste al Colegio Público de Abogados de la Capital Federal de legitimación procesal para ejercitar la "acción pública" a fin de tutelar "...la inviolabilidad del ejercicio profesional en todos sus órdenes".

(11) Cfr. DE PÉREZ CORTÉS, María Jeanneret, "La legitimación del afectado, del Defensor del Pueblo y de las asociaciones. La reforma constitucional de 1994 y la jurisprudencia", LA LEY 2003-B, 1333.

(12) Alguna jurisprudencia ha realizado una interpretación extensiva de la norma constitucional y ha incluido dentro del concepto de "derechos de incidencia colectiva" a una vasta variedad de derechos distintos de los mencionados específicamente en la norma (i.e., protección del ambiente, la competencia, el usuario o el consumidor). Entre otros, los derechos del trabajador (CNTrab., sala de feria, "Confederación General del Trabajo de la República Argentina c. Estado Nacional c. Estado Nacional - PEN", 24/01/1997, DT, 1997-A, 506), de asociaciones gremiales (Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, Sala II, "Sindicato de Vendedores de Diarios y Revistas de Tandil c. Eco de Tandil", 19/07/2002, LLBA 2003, 54; "SC Mendoza, "Círculo Médico de Mendoza c. PE de la Provincia de Mendoza", 27/10/1997, LL Gran Cuyo 1998, 136), de sindicatos de empleados públicos (SC Buenos Aires, "Quintana, Teodoro C. (UPCN) y otros", 05/12/2001, LLBA, 2002—144), intereses de entidades bancarias representadas por la Asociación de Ban-

El art. 43 de la Constitución nacional, por su parte, al regular la acción de amparo, otorgó legitimación para la interposición de esta, contra toda forma de discriminación y en defensa de los derechos que tutelan el medio ambiente, la competencia, al usuario y al consumidor y a los derechos de incidencia colectiva en general; al afectado, al Defensor del Pueblo y a las asociaciones que propendan a esos fines.

Doctrinariamente, se ha entendido que los "derechos de incidencia colectiva" a los que alude esta disposición hacen referencia a "...determinados intereses protegidos por el ordenamiento jurídico en razón de su importancia para la vida social, pero sin reconocer su pertenencia a un sujeto determinado, aun cuando este también exista como titular individual; se trataría de la socialización de ciertos intereses y de su protección, no excluyente de la subjetividad de su titularidad ni de su protección también individual" **(13)**.

Tal y como explican Hutchinson, "estamos ante 'situaciones jurídicas subjetivas', que no se esfuman ni pierden la naturaleza de tales, por la circunstancia de que cada uno de los sujetos que las titularicen compongan un grupo o conjunto humano al que le es común ese mismo interés" **(14)**.

De este modo, la reforma extendió la protección de derechos, no solo a aquellos supuestos en los que existe un conflicto de derechos meramente individuales, sino también a los conflictos que ostentan dimensiones sociales, autorizándose a su vez la intervención de nuevos sujetos en el proceso: el Defensor del Pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines. En palabras de Jeanneret de Pérez Cortés, "el expreso reconocimiento en la Constitución nacional de los llamados 'nuevos derechos' y 'derechos de incidencia colectiva' se proyecta en el ámbito de la legitimación procesal y en lo atinente a los efectos de las sentencias judiciales" **(15)**.

La CS, al momento de interpretar esta disposición constitucional por primera vez, sostuvo:

"Que el art. 43 de la Constitución Nacional (texto según la reforma de 1994), faculta para interponer acción de amparo 'contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general' a —entre otros— 'las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización'.

"Que la demandante se encuentra entre esas asociaciones, pues ha sido creada por el decreto 1192/92 con la finalidad de proveer a la defensa de los intereses de sus asociados, que son precisamente los 'grandes usuarios' de electricidad (conf. art. 3º, estatuto aprobado por el art. 5º del mencionado decreto)" **(16)**.

Con posterioridad, y remitiendo al dictamen del Procurador General de la Nación, la CS expresó:

"En tal sentido, el art. 43 de la Constitución Nacional reconoce expresamente legitimación

---

cos de la República Argentina y la Asociación de Bancos Públicos y Privados de la República Argentina (Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata, "Diglio, Betina E. c. Estado Nacional y otro", 19/12/2002, LL 2003-B, 256), y de otras asociaciones en general (CS, "Asociación de Grandes Usuarios de Energía Eléctrica de la República Argentina (AGUEERA) c. Provincia de Buenos Aires y otro", 19/08/1999).

(13) Ver COMADIRA, Julio Rodolfo, ESCOLA, Héctor Jorge y COMADIRA, Julio Pablo, "Curso de Derecho Administrativo", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, t. I, p. 124.

(14) Ver HUTCHINSON, Tomás, "Derecho Procesal Administrativo", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, t. II, p. 269.

(15) Ver DE PÉREZ CORTÉS, María Jeanneret, "La legitimación del afectado, del Defensor del Pueblo y de las asociaciones. La reforma constitucional de 1994 y la jurisprudencia", LA LEY 2003-B, 1333.

(16) Ver CS, "Asociación de Grandes Usuarios de Energía de la República Argentina (AGUEERA) c. Provincia de Buenos Aires", 22/04/1997, Fallos: 320:690. AGUEERA, asociación que nuclea a los grandes usuarios de electricidad, había demandado a la Provincia de Buenos Aires planteando la inconstitucionalidad de tres decretos provinciales que preveían un tratamiento dispar en materia tributaria en función de cuál fuese el proveedor de fluido eléctrico de los grandes usuarios de energía eléctrica de provincia de Buenos Aires. La provincia opuso excepción de falta de legitimación activa de AGUEERA.

para interponer la acción expedita y rápida de amparo sujetos potencialmente diferentes de los afectados en forma directa, entre ellos, las asociaciones, por el acto u omisión que, en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos reconocidos por la Constitución, un tratado o una ley, entre otros, los de incidencia colectiva. Al respecto, este Ministerio Público ha sostenido que la Constitución Nacional, en virtud de la reforma introducida en 1994, contempla nuevos mecanismos tendientes a proteger a usuarios y consumidores y, para ello, amplió el espectro de los sujetos legitimados para accionar, que tradicionalmente se limitó a aquellos que fueran titulares de un derecho subjetivo individual ... y, de acuerdo con ello, en tales autos, se ha expedido V.E., al rechazar la excepción de falta de legitimación, mediante sentencia del 22 de abril de 1997. Estimo oportuno aclarar que, conforme surge de los estatutos de los amparistas ... tienen por objeto la lucha contra el SIDA y, en consecuencia, están legitimadas para interponer acción de amparo contra las omisiones del Estado, por presunto incumplimiento de la ley 23.798 y de su decreto reglamentario" **(17)**.

El mismo criterio fue mantenido por la CS en fallos posteriores **(18)**.

Sin perjuicio de lo anterior, también ha habido casos en los que la CSJN ha interpretado restrictivamente el art. 43 de la Constitución nacional, rechazando las acciones interpuestas por distintas asociaciones civiles y haciendo énfasis en la necesidad de que exista (i) un "agravio diferenciado" del demandante respecto del resto de la ciudadanía en general **(19)**; y (ii) un perjuicio de orden personal, particularizado, concreto y susceptible de tratamiento judicial, indicando que la invocación de "intereses generales" por parte de las asociaciones no eran suficientes **(20)**. Este último punto fue recep-

(17) Ver CS, "Asociación Benghalensis y otros c. Estado nacional", 01/06/2000, Fallos 323:1339. En este caso, la parte actora estaba compuesta por un litisconsorcio de distintas entidades no gubernamentales que desarrollaban actividades para combatir el SIDA, junto con las cuales se presentaron varios afectados individuales. Los actores pretendían que las autoridades sanitarias nacionales cumplieran con el suministro de medicamentos que según un plan específico.

(18) Ver CS, "Mignone, Emilio Fermín s. amparo", 09/04/2002, Fallos 325:524. Asimismo, en sentido coincidente puede mencionarse: CS, "Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta c Ministerio de Salud — Estado Nacional s. acción de amparo", 18/12/2003; Fallos 326:4931; CS, "Portal de Belén — Asociación civil sin fines de lucro c- Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s. amparo", 05/03/2002, Fallos 325:292.

(19) Ver CS, "Consumidores Libres Cooperativa Limitada de Provisión de Servicios de Acción Comunitaria", 07/05/1998, Fallos: 321:1352: "Ha de recordarse igualmente que, como regla, un daño es abstracto cuando el demandante no puede expresar un agravio diferenciado respecto de la situación en que se hallan los demás ciudadanos, y tampoco puede fundar su legitimación para accionar en el interés general en que se cumplan la Constitución y las leyes... Que, desde la perspectiva expuesta, asiste razón al a quo cuando señala la falta de definición del perjuicio invocado por los demandantes, que se limitan a caracterizar la intervención dispuesta por el Poder Ejecutivo como un acto lesivo, sin concretar de qué modo ésta incide en el derecho de los usuarios en cuyo interés se declara haber dictado -precisamente- dicho acto... Resulta así evidente la falta de aptitud del reclamo para suscitar el ejercicio de la jurisdicción, pues al no concretarse qué efectos habría de tener la concesión de lo peticionado -el cese de la intervención- sobre los intereses de los usuarios del servicio telefónico, la sentencia habría de tener un sentido meramente teórico o conjetural".

(20) Cfr. CS, "Prodelco c. Poder Ejecutivo Nacional", 07/05/1998, Fallos: 321:1252. En dicho fallo, la CSJN expresó: "Así, el ejercicio de la función jurisdiccional requiere que los litigantes demuestren la existencia de un perjuicio --la afectación de un interés jurídicamente protegido--, de orden "personal, particularizado, concreto y, además, susceptible de tratamiento judicial", recaudos que han de ser examinados con particular rigor cuando se pretende debatir la constitucionalidad de un acto celebrado por alguno de los otros dos poderes del Estado ... Que la calidad de diputada nacional de una de las demandantes no incorpora elemento alguno que favorezca su posición o permita superar la falta de aptitud del planteo para ser considerado por los tribunales judiciales. En efecto, más allá de la imprecisión con que esa calidad ha sido invocada en el sub lite, tratándose de una acción de inconstitucionalidad intentada por un miembro del Congreso Nacional, que no invoca la lesión de ningún interés particular concreto, el alto cargo que desempeña carece de incidencia en el juzgamiento de la viabilidad de las pretensiones deducidas. El presunto interés institucional que subyace en la invocación de su condición de legisladora --que no ha sido investida con la representación de su Cámara-- no fue traducido, en el caso, en la afectación de un derecho diferenciable. En estas condiciones, permanecen insatisfechos los recaudos necesarios para habilitar la jurisdicción, ya que el interés institucional insinuado es abstracto e indefinido, de modo que se sitúa fuera de aquellas hipótesis que permiten su tratamiento".

tado por algunos tribunales inferiores en el entendimiento de que en nuestro ordenamiento jurídico no existe la llamada "acción popular", de modo que si no se reconocía legitimación a cualquier ciudadano para accionar cuando este carecía de un menoscabo directo, tampoco correspondía admitir la legitimación de las asociaciones en las mismas circunstancias **(21)**.

Finalmente, de conformidad con la jurisprudencia de la CS durante esta etapa, los derechos patrimoniales e individuales no se encuentran comprendidos en los supuestos de legitimación amplia que prevé el art. 43, segundo párrafo, de la Constitución nacional y, como consecuencia de ello, su tutela correspondía, de forma exclusiva, a cada uno de los afectados o potenciales afectados.

En efecto:

- En un amparo iniciado por la Cámara de Comercio, Industria y Producción de Resistencia contra el Estado nacional con el fin de que se declare la inconstitucionalidad de los artículos de la Ley de Procedimiento Tributario 11.683 que facultan al Fisco nacional a interferir, directamente, en el derecho de usar y disponer de la propiedad de los contribuyentes sin la intervención previa de un juez (embargos, secuestros, etcétera), la CS sostuvo: "...si bien la Constitución Nacional tras la reforma de 1994 ha ampliado el universo de los sujetos legitimados para accionar por la vía del amparo, que tradicionalmente estaba limitado a los que fueran titulares de un derecho subjetivo individual, esta amplitud no se ha dado para la defensa de cualquier derecho sino como medio para evitar discriminaciones y tutelar los derechos mencionados en el párr. 2º del art. 43 del texto constitucional, es decir, los que 'protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como los derechos de incidencia colectiva en general'... resulta claro que la acción de amparo que ha dado origen a estos autos no ha sido promovida en defensa de algún derecho de la naturaleza de los aludidos precedentemente, sino respecto de derechos de carácter patrimonial, puramente individuales, cuyo ejercicio y tutela —como acertadamente lo puntualiza el procurador general— corresponde exclusivamente a cada uno de los potenciales afectados, ya que —según se señaló— la protección de esta clase de derechos se encuentra al margen de la ampliación del universo de legitimados establecida por el art. 43 CN" **(22)**.

- En otro amparo interpuesto por el Colegio de Fonoaudiólogos de Entre Ríos contra el Estado nacional y la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) para que se declare la inconstitucionalidad de una serie de normas que impedían a sus representados que tuviesen una facturación anual igual o inferior a $ 36.000, asumir la posición de responsables no inscriptos frente al IVA, la CS nuevamente señaló: "...en las presentes actuaciones ... la acción de amparo ha sido deducida respecto de *derechos de carácter patrimonial, puramente individuales, cuyo ejercicio y tutela corresponde exclusivamente a cada uno de los potenciales afectados, por encontrarse la protección de esa clase de derechos al margen de la ampliación del universo de legitimados establecida por el art. 43 de la Constitución nacional*. Tales consideraciones conducen a negar legitimación procesal a la entidad actora para promover el presente amparo en procura de una decisión judicial que declare la inconstitucionalidad de normas tributarias y su consiguiente inaplicabilidad al conjunto de sus asociados" **(23)**.

- En un amparo iniciado por el Colegio de Escribanos de la Capital Federal para que se declare la inconstitucionalidad de una serie de normas que impedían la opción de registrar como responsables no inscriptos en IVA a quienes tengan ingresos brutos anuales que no superen la suma de $ 36.000, la CS, con remisión a los fundamentos de las dos causas anteriores,

(21) CNFed. Contenciosoadministrativo, sala I, "Asociación Americana de Juristas y otro c. Estado Nacional — Presidencia de la Nación s. amparo", citado en María Claudia Caputi, "Legitimación de las Asociaciones de Consumidores y Usuarios en Juan Carlos Cassagne, "Tratado de Derecho Procesal Administrativo", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2007, t. I., p. 336.

(22) CS, "Cámara de Comercio, Industria y Producción de Resistencia c. AFIP s. amparo", 26/08/2003, Fallos 326:3007 (El subrayado nos pertenece).

(23) CS, "Colegio de Fonoaudiólogos de Entre Ríos c. Estado Nacional s. acción de amparo", 26/08/2003, Fallos 326:2998. (El subrayado nos pertenece).

rechazó la acción por falta de legitimación del colegio profesional **(24)**.

Es decir, durante esta primera etapa, posterior a la reforma constitucional, la CS interpretaba que la legitimación amplia introducida por el art. 43 de la Constitución nacional se limitaba solo a aquellos supuestos en los que se encontraran en juego bienes colectivos, no susceptibles de apropiación individual.

Como se observará a continuación, a raíz del dictado del Fallo "Halabi" en el año 2009, la interpretación de la CS respecto al alcance del art. 43 de la Constitución nacional, se ha visto modificado, ampliándose para autorizar la legitimación colectiva no solo en casos de estar afectados bienes colectivos, sino también bienes individuales que, por revestir estos ciertas características, habilitan el inicio de una acción colectiva.

III.3. La legitimación colectiva luego del fallo "Halabi"

A partir del fallo "Halabi", dictado por la CS en el año 2009, la CSJN modificó su jurisprudencia respecto a la legitimación de las asociaciones en causas colectivas iniciadas en el marco del art. 43 de la Constitución nacional **(25)**.

En esta causa, la CS dispuso que, para evaluar la legitimación procesal de quien deduce una pretensión, resulta indispensable en primer término determinar "cuál es la naturaleza jurídica del derecho cuya salvaguarda se procuró mediante la acción deducida, quiénes son los sujetos habilitados para articularla, bajo qué condiciones puede resultar admisible y cuáles son los efectos que derivan de la resolución que en definitiva se dicte" **(26)**.

Precisamente para responder dichos interrogantes, la CS delimitó con precisión tres categorías de derechos: (i) individuales; (ii) de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos; y (iii) de incidencia colectiva, referentes a intereses individuales homogéneos.

En primer lugar, en relación con los derechos sobre bienes jurídicos individuales, la CS señaló que la regla general en materia de legitimación es que estos derechos son ejercidos por su titular, y que ello no se ve modificado por la circunstancia de que existan numerosas personas involucradas. Según la CS, esta categoría de derechos se encontraría comprendida en el primer párrafo del art. 43 de la Constitución nacional.

En segundo lugar, respecto de los derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos, la CS señaló que estos procesos se refieren a derechos que no reconocen su titularidad en cabeza de un solo sujeto y no son susceptibles de apropiación individual. Por el contrario, son derechos o bienes que pertenecen a la comunidad toda, son bienes indivisibles y no admiten exclusión alguna (por ejemplo, el medio ambiente). A efectos de su defensa la CS señaló la necesidad de que la pretensión se encuentre focalizada en la incidencia colectiva del derecho (ello así porque la lesión a este tipo de bienes puede tener una repercusión sobre el patrimonio individual, como sucede en el caso del daño ambiental, pero esta última acción corresponde a su titular y resulta concurrente con la primera). En este tipo de supuestos, la prueba de la existencia de un "caso" se halla relacionada con una lesión a derechos sobre el bien colectivo y no sobre el patrimonio del peticio-

(24) CS, "Colegio de Escribanos de la Capital Federal c. EN. — M°E y OSP- (monotributo) dto. 885/98 s. amparo Ley 16.986", 07/10/2003, AR/JUR/2431/2003.

(25) CS, "Halabi, Ernesto c. PEN Ley 25.873 DTO. 1563/04", 24/02/2009, Fallos 332:111. En esta causa un abogado promovió una acción de amparo en la que reclamó que se declarara la inconstitucionalidad de una ley y su decreto reglamentario, por considerar que sus disposiciones vulneraban las garantías establecidas en los artículos 18 y 19 Constitución Nacional, en cuanto autorizaban la intervención de las comunicaciones telefónicas y por internet sin que la ley determine en qué casos y con qué justificativos. El actor alegó que esa intromisión constituía una violación de sus derechos a la privacidad y a la intimidad, en su condición de usuario, a la par que menoscaba el privilegio de confidencialidad que, como abogado, ostenta en las comunicaciones con sus clientes. La CS encuadró el caso dentro de la categoría de "derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos", consideró cumplidos los requisitos para su procedencia (delineados por la CS en la misma sentencia), e hizo lugar a la acción.

(26) Ibidem.

nante o de quienes este representa. Según la CS, los legitimados activos para la defensa de estos derechos son el Defensor del Pueblo, las asociaciones que concentran el interés colectivo y el propio afectado (art. 43 de la Constitución nacional, segundo párrafo).

Finalmente, en tercer lugar, la CS se refirió a los derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos y los caracterizó como derechos individuales que, si bien son enteramente divisibles, son lesionados por un hecho, único o continuado que es común respecto de todos los sujetos afectados. En este sentido, a raíz de la existencia de una causa fáctica homogénea la demostración de los presupuestos de la pretensión es común a todos esos intereses, excepto en lo que concierne al daño que individualmente sufre cada uno de los afectados. Según la CS, en estos casos hay una homogeneidad fáctica y normativa que lleva a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño.

Aquí, al igual que en el supuesto anterior, los legitimados activos son el Defensor del Pueblo, las asociaciones que concentran el interés colectivo y el propio afectado (art. 43 de la Constitución nacional, segundo párrafo).

Los criterios delineados por la CS en el fallo "Halabi" fueron sostenidos por esta en casos posteriores. En este sentido:

(i) En el marco de una demanda interpuesta por una asociación de defensa del consumidor al amparo de la ley 24.240 y de los arts. 42 y 43 de la Constitución nacional contra una prestadora de medicina prepaga con el fin de que se declarase la ineficacia de una cláusula contenida en el contrato que vinculaba a dicha empresa con sus afiliados, la CS encuadró la pretensión de la actora en la categoría de derechos incidencia colectiva referente a intereses individuales homogéneos, y consideró cumplidos los recaudos para hacer viable la acción colectiva por cuanto (a) existía un hecho único susceptible de ocasionar una lesión al derecho de una pluralidad de sujetos que consistía en la cláusula del contrato de adhesión suscripto con la prestadora de medicina prepaga que cuestionaba la asociación; (b) la pretensión se encontraba concentrada en los "efectos comunes" que dicha cláusula generaba para toda la clase de sujetos afectados; y (c) de no reconocer legitimación procesal a la asociación, se produciría una clara vulneración del derecho de acceso a la justicia ya que, atento a que los aumentos de la cuota mensual que permitía la cláusula contractual cuestionada eran de escasa significación económica, no aparecía justificado que cada uno de los posibles afectados del colectivo involucrado promueva su propia demanda. La CS asimismo hizo énfasis en que el inicio de la acción se encontraba comprendido en el objeto estatutario de la asociación **(27)**.

(ii) Frente a una demanda iniciada contra una compañía de seguros por parte de una asociación civil, con el objeto de que se le ordene cesar en la práctica de cobrar a sus clientes —en los contratos de seguro con cobertura patrimonial— intereses sobre las cuotas de la prima que no se encontraban vencidas al momento en que se producía el siniestro y que eran descontadas de la indemnización cuando esta se abonaba; la CS entendió que la pretensión de la actora se encontraba comprendida en la categoría de derechos de incidencia colectiva, referente a intereses individuales homogéneos y consideró cumplidos sus requisitos. Ello por cuanto: (a) la detracción del saldo de cuotas pendientes al momento del pago de las indemnizaciones por siniestros, sin discriminar entre capital e intereses, configuraba la causa fáctica común; (b) la pretensión de la actora estaba concentrada en los "efectos comunes" que la conducta de la aseguradora generaba en la clase involucrada ya que aquella perjudicaba por igual a todos aquellos asegurados a quienes se les abona la indemnización por un siniestro acaecido; y (c) que dadas las características que presentaba la materia objeto del pleito era dable presumir que los costos (económicos y no económicos) que se derivarían de la iniciación de una demanda individual resultarían muy superiores a los beneficios que produciría un eventual pronunciamiento favorable, por lo que frente al riesgo cierto de que la promoción de acciones individuales resulte

(27) CS, "PADEC c. Swiss Medical S.A.", 21/08/2013, LA LEY 2013-E, 290.

inviable o de muy difícil concreción, la acción colectiva aparecía como el medio idóneo para garantizar a los consumidores involucrados el derecho a la tutela judicial efectiva. Finalmente, se refirió a que el reclamo interpuesto se encontraba comprendido en el estatuto de la asociación **(28)**.

(iii) Más recientemente, en el amparo interpuesto por el Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad ("CEPIS") contra el ex Ministerio de Energía y Minería de la Nación con el objeto de que se garantizara el derecho a la participación de los usuarios en audiencias públicas relativas al nuevo cuadro tarifario del servicio de gas, la CS también analizó la legitimación activa de las asociaciones intervinientes bajo la categoría de derechos incidencia colectiva, referente a intereses individuales homogéneos. Así, la CS (a) entendió que las resoluciones del Ministerio de Energía y Minería de la Nación que fijaban los nuevos precios y tarifas para el servicio de gas configuraban la causa fáctica común; (b) indicó que la pretensión estaba concentrada en los "efectos comunes" para todo el colectivo, es decir, respecto a la necesidad de que se convocara a una audiencia previa. Sin embargo, la CS entendió que no se encontraba cumplido el recaudo de estar comprometido seriamente el "acceso a la justicia" respecto de todos los miembros del colectivo cuya representación se pretendía asumir (incluidos usuarios residenciales y no residenciales). Ello así por cuanto en el entendimiento del Tribunal, solo en relación con los usuarios residenciales cabía presumir una posición de mayor vulnerabilidad frente al efectivo cumplimiento de la audiencia pública. Por el contrario, respecto del resto de los usuarios (no residenciales) no se había demostrado que el ejercicio individual de la acción no pareciera plenamente posible en atención a la entidad de las cuestiones planteadas **(29)**.

(28) CS, "Consumidores Financieros Asociación Civil p. su defensa c. La Meridional Compañía Argentina de Seguros S.A. s. ordinario", 24/06/2014, LA LEY 2014-D, 225.

(29) CS, "Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c. Ministerio de Energía y Minería s. amparo colectivo", 18/08/2016, AR/JUR/52079/2016.

III.4. La Acordada CS 12/2016

Ante la falta de regulación de la acción colectiva por parte del Poder Legislativo **(30)**, la CS emitió la Acordada 12/2016. A través de esta, aprobó un reglamento de actuación en procesos colectivos fijando así pautas y directrices básicas que deben cumplirse en los procesos colectivos. Exceptuó de dicho reglamento a los procesos que se inicien en los términos de la Ley de Defensa del Consumidor 25.675.

La CS receptó, en la Acordada 12, las dos categorías de derechos de incidencia colectiva delineadas en el fallo "Halabi", siendo estas (i) los derechos de incidencia colectiva referentes a bienes colectivos; y (ii) los derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos. Ambas categorías dan lugar a procesos colectivos.

A través de la Acordada 12, la CS fijó los requisitos a observarse al interponer una demanda colectiva, así como también fijó directrices a ser observadas por los jueces intervinientes.

Respecto a los procesos colectivos referentes a bienes colectivos, la CSJN indicó que la demanda debe (i) indicar el bien colectivo que se encuentra en juego y cuya protección se persigue (ii) y enfocar la pretensión en la incidencia colectiva del derecho.

En el segundo caso (i.e. en los procesos colectivos concernientes intereses individuales homogéneos), la CS estableció que la demanda debe (i) indicar la causa fáctica o jurídica común que provoca la lesión del derecho, (ii) fo-

(30) Esta circunstancia es expresamente mencionada por la CSJN en los considerandos de la Acordada 12. La CS expresa: "... cabe recordar que este Tribunal, desde el año 2009, ha manifestado la necesidad de contar con una ley que regule los procesos colectivos — considerando 12° de Fallos 322:111 -, no obstante ello, hasta la fecha no ha sido dictada normativa alguna que regule esta materia. Por tal motivo, resulta indispensable fijar reglas orientadas a ordenar la tramitación de este tipo de procesos a fin de evitar circunstancias que pueden conllevar a situaciones de gravedad institucional, hasta tanto el Poder Legislativo Nacional sancione una ley que regule su procedimiento".

calizar la pretensión en los efectos comunes que provoca el hecho que se reputa dañoso y (iii) demostrar que, de no hacerse lugar a la demanda colectiva, se afectaría el derecho de acceso a la justicia de los damnificados.

Adicionalmente, en ambos casos, también se deberá (a) indicar el colectivo involucrado, (b) justificar la adecuada representación del colectivo, (c) indicar, si corresponde, los datos de inscripción en el Registro Nacional de Asociaciones de Consumidores, (d) denunciar, con carácter de declaración jurada, si el actor ha iniciado causas cuyas pretensiones guarden semejanza con la que se interpone y en su caso los datos de esta, y (e) realizar la consulta en el Registro de Público de Procesos Colectivos sobre la existencia de causas que guarden similitud con el objeto de la pretensión.

Una vez interpuesta la demanda, si el Juez considera que podría corresponder habilitar el proceso colectivo —al darse los supuestos contemplados en la Acordada 12— aquel debe requerir al Registro de Público de Procesos Colectivos que informe si existen otros procesos colectivos con objeto similar al que se pretende instaurar. Si existiese otro proceso colectivo inscripto, el juez interviniente deberá remitir la causa al juzgado que haya prevenido. De no existir otro proceso colectivo, el Juez procederá a abrir el proceso y a solicitar la inscripción de este nuevo proceso ante el referido registro.

La inscripción del proceso en el Registro Público de Procesos Colectivos evita que existan numerosos procesos colectivos que versen sobre el mismo objeto, reduciendo así un dispendio jurisdiccional y evitando el riesgo de que existan sentencias contradictorias. Así, todos los procesos colectivos que pretendan iniciarse con posterioridad a que un proceso colectivo ya haya sido inscripto, deberán ser remitidos al juzgado o tribunal que intervenga en aquel.

La Acordada exige que todas las resoluciones que se vayan emitiendo en el proceso sean informadas al referido registro de modo que este se encuentre siempre actualizado.

Por último, una vez inscripto el proceso colectivo, la Acordada 12 exige que el Juez determine correctamente al colectivo afectado e involucrado en el proceso y que establezca "...los medios más idóneos para hacer saber a los demás integrantes del colectivo la existencia del proceso, a fin de asegurar la adecuada defensa de sus intereses".

IV. La legitimación de las asociaciones para representar a sus asociados

Habiéndonos referido a la legitimación colectiva de las asociaciones en acciones o procesos de naturaleza colectiva, cabe ahora referirnos a otro supuesto en el cual una asociación puede actuar en juicio, cual es, el de actuar en defensa de sus asociados en virtud de sus propias disposiciones estatutarias y en procesos que no conllevan necesariamente una naturaleza colectiva.

La posibilidad de que una asociación actúe en representación de sus asociados ha sido aceptada por alguna jurisprudencia, siempre y cuando dicha potestad se encuentre establecida en sus estatutos, que se encuentre configurado el supuesto de hecho previsto en los estatutos para habilitar la legitimación procesal de la asociación **(31)** y que la decisión de actuar en juicio haya sido adoptada por los órganos competentes dentro de dichas entidades.

Así, recientemente, el 06/04/2018, la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, en los autos "Cámara Unión Argentina de Empresarios de Entretenimiento c/ EN-AFIP s/ proceso de conocimiento" **(32)** reconoció legitimación a la Unión

(31) Así, en la mayoría de los casos, los estatutos prevén la potestad de la asociación de representar en juicio a sus asociados cuando se encuentren afectados sus intereses comunes. La jurisprudencia ha considerado que "la expresión 'interés común' comprende aquellas cuestiones que, por repercutir sobre la generalidad de los miembros de la asociación de manera homogénea, a partir de su pertenencia al sector de la actividad económica para cuya promoción y defensa se constituyó la entidad que los agrupa, habilitarían a ésta para ejercer la representación que se le confiere el estatuto", CNFed. Contenciosoadministrativo, sala I, "CECA Asoc. Civil C/ EN- M° E-RES 100/5 — SAGPA.R 1108 1385 113/04 EX 261850/04 S/ proceso de conocimiento", 29/05/2019.

(32) Es importante advertir que en el presente caso la demandada interpuso un recurso extraordinario que fue denegado por la Cámara de Apelaciones consistentemente con la doctrina de la CS que considera que no revisten cuestión federal aquellas cuestiones relativas a

Argentina de Empresarios del Entretenimiento para actuar en juicio en representación de los intereses individuales de sus miembros en una cuestión de naturaleza tributaria que los afectaba.

La legitimación de la cámara fue reconocida por la Sala luego de aclarar que, en el caso, la actora perseguía la defensa de los derechos individuales y patrimoniales de sus miembros y que, por ende, no se trataba de un proceso colectivo en los términos de la jurisprudencia mencionada en el apartado 2 de este trabajo.

Asimismo, para sostener la legitimación de la actora y rechazar la excepción de falta de legitimación activa interpuesta por la demandada, la Sala I hizo hincapié en (i) el objeto social de la actora, previsto en su estatuto, en tanto aquel reconocía su legitimación para actuar en representación de sus miembros; y (ii) en ciertas constancias de la causa que eran consistentes con dicho objeto. Así, la Cámara de Apelaciones expresó:

"(...) v. *El estatuto de creación y funcionamiento de UADEE prevé*, en su artículo 2º, que puede '*Presentarse y representar a sus asociados ante cualquier tipo de organismo ya sea público, privado, nacional, provincial o municipal o internacional, con pleno ejercicio de la legitimación activa*' (inciso 'd'), '*Representar* administrativa y/o *judicialmente a sus asociados, en resguardo de los derechos y/o intereses comunes y/o colectivos* de los mismos, como así, en defensa de los derechos y/o intereses del sector' (inciso 'l'), y 'Peticionar a las autoridades, interponer reclamos, recursos administrativos, acciones judiciales ya sea, por intereses propios, como en resguardo de los intereses de los asociados' (inciso 'm').

"vi. Las entidades afiliadas a UADEE, enunciadas en diversas presentaciones (fs. 2/3, 74/75, 81, 227/229), convinieron, formal y expresamente, que esta acudiera, en uso de sus previsiones estatutarias, ante las autoridades administrativas y judiciales a peticionar en defensa de sus derechos, y consintieron la designación de los apoderados que llevarían adelante dicha defensa.

"En efecto:

"a. En el 'acta de comisión directiva', en la que se registró la reunión llevada a cabo el 11 de enero de 2017, surge que esa comisión decidió 'iniciar acciones judiciales ante el Fuero Federal [...] con el objeto de solicitar se declare la ilegitimidad —incluida la declaración de inconstitucionalidad— de la Ley 27.346 en tanto y en cuanto es fuente de perjuicios patrimoniales a los asociados de esta Cámara [...] en cumplimiento de lo establecido en los incisos d), l), y m) del Estatuto de esta cámara empresaria' (fs. 74/75).

"Allí se dejó a salvo que 'no obstante lo consignado, los asociados que a continuación se detallan adhieren a la decisión que se adopta en la presente acta'. Y quedó 'expresamente establecida la posibilidad de que los nuevos asociados a la cámara, a incorporarse con posterioridad a la presente reunión, podrán optar por aceptar y adherir como actores en las acciones legales y judiciales definidas en la presente reunión de Comisión Directiva' (fs. 74/75).

"b. Con sustento en dicha acta, el 07/02/2017 la unión actora, representada por su presidente y su secretario, confirió 'poder judicial general' a varios letrados 'para actuar en nombre y en representación de esta institución' (fs. 55/59).

"vii. La unión actora señaló, en la demanda, que 'no obstante la legitimación activa que surge clara del Estatuto de creación y funcionamiento [...] se precisa que en esta demanda la entidad representa a los siguientes asociados: Bingo Adrogué SA, Stepako SA, Pasteko SA, Bingo Ciudadela SA, Godel Quilmes SA, LRF Group SA, Bingo Oro SA, Bingo King SA, Argentone SA, Argenbingo SA, Bingo Pilar SA, La Mediterránea SA, El Chalero SA, Necochea Entretenimiento SA, Hotel Casino Tandil SA, Entretenimientos Saltos del Mocona SA, El Muro SA y AJEST SA'.

"(...)

"viii. La representación en juicio es admisible siempre que exista un apoderamiento expreso en tal sentido, sea en los estatutos, sea a través de un mandato (De la Riva, Ignacio, 'Las partes',

materia procesal como es la legitimación activa. Atento a la denegación del recurso extraordinario, la demandada ha interpuesto recurso de queja ante la CS.

en 'Tratado de Derecho Procesal Administrativo', Juan Carlos Cassagne director, La Ley, 2011, Tomo I, páginas 497/529)".

Asimismo, la Sala V de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal en la causa "Cámara Empresarial de Transporte Interurbano en Jurisdicción Nacional de Pasajeros c/ EN - CNRT s/proceso de conocimiento" fallada el 30/05/2017 había anticipado idéntico criterio al sostener:

"IV.3. En este orden de ideas, cabe destacar que conforme surge del artículo 2º del Estatuto de la CELADI, esta ha sido constituida como una entidad civil que tiene por objeto ejercer la representación y defensa de los derechos subjetivos de todas y cada una de las empresas de transporte público de personas de jurisdicción nacional afiliadas a la misma, ante organismos públicos o privados nacionales y/o provinciales (v. fs. 251).

"Así las cosas, toda vez que en el caso concreto se persigue —mediante el dictado de una medida cautelar— la suspensión de los efectos de la Resolución CNRT Nº 628/12 —con el fin de que la CNRT se abstenga de exigir a las empresas afectadas el certificado de libre deuda de multas firmes como requisito previo para poder iniciar o continuar con la realización de trámites vinculados con la prestación del servicio público de transporte—, se advierte que dicha finalidad se enmarca dentro de objetivos establecidas en el estatuto de la Cámara por cuanto se busca con ello representar y defender los derechos subjetivos de sus afiliados en lo que respecta al libre ejercicio de la industria lícita y la consecuente afectación a la prestación del servicio público concesionado.

"En este sentido, esta Cámara sostuvo que ante la claridad de los términos establecidos en el respectivo Estatuto 'constituiría un ritualismo excesivo sostener que las facultades otorgadas a la referida asociación no se extienden a la posibilidad de actuar en juicio en defensa de los intereses de sus integrantes. Ello así, en tanto se prevé específicamente la eventualidad de actuar antes los poderes públicos entre los cuales no se advierte motivo alguno para excluir al Poder Judicial de la Nación' (cfr. Sala IV, *in re*, 'Cámara de Armadores de Poteros Argentinos c/ EN Dto. 1285/99 s/ Amparo Ley 16.986', del 09/05/2000)".

Asimismo, en otro caso reciente de la CS **(33)**, esta analizó la legitimación de una asociación desde dos ángulos. El primero, para actuar en defensa de los derechos subjetivos de sus miembros, pero sin invocar representación colectiva; y otro, su legitimación procesal colectiva. En este sentido, la CS expresó:

"Que en la lectura del mencionado instrumento y de las atribuciones que de él emergen, no puede concluirse la legitimación procesal de la actora para promover la presente demanda. Ello es así ya que, por más amplia que resulte la interpretación que se atribuya a dicho estatuto, de la generalidad y vaguedad de los términos allí utilizados no puede extraerse que la Federación Argentina de Entidades Empresarias del Autotransporte de Cargas pueda estar en juicio en defensa de los intereses de sus asociados, que vale la pena recordarlo, son cámaras y asociaciones que nuclean a empresas de transporte automotor de cargas.

"Por ello, menos aún puede argumentarse que dicho instrumento habilite a la Federación a accionar judicialmente en representación de los intereses individuales de quienes, en definitiva, se verían directamente afectadas por las normas impugnadas en autos, esto es, cada una de las empresas de transporte automotor de gran porte, incluidas en las categorías 5, 6 y 7, que circulan por los accesos viales a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y que deben abonar el valor adicional fijado por la autoridad administrativa [...].

"Que, por otro lado, la pretensión de accionar en defensa de los intereses patrimoniales de las empresas dedicadas al transporte de cargas afectadas por las resoluciones administrativas cuestionadas, también impondría a la federación actora acreditar el cumplimiento de los restantes recaudos fijados por esta Corte en

(33) CS, "Federación Argentina de Entidades Empresarias del Autotransporte de Cargas c/ EN — Mº Interior — DNV y otro s/ proceso de conocimiento", 15/10/2020.

materia de derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos (Fallos: 332:111, 'Halabi'; 336:1236, 'Padec' y Reglamento de actuación en procesos colectivos, aprobado por la acordada 12/2016).

"[...] Que, por las razones expresadas, corresponde concluir que en el sub examine tampoco se encuentran cumplidos los recaudos para hacer viable una acción colectiva en los términos de la doctrina sentada por esta Corte".

En el caso, la CS negó legitimación a la Asociación para actuar en defensa de los intereses de sus miembros en tanto consideró que el estatuto de aquella, por su vaguedad y generalidad, no le concedía tal facultad. Por su parte, también negó su representación colectiva por considerar que en el caso no se encontraban acreditados los requisitos para hacer procedente la legitimación colectiva en causas donde se encuentren involucrados derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos.

En base a la jurisprudencia citada, puede concluirse que, si el estatuto de una asociación prevé claramente, como parte de su objeto social, el de acudir en defensa de los derechos individuales de sus miembros ante los tribunales de justicia, la legitimación procesal de esta se encontraría habilitada. Adicionalmente, las asociaciones deberán cumplir las condiciones que sus estatutos establezcan para habilitar dicha representación, ya sea el consentimiento expreso de los miembros, la decisión adoptada por el órgano competente, la defensa de intereses comunes, etc.

Así, la legitimación de las asociaciones estaría habilitada, aun en causas no encuadradas como causas o procesos colectivos, conforme la jurisprudencia delineada por la CS en la jurisprudencia más arriba señalada.

V. Algunas reflexiones acerca del caso. Conclusiones

Habiendo hecho un repaso por el caso en comentario y la jurisprudencia que sobre legitimación colectiva ha desarrollado la CS, pensamos que podemos efectuar algunas conclusiones al respecto.

En el derecho argentino, la legitimación colectiva ha sido admitida solo en casos donde se encuentren en juego derechos de incidencia colectiva. estos pueden referirse a bienes colectivos; o a intereses individuales homogéneos.

En estos últimos, y en tanto lo que se encuentra en juego es un derecho individual cuya defensa, en principio, pertenece únicamente a su titular; la CS exige —para admitir su defensa colectiva— que se configuren algunos requisitos. Entre dichos requisitos, cobra relevancia aquel que refiere a la necesidad de que el no reconocimiento de la legitimación colectiva provoque una afectación del derecho a la tutela judicial efectiva o acceso a la justicia del titular de ese derecho.

Como sostuviera la CS en la causa CEPIS **(34)**, para definir cuál es el colectivo involucrado, es necesario observar a las personas que se pretende colectivizar, comprender cuál es la entidad del derecho individual que se pretende defender y cuál es la capacidad (económica y de estructura) que posee el titular de ese derecho individual incluido en el colectivo a ser representado.

Sin duda, una asociación como ATVC, en la medida que tenga previsto en sus estatutos la posibilidad de defender derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos demuestre la concurrencia de los requisitos previstos en la Acordada 12/2016 de la CSJN y, entre ellos especialmente la afectación del derecho a acceder a una tutela judicial efectiva por parte de sus asociados, podrá iniciar una acción colectiva. Para ello, consideramos que la cuestión no debe ser presumida, sino que es menester acreditar de modo adecuado que quienes van a ser representados no tienen suficiente estructura o recursos para defender sus derechos individuales, o alternativamente, que el perjuicio que ocasiona el derecho afectado no tiene una significancia económica relevante como para accionar.

(34) CS, "Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c. Ministerio de Energía y Minería s. amparo colectivo", 18/08/2016, AR/JUR/52079/2016.

En el caso, consideramos que no se desprende de forma clara de la Sentencia que la ATVC haya acreditado adecuadamente que, de no reconocerse la legitimación colectiva de ATVC, sus asociados verían afectado su derecho de acceso a la justicia, por carecer aquellos de recursos suficientes para la defensa de sus derechos. Adicionalmente, los derechos en juego afectados por el DNU 690 parecerían ser derechos sustanciales de cada uno de sus asociados relacionados con sus negocios.

Por su parte, y sin perjuicio de lo antedicho, cabe destacar que la legitimación colectiva reconocida en la Sentencia a favor de ATVC —y, consecuentemente, el encuadramiento del caso como proceso colectivo (con todas las consecuencias que de ello se derivan)— se limitó a la representación únicamente de sus asociados, más dejó fuera de dicho colectivo a otros licenciatarios de Servicios TIC cuyos derechos pueden encontrarse igual de afectados por el DNU 690, más no estar asociados a la ATVC.

No obstante ello, consideramos que, conforme se desprende de la Sentencia, la ATVC poseería legitimación para representar a sus asociados en la defensa de los derechos que se debaten en la causa. Dicha legitimación surgiría de su estatuto y de la decisión adoptada por el órgano competente de ATVC.

Es decir, a nuestro entender, en el caso bajo comentario no se ha configurado un supuesto de legitimación colectiva en los términos de la jurisprudencia de la CS y de la Acordada 12/2016, sino más bien un supuesto de representación por parte de una asociación de los derechos de sus asociados; en los términos de la jurisprudencia citada en el apartado 3 de este trabajo.

Así, la ATVC podría actuar en representación de los derechos individuales de sus asociados, sin necesidad de acreditar que se dan los extremos que habilitarían el inicio de un proceso colectivo. Por el contrario, aquella solo debería demostrar que, en base a su estatuto, posee la facultad de representar los derechos individuales de sus asociados y que en, el caso concreto, ha cumplido con las condiciones que aquel establece para habilitar dicha representación.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO PROVINCIAL

Obrar disfuncional de órganos jurisdiccionales. Tribunal competente para resolver.

Con nota de Miguel H. E. Oroz

1. — Si lo que se busca en el caso es hacer efectiva la responsabilidad del Estado por el alegado obrar disfuncional de órganos jurisdiccionales, la litis pertenece a la competencia contencioso-administrativa.

2. — Desde que la Suprema Corte quedara desintegrada ante la renuncia de uno de sus magistrados, la cuestión relativa a la competencia para resolver los casos de responsabilidad patrimonial del Estado derivados del ejercicio de la función jurisdiccional fue resuelta de distinta manera; frente a esto, y en pos de lograr una mayoría decisoria, el caso corresponde a la competencia del Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo del Departamento Judicial de Morón (del voto del Dr. Genoud).

3. — La competencia asignada al fuero contencioso administrativo por mandato constitucional no comprende los casos en los que pretende hacerse efectiva la responsabilidad patrimonial del Estado por la actuación u omisión de funcionarios o magistrados en el ejercicio de funciones jurisdiccionales, por lo que corresponde declarar competente para conocer y decidir en el caso al Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Morón (del voto en disidencia de la Dra. Kogan).

4. — Si la conducta que se reprocha a la provincia no posee connotación administrativa sino que constituye el ejercicio liso y llano de su actividad jurisdiccional, puesto que los actores adujeron haber sido dañados por un acto propio de la función pública de uno de los poderes del Estado, el Judicial, habiendo intervenido el órgano competente, con las formas requeridas por la ley, la causa no corresponde a la competencia contencioso administrativa (del voto en disidencia del Dr. De Lázzari).

SC Buenos Aires, 23/11/2020. - Morera, Daniela Iris y otro c. Estado de la Provincia de Buenos Aires s/ materia a categorizar. Confl. de competencia art. 7°, inc 1, ley 12.008.

[Cita on line: AR/JUR/73346/2020]

B-75663

La Plata, noviembre 23 de 2020.

Los doctores *Soria*, *Pettigiani* y *Torres* dijeron:

I. Daniela Iris Morera y Gustavo Daniel Pennella promovieron una pretensión indemnizatoria contra la Provincia de Buenos Aires y/o contra quien resultare responsable, por el allanamiento dispuesto el día 27 de noviembre de 2017 en la IPP N° 07-02-019397-17 que se efectuara en su domicilio, procedimiento que entienden ha sido antijurídico, alegando así una prestación irregular del servicio por parte del Estado Provincial.

II. La causa fue adjudicada al Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial N° 11 del Departamento Judicial Morón, cuya titular se declaró incompetente. Para decidir así, sostuvo que conforme lo dispuesto en el art. 166 de la Constitución de la Provincia, los arts. 1, 2 inc. 4 y 12 inc. 4 de la ley 12.008 enunciarían los asuntos comprendidos en la jurisdicción contencioso administrativa con carácter ejemplificativo, por lo que no implicarían la exclusión de otros casos regidos por el derecho administrativo, conforme doctrina de este Tribunal.

Por ello, remitió las actuaciones al fuero contencioso administrativo departamental, tomando intervención el Juzgado de Primera Instancia N° 1. Cabe señalar que su titular no aceptó la declinación del juzgado que previno, poniendo de relieve que los accionantes pretenden hacer efectiva la responsabilidad patrimonial de la Provincia, cuestión que debe ser resuelta por los órganos del fuero civil y comercial, toda vez que los presupuestos dispuestos en el art. 166 de la Constitución provincial y los arts. 1 y 2 del Código Procesal Contencioso Administrativo condicionan la competencia del fuero a que la actuación u omisión denunciada sea en el ejercicio de funciones administrativas, y que en el presente la conducta reprochada se encontraría ocasionada en la actividad jurisdiccional de la Provincia, por lo que resultaría ajena a la competencia del fuero especializado. Así, planteó formalmente la contienda negativa para su sometimiento ante esta Suprema Corte de Justicia (art. 7 inc. 1, CPCA).

III. Es competencia del fuero en lo contencioso administrativo, entender y resolver las controversias suscitadas por la actuación u omisión, en el ejercicio de funciones administrativas, por parte de los órganos mencionados en el art. 166 de la Constitución provincial y en particular, las que versen sobre la responsabilidad patrimonial, generada por la actividad lícita o ilícita de la Provincia, los municipios y los entes públicos estatales previstos en el art. 1, regidas por el derecho público, aun si se invocaren o aplicaren por analogía normas del derecho privado (cfr. arts. 166,

in fine, Const. prov.; 1 incs. 1 y 2 y 2 inc. 4, CCA; doctr. causas B. 64.533, "Gaineddu", resol. de 23/04/2003; B. 65.489, "Mazzei", resol. de 04/06/2003; B. 67.408, "Mancuso", resol. de 19/05/2004; B. 68.001, "Mozcuzza" y B. 68.005, "Carrizo", ambas resol. de 08/09/2004; B. 68.052, "Echaire", resol. de 20/10/2004 y B. 74.397 "Z., S. E. y otros", resol. de 26/10/2016).

IV. Esta Corte, aplicando el plexo normativo anterior (Constitución provincial de 1934 y ley 2961), había considerado que los litigios por daños derivados de la actividad judicial eran ajenos a aquella jurisdicción (doctr. causas B. 64.674, "Ramos", resol. de 30/10/2002; B. 64.846, "Fragnul", resol. de 27/12/2002; B. 65.353, "Faster", resol. de 19/03/2003 y B. 65.974, "Olivera", resol. de 01/10/2003, entre otras).

No obstante, la aplicabilidad de la codificación aprobada por la ley 12.008, con sus reformas, incorporó un elemento normativo fundamental y no considerado en las causas arriba citadas, que impone replantear el enfoque hasta ahora seguido.

Es que, en lo tocante al conocimiento y decisión de las pretensiones resarcitorias, los arts. 1, 2 inc. 4, 12 inc. 3, 50 inc. 6 y concordantes del Código vigente en la materia (ley 12.008, con sus reformas), han expandido el ámbito anterior de la jurisdicción contencioso administrativa, para abarcar toda la gama de casos relativos a la responsabilidad patrimonial de la Provincia así como de los restantes entes estatales y locales —por su actuar o su omitir, mediando una conducta lícita o por razón de su ilicitud—.

Esa determinación legislativa, que reposa en el amplio arbitrio que surge del art. 166, primer párrafo, de la Constitución, en modo alguno supone una alteración irrazonable del sentido que ha guiado el enunciado del último párrafo del mismo precepto, toda vez que esta norma propugna la especialización del fuero allí instituido para el conocimiento de las contiendas emergentes del actuar público.

Por otra parte, debe tenerse presente que el codificador de la ley 12.008 sustituyó el art. 3 de la ley 8132 —incorporado al art. 477 del Código Procesal Penal (texto según ley 11.922)— que asignaba al fuero civil el conocimiento de las pretensiones indemnizatorias que tuvieran por causa el obrar judicial del Estado provincial, cuando, previa condena firme por error a una pena privativa de la libertad, el condenado obtuviera una sentencia favorable a raíz de una acción de revisión. Pues bien, en lugar de aquel fuero, la norma determinó expresamente la competencia de los tribunales contencioso administrativos (cfr. art. 83, CCA), sin perjuicio de que el precepto casi idéntico del art. 477 del Código Procesal Penal —texto según ley 11.922— quedó inalterado. Con todo, la modificación descripta más arriba por la ley 12.008 es la ley posterior que debe primar ante el potencial conflicto normativo.

Lo expresado revela una evidente intención de confiar la decisión de los litigios centrados en el denominado "error judicial" —situación claramente analogable al caso debatido en el presente— a la justicia administrativa.

V. Por lo demás, hay que destacar que la solución propiciada se torna imperativa tras la sanción y entrada en vigencia del nuevo Cód. Civ. y Comercial (ley 26.994), cuya política legislativa se ha inclinado por la doctrina publicista en lo que al instituto de la responsabilidad del Estado atañe (cfr. CSJN, Fallos: 329:759). En efecto, sus arts. 1764 a 1766 preceptuaron que: (i) las disposiciones sobre responsabilidad civil no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria; (ii) la responsabilidad del Estado se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda y (iii) los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas se rigen por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local, según corresponda.

Esta posición fue acompañada por el criterio sentado por este Tribunal, cuya jurisprudencia sistemáticamente resolvió contiendas de competencia a favor del fuero contencioso administrativo para conocer en pretensiones que, no obstante hallarse fundadas en normas de derecho privado, tenían por objeto un resarcimiento a cargo del Estado con sostén en la falta de servicio o en el alegado desempeño irregular de sus órganos (cfr. causas B. 73.750, "Villalta", resol. de 02/09/2015; B. 73.820, "Vargas", resol. de 21/10/2015; B. 73.921, "Casella", resol. de 22/12/2015; B. 74.544, "Villanueva", resol. de 07/06/2017; B. 74.768, "De Almeida", resol. de 28/06/2017; B. 74.782, "Troche", resol. de 12/07/2017; B. 75.761, "Piedrabuena", resol. de 13/03/2019 y B. 75.549, "Navarro", resol. de 20/03/2019).

En semejante contexto, independientemente de cualquier distingo teórico en punto a la índole de la función estatal en que se origina el conflicto, tratándose de asuntos regidos por el derecho administrativo, los jueces que deben entender en ellos son aquellos a los cuales la Constitución de la Provincia les ha otorgado una jurisdicción exclusiva para dirimirlos en virtud de su especialización material (cfr. arts. 166 *in fine*, Const. prov. y 6, CCA).

VI. En razón de todo lo dicho y dado que, según se desprende de los términos en que ha sido formulada la pretensión, se busca hacer efectiva la responsabilidad del Estado por el alegado obrar disfuncional de órganos jurisdiccionales, corresponde declarar que

la litis pertenece a la competencia contencioso administrativa (arts. 166, *in fine*, Const. prov; 1, 12 inc. 3, y, fundamentalmente, 2 inc. 4, CCA).

VII. Por lo expuesto, corresponde declarar competente para conocer y decidir en el asunto al Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo N° 1 del Departamento Judicial de Morón (art. 7 inc. 1, CCA).

Así lo votamos.

La doctora *Kogan* dijo:

Disiento de la solución propiciada por mis colegas preopinantes.

Como he señalado en numerosos precedentes, en casos como el presente no está comprometida la competencia asignada al fuero contencioso administrativo por mandato constitucional (art. 166, *in fine*, Const. prov.) dado que, como se ha resuelto, la mentada atribución no comprende los casos en los que pretende hacerse efectiva la responsabilidad patrimonial del Estado por la actuación u omisión de funcionarios o magistrados en el ejercicio de funciones jurisdiccionales (doctr. causas B. 64.674 "Ramos", res. de 30/10/2002; B. 64.846 "Fragnul", res. de 27/12/2002; B. 65.353 "Faster", res. de 19/03/2003; B. 65.974 " Olivera", res. de 01/10/2003; B.65.991 "Ginzo", res. de 19/04/2006; B. 68.311 "Calderón", res. de 31/05/2006; B. 71.657 "Loyola", res. de 30/05/2012; B. 72.698 "Olivera", res. de 05/03/2014; B. 73.338 "Borio", res. de 05/11/2014, entre otras).

Por lo tanto, corresponde declarar competente para conocer y decidir en el asunto al Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial N° 11 del Departamento Judicial de Morón (cfr. art. 7 inc. 1, CPCA).

Así lo voto.

El doctor *De Lázzari* dijo:

Adhiero a la propuesta decisoria y a los fundamentos expuestos por la doctora *Kogan*.

Me permito precisar que el art. 166, última parte, de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y el art. 1 del Código Contencioso Administrativo establecen la competencia del fuero en relación a las pretensiones que se deduzcan por la actuación u omisión de entes oficiales, supeditando esa premisa a un claro enunciado: cuando tal actuación lo haya sido en el ejercicio de funciones administrativas.

En el caso, la conducta que se reprocha a la Provincia, no posee connotación administrativa sino que constituye el ejercicio liso y llano de su actividad jurisdiccional. Los actores adujeron haber sido dañados por un acto propio de la función pública de uno de los poderes del Estado, el Judicial, habiendo intervenido el órgano competente, con las formas requeridas por la ley.

Tal como lo sostuve anteriormente (ver mi voto en la causa B. 65.991 "Ginzo", res. de 19/04/2006), esto es típica función jurisdiccional que nada tiene de administrativa. En este sentido, la presunción del art. 1 inc. 2 del Código Contencioso Administrativo es solamente juris tantum, inaplicable por tanto en el caso ante la claridad que reviste el supuesto en examen, cuya intrínseca naturaleza desplaza todo matiz de tinte administrativo (doctr. causa B. 68.311 "Calderón", res. de 31/05/2006 y B. 74.397 "Z., S. E. y otros", res. de 26/10/2016, entre otras).

Así lo voto.

El doctor *Genoud* dijo:

En numerosos precedentes, algunos de los cuales cita en el voto aquí vertido, he acompañado la postura de mi distinguida colega Hilda Kogan.

No haré lo propio en esta ocasión, dada la necesidad de dirimir oportunamente las cuestiones de competencia como la aquí planteada y de sentar una doctrina sobre el punto.

Me explico: desde que esta Corte quedara desintegrada ante la renuncia del dr. Hitters, la cuestión relativa a la competencia para resolver los casos de responsabilidad patrimonial del Estado derivados del ejercicio de la función jurisdiccional fue resuelta de distinta manera, según el criterio del Presidente del Tribunal de Casación Penal llamado a integrar la Suprema Corte ante la falta de mayoría en alguna de las posiciones. Así, por ejemplo, en las causas B 75.342, ("A. L. A.", res. del 29/08/2018) y B 75.120, ("B. R. G." res. del 26/09/2018), se decidió que estos asuntos debían ser resueltos en el Fuero Civil y Comercial; mientras que en B 74.000, ("Valle", res. del 28/06/2017) y B 74.988, ("Segura", res. del 11/04/2018), se resolvió que eran casos propios del Fuero Contencioso Administrativo.

Frente a tal estado de cosas, que sin duda provoca incertidumbre no solo en los justiciables sino también en los órganos jurisdiccionales inferiores, al tiempo que genera una demora irrazonable para dirimir una cuestión de competencia, con afectación de la tutela judicial continua y efectiva que garantiza el art. 15 de la Constitución de la Provincia, entiendo necesario rever mi postura sobre este tema en pos de lograr una mayoría decisoria entre los miembros titulares de esta Corte.

Sobre la base de tales consideraciones y la nuevas argumentaciones que aparecen expuestas en el voto de los doctores Soria, Pettigiani y Torres, al

que adhiero, considero que el caso corresponde a la competencia del Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo N° 1 del Departamento Judicial de Morón.

Así lo voto.

Por ello, la Suprema Corte de Justicia resuelve: Por mayoría, declarar que resulta competente para resolver en autos el Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo N° 1 del Departamento Judicial de Morón, al que se devolverá el expediente para la prosecución de su trámite. Por Secretaría, se librará oficio al Juzgado de Primera Instancia N° 11 en lo Civil y Comercial de ese Departamento Judicial, para que tome conocimiento de lo aquí resuelto. Regístrese, ofíciese y remítase. — *Sergio G. Torres. — Eduardo N. de Lázzari. — Hilda Kogan. — Eduardo J. Pettigiani. — Luis E. Genoud. — Daniel F. Soria.*

Proceso administrativo bonaerense

Responsabilidad del Estado por su actividad jurisdiccional

Miguel H. E. Oroz (*)

Sumario: I. Preliminar.— II. La configuración del caso.— III. Las razones invocadas por el voto preopinante.— IV. Crítica a la línea argumental esgrimida.— V. Conclusiones.

I. Preliminar

Las distintas consideraciones expuestas en relación al fallo emitido recientemente por la SCBA, en la causa "Morera" **(1)**, para producir un viraje en el criterio hasta entonces vigente, y justificar en lo sucesivo la competencia del fuero en lo contencioso administrativo y tributario de la provincia de Buenos Aires para conocer en los casos de responsabilidad del Estado derivados de su actuación jurisdiccional, pone al descubierto las dificultades que genera la ausencia de una línea o un criterio uniforme al respecto.

Las posiciones divergentes que se encuentran en su línea evolutiva demuestran las distintas aristas que la temática presenta, particularmente por ciertas posiciones que a mi juicio demues-

(*) Abogado por la Universidad Nacional de La Plata (UNLP), donde es docente de grado y postgrado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, y de posgrado en la Facultad de Ciencias Económicas. Además, es docente de la Carrera de Especialización en Derecho Administrativo de la Universidad Católica de La Plata (UCALP); docente y exdirector de la Carrera de Especialización en Derecho Público Provincial y Municipal, dictada en el marco de las actividades de la Escuela de Abogados de la Administración Pública de la Provincia de Buenos Aires (EDABA). Miembro fundador y secretario general de la Asociación Bonaerense de Derecho Administrativo (ABDA); expresidente de la Asociación Bonaerense de Estudios Fiscales (ABEF); miembro fundador de la Asociación Ítalo Argentina de Profesores de Derecho Administrativo (AIAPDA); presidente del Ateneo de Estudios de Derecho Público "Aristóbulo del Valle". Es autor, coautor de libros publicados en Argentina y el extranjero, director y coordinador de varias obras jurídicas y ha publicado numerosos artículos en diferentes revistas jurídicas especializadas.

(1) SC Buenos Aires, "Morera, Daniela Iris y otro c/ Estado de la Provincia de Buenos Aires s/ Materia a categorizar. Conflicto de competencia art. 7° inc. 1° ley 12.008", 23/11/2020.

tran más una imposición apoyada en mayorías circunstanciales, que una respuesta que se ajuste a los textos constitucionales y legales vigentes, interpretados y aplicados con ajuste a la letra, espíritu y sentido tenido en cuenta por el constituyente.

Si bien se trata de una cuestión que no es novedosa en el seno del tribunal y de la cual también nos hemos ocupado extensamente con anterioridad hace más de catorce años **(2)**, consideramos necesario volver sobre ellas, debido a que en el fallo bajo anotación —particularmente en el voto preopinante que concita la adhesión del ministro dirimente y pasa a formar la nueva mayoría— se deslizan algunas afirmaciones que no solo son erróneas sino que además, tergiversan la evolución jurisprudencial y soslayan deliberadamente hacer mención al caso "Ginzo" **(3)**, intentando presentar al desprevenido lector, supuestos nuevos argumentos que justifican y sustentan una reconsideración, que en rigor, no lo son.

Primero, porque el tema ya había sido objeto de numerosas decisiones previas, donde el criterio ahora mayoritario, siempre se mantuvo en similares términos; en segundo lugar, porque el adjudicado reconocimiento que efectúa la unificación Civil y Comercial de la Nación sobre el carácter local de la regulación normativa de todo lo relativo a la responsabilidad estatal, formando parte de los contenidos del derecho administrativo, en nada innova pues la opinión generalizada de la doctrina y jurisprudencia local lo viene pregonando desde hace mucho tiempo. En tercer término, debe destacarse que esta última circunstancia sobreviniente, no tiene incidencia en el sistema de adjudicación de causas, en tanto por exigencia constitucional y legal local, la configuración del caso que determina el conocimiento del fuero especializado requiere ineludiblemente la presencia de la función administrativa en cualquiera de sus manifestaciones, independientemente de la naturaleza del derecho que resulta aplicable para resolver el caso, en su faz sustancial.

En las líneas que siguen, efectuaremos un desarrollo tendiente a exponer las diferentes objeciones de las cuales son pasibles las argumentaciones y conclusiones a las que arriba el Tribunal, para conformar un criterio mayoritario circunstancial **(4)**, que al contrario de lo que pretende —dar seguridad y previsibilidad—, reinstala numerosas dudas por sus proyecciones, especialmente para otros temas derivados y conexos, que encontrándose aún sin definición, participan a la par de soluciones que son contradictorias, tal como sucede con todo lo relativo a los recaudos de admisibilidad, toda vez que derivar un caso hacia el fuero en lo Contencioso Administrativo cuando hasta entonces tramitaba en la justicia en lo Civil y Comercial, implica inevitablemente, cambiar el Código Procesal aplicable. Es decir, de solo estar pensando en plazos de prescripción, ahora se presenta la duda —en función de los criterios imperantes— si debe agotarse la vía administrativa y, además, en cuáles de los supuestos posibles, será necesario demandar dentro del plazo de caducidad.

II. La configuración del caso

Un aspecto sobre el cual no concurren discrepancias es el relativo a la naturaleza de la función estatal que está implicada en la configuración del caso. Más allá de lo escueto que resulta el relato de los hechos referenciados por el alto tribunal provincial, una consulta de los antecedentes obrantes en el sistema informático (Mesa de Entrada Virtual), se desprende del escrito inicial del proceso, que la parte actora promovió demanda con pretensión indemnizatoria contra la provincia de Buenos Aires y/o contra quien resultare responsable, por el allanamiento llevado a cabo en horas de la madrugada del 27/11/2017 en el marco de una investigación penal preparatoria, y que se efectuó en su domicilio, procedimiento que entienden ha sido an-

(2) Remitimos a OROZ, Miguel H. E., "Los casos de responsabilidad del Estado en el ejercicio de la función jurisdiccional y la incompetencia del fuero administrativo bonaerense", LA LEY 2006-D, 240.

(3) SC Buenos Aires, "Ginzo, Juan Manuel c/ Rizzo, Domingo c/ Provincia de Buenos Aires s/ Daños y Perjuicios. Cuestión de competencia art. 6º C.C.A.", 19/04/2006.

(4) Conformada por el voto de los jueces Soria, Pettigiani y Torres, que luego contó con la adhesión de Genoud, quien con anterioridad tenía una opinión diametralmente opuesta sobre este tema.

tijurídico, alegando así una prestación irregular del servicio por parte del Estado provincial.

Al materializarse la ejecución de la orden judicial, en busca de una persona que supuestamente vivía allí, se produjeron destrozos materiales y un estado de conmoción y *shock* de los moradores que a esas horas se encontraban dormitando, y que ninguna vinculación tenían con el sujeto que se perseguía encontrar para proceder a su detención. La única conexión posible, era que los actores, tiempo atrás —en el año 2003—, habían adquirido la propiedad a una persona de igual apellido, circunstancia que ya con anterioridad, ante la presencia de efectivos de seguridad y miembros del poder judicial, habían manifestado y estos constatado al exhibírsele la respectiva documentación.

Es decir, está claro que existió una decisión de un juez de Garantías que ordenó el allanamiento, y una Agente Fiscal que, con el apoyo y colaboración de las fuerzas de seguridad, la llevó adelante. Por un lado, existió la exteriorización de un proceso volitivo, que denota una expresión de voluntad estatal en el plano formal —resolución judicial cuya validez y legalidad cabe presumir—, y por el otro, una actuación material que pretendiendo satisfacer el objeto de lo decidido, presuntamente se ha desviado de modo irregular en su ejecución, siendo la causa del sindicado daño supuestamente provocado.

No surge de la demanda, que la orden de allanamiento haya sido cuestionada por los actores utilizando los medios de impugnación que prevé la normativa procesal penal al respecto, y en realidad, la argumentación central ensayada, parece descansar en la adjudicada antijuridicidad del obrar policial al momento de ejecutar la resolución judicial. Conviene estar atentos en estas disquisiciones, porque pueden sufrirse consecuencias no deseadas, cuando se verifique la observancia de los recaudos de admisibilidad de la pretensión, y una vez superados estos —si es que efectivamente se logran sortear—, se analice la concurrencia de los diferentes presupuestos sustanciales de procedencia.

No es lo mismo un supuesto de responsabilidad extracontractual del Estado —en cualquiera de sus manifestaciones formales, materiales e inclusive la omisión en todas sus variantes— por actividad lícita que por una actuación en el campo de lo ilícito. En este sentido, es imprescindible no soslayar que los códigos procesales —por un lado, el Civil y Comercial y por el otro el Administrativo— y los extremos exigidos por la jurisprudencia —ya que carecemos en la actualidad de un régimen legal general que regule la materia—, difieren notablemente.

III. Las razones invocadas por el voto preopinante

Es el turno de inventariar los motivos, argumentos o fundamentos utilizados para justificar la decisión, que finalmente hace mayoría. El bloque de los jueces preopinantes refiere las siguientes razones:

a) Esta Corte, aplicando el plexo normativo anterior (Constitución provincial de 1934 y ley 2961), había considerado que los litigios por daños derivados de la actividad judicial eran ajenos a aquella jurisdicción. Al respecto cita la causa "Ramos", del 30/10/2002 y las posteriores que ratificaron el criterio.

b) La aplicabilidad de la codificación aprobada por la ley 12.008, con sus reformas, incorporó un elemento normativo fundamental y no considerado en "Ramos" y sus posteriores, que impone replantear el enfoque hasta ahora seguido.

c) En lo tocante al conocimiento y decisión de las pretensiones resarcitorias, los arts. 1, 2 inc. 4, 12 inc. 3, 50 inc. 6 y concordantes del Código vigente en la materia (ley 12.008, con sus reformas), han expandido el ámbito anterior de la jurisdicción contencioso administrativa, para abarcar toda la gama de casos relativos a la responsabilidad patrimonial de la provincia así como de los restantes entes estatales y locales —por su actuar o su omitir, mediando una conducta lícita o por razón de su ilicitud—.

d) Esa determinación legislativa, que reposa en el amplio arbitrio que surge del art. 166, primer párrafo, de la Constitución, en modo alguno supone una alteración irrazonable del sentido que ha guiado el enunciado del último párrafo del mismo precepto, toda vez que esta norma propugna la especialización del fuero allí

instituido para el conocimiento de las contiendas emergentes del actuar público.

e) Por otra parte, debe tenerse presente que el codificador de la ley 12.008 sustituyó el art. 3° de la ley 8132 —incorporado al art. 477 del Cód. Proc. Penal (texto según ley 11.922)— que asignaba al fuero civil el conocimiento de las pretensiones indemnizatorias que tuvieran por causa el obrar judicial del Estado provincial, cuando, previa condena firme por error a una pena privativa de la libertad, el condenado obtuviera una sentencia favorable a raíz de una acción de revisión. Pues bien, en lugar de aquel fuero, la norma determinó expresamente la competencia de los tribunales contencioso-administrativos (cfr. art. 83, CCA), sin perjuicio de que el precepto casi idéntico del art. 477 del Cód. Proc. Penal —texto según ley 11.922— quedó inalterado. Con todo, la modificación descripta más arriba por la ley 12.008 es la ley posterior que debe primar ante el potencial conflicto normativo.

Lo expresado revela una evidente intención de confiar la decisión de los litigios centrados en el denominado "error judicial" —situación claramente analogable al caso debatido en el presente— a la justicia administrativa.

f) La solución propiciada se torna imperativa tras la sanción y entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial (ley 26.994), cuya política legislativa se ha inclinado por la doctrina publicista en lo que al instituto de la responsabilidad del Estado atañe (cfr. CS Fallos: 329:759). Posición fue acompañada por el criterio sentado por este Tribunal, cuya jurisprudencia sistemáticamente resolvió contiendas de competencia a favor del fuero contencioso administrativo para conocer en pretensiones que, no obstante hallarse fundadas en normas de derecho privado, tenían por objeto un resarcimiento a cargo del Estado con sostén en la falta de servicio o en el alegado desempeño irregular de sus órganos.

g) En semejante contexto, independientemente de cualquier distingo teórico en punto a la índole de la función estatal en que se origina el conflicto, tratándose de asuntos regidos por el derecho administrativo, los jueces que deben entender en ellos son aquellos a los cuales la Constitución de la provincia les ha otorgado una jurisdicción exclusiva para dirimirlos en virtud de su especialización material (cfr. arts. 166 *in fine*, Const. prov. y 6°, CCA).

h) En razón de todo lo dicho y dado que, según se desprende de los términos en que ha sido formulada la pretensión, se busca hacer efectiva la responsabilidad del Estado por el alegado obrar disfuncional de órganos jurisdiccionales, corresponde declarar que la litis pertenece a la competencia contencioso-administrativa (arts. 166, *in fine*, Const. prov.; 1°, 12, inc. 3, y, fundamentalmente, 2°, inc. 4, CCA).

IV. Crítica a la línea argumental esgrimida

IV.1. Las bases fundantes del criterio tradicional

Desconocemos si solo se trata de un descuido al momento de proyectarse y redactarse el voto que lleva la voz cantante, o su contenido sesgado y en algún punto hasta inexacto, pretende distorsionar la línea evolutiva de la jurisprudencia sobre la materia, que ha estado condicionada por una serie de factores, que no es conveniente ni correcto esquivar en su tratamiento y mención.

Así, comenzamos por señalar que es cierto que, bajo la aplicación del Código Varela, estos supuestos tradicionalmente quedaron excluidos de la competencia originaria de la Suprema Corte provincial, en tanto se los consideraba no residenciables en el ámbito de la justicia administrativa. Todos ellos, tramitaron ante la justicia en lo Civil y Comercial. Sin embargo, hay que señalar que esto fue así resuelto en el caso "Ramos" **(5)** y los posteriores que ratificaron el criterio, no se ajusta a lo realmente sucedido. La solución no fue tan lineal ni sencilla como se la presenta.

Casualmente en este caso, aun encontrándose vigente el Código Varela, la Suprema Corte lo dejó a un lado y resolvió excluir de su cono-

(5) SC Buenos Aires, "Ramos, Julio Alfredo c/ Fisco de la Provincia de Buenos Aires y otros s/ Daños y Perjuicios. Cuestión de competencia", 30/10/2002. El texto del fallo no está disponible en la página de la Suprema Corte provincial, pero puede encontrarse en JA 2003-II-110, con nota de OROZ, Miguel H. E., "La Suprema Corte de Buenos Aires en un punto de inflexión hacia la implementación del fuero procesal administrativo bonaerense".

cimiento un supuesto de responsabilidad estatal por el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado y sus funcionarios, porque consideró operativa la cláusula del art. 166 de la CPBA, en función de lo que había resuelto una semana antes en la sonada causa "Consorcio de Gestión del Puerto de Bahía Blanca" **(6)**, pronunciamiento que marcó un punto de inflexión en todo lo relativo a la delimitación de los contenidos materiales de la contienda administrativa **(7)**.

Allí se sostuvo que "conforme lo ha declarado recientemente este Tribunal, su competencia material transitoria en lo contencioso administrativo se rige, y por lo tanto se determina, con arreglo a la preceptiva del párrafo final del art. 166 de la Constitución Provincial (...) En los términos de tal disposición, son casos contenciosos administrativos los originados en el ejercicio de funciones administrativas (...) Por otra parte, a lo expuesto ha de agregarse, que en el mismo precedente, este Tribunal se expidió acerca de la vigencia diferida de la le 12.008. Por lo tanto, las modificaciones que esta normativa establece en cuestiones análogas a la presente (reparación de daños ocasionados por error judicial: ver art. 83 que modifica el art. 3°, ley 8.132 —de Reparación Económica por la Provincia a todo condenado erróneamente—), no resultan operativas. Siendo entonces que en esa materia se mantiene la competencia del fuero civil y comercial (art. 3°, ley 8.132 cit.), cabe mantener igual principio en cuestiones como la de autos (...) **(8)**. Por consiguiente, corresponde declarar que el caso no es propio de la competencia originaria de esta Corte (arts. 166 y 215 de la Const. Prov. y doctrina causa B-64.745, 'Consorcio de Gestión del Puerto de Bahía Blanca', resolución del 23/20/2002) (...)" **(9)**.

Como puede apreciarse, de los párrafos transcriptos se desprende con claridad, cuáles fueron los motivos de la declaración de incompetencia. Prevalencia de la nueva cláusula constitucional, que como eje rector requiere que el caso se origine por la acción u omisión en el ejercicio de la función administrativa —lo que a nuestro juicio excluye a la jurisdiccional y legislativa— y la inaplicabilidad de una posible analogía con

(6) SC Buenos Aires, "Consorcio de Gestión del Puerto de Bahía Blanca c/ Pentamar S.A. y H. A. M. Sucursal Argentina S.A. s/ Proceso urgente de medida autosatisfactiva y medida cautelar", 23/10/2002, decisión sin disidencias y que lleva la firma de los ministros Hitters, Soria, Negri, Salas, de Lázzari, Roncoroni y Pettigiani. En referencia al art. 166 de la CPBA, se señaló que "De ese amplio enunciado normativo sobre el que descansan los nuevos contenidos de la materia contencioso administrativa, no surge condicionamiento alguno de su vigencia a un desarrollo legislativo ulterior, tal como, en cambio, el texto constitucional lo ha previsto para la organización del fuero y la aplicabilidad del Código procesal respectivo (art. 215)" (Conf. Considerando 4) (...) "Un nuevo examen de la cuestión, a la luz del tiempo transcurrido desde la vigencia de la nueva Constitución y de la evolución jurisprudencial apuntada, pone de manifiesto que la atribución de la competencia contencioso administrativa debe responder al mandato constitucional enunciado en el art. 166, in fine (...) Vale subrayar que el art. 215, párrafo segundo, confiere a la Suprema Corte la decisión de "todas las causas correspondientes al referido fuero" contencioso administrativo. Ellas son, precisamente, las mencionadas en el citado art. 166. Por tanto, en lo atinente a la definición material del contencioso administrativo, la indicada norma resulta operativa y, por dicha razón, es directamente aplicable por este Tribunal, en ejercicio de su competencia originaria y transitoria. Tal conclusión no implica, empero, auspiciar la vigencia actual del Código procesal administrativo (ley 12.008 y sus reformas) puesto que, como se ha señalado supra (v. apartado 5.) sobre este punto la Constitución (art. 215) ha impuesto un diferimiento. La regla transitoria prescribe que esa entrada en vigor debe ocurrir en forma conjunta al establecimiento del fuero contencioso administrativo (v. las citadas causas "La Jirafa Azul" y "Parodi", entre otras). En cambio, no ha ordenado similar postergación o vigencia diferida de los contenidos estructurales de la cláusula general del párrafo último del art. 166. Simplemente, una vez instituidos los tribunales especializados, quedará bajo su jurisdicción el enjuiciamiento de los casos que en ella han de subsumirse (...) De allí que la primigenia interpretación en torno a esta cláusula general deba ser revisada. Pues, aparte de no corresponderse con el desarrollo jurisprudencial del Tribunal, que la exhibe parcialmente superada, la postergación de la vigencia plena de los contenidos materiales del art. 166, que dicha hermenéutica conlleva con desmedro de la plena justiciabilidad de los casos administrativos, no se concilia con la tutela judicial continua y efectiva que el ordenamiento constitucional manda asegurar (art. 15, Const. Prov.)" (Conf. Considerando 7).

(7) Con nota laudatoria de BOTASSI, Carlos A., "Un cambio sustancial en el proceso administrativo bonaerense", JA 2002-IV-69.

(8) Conf. SC Buenos Aires, "Ramos", 30/10/2002, punto 4.

(9) Ibidem, punto 5. Es importante destacar que esta sentencia, solo lleva la firma de los ministros Pettigiani, Salas, Roncoroni y Soria.

base en el art. 83 del CPA por considerarse que este no estaba vigente. El art. 2°, inciso 4 del citado cuerpo ritual, que desde siempre mantuvo una redacción inalterada —aunque se concluyere que también carecía de eficacia—, lejos estuvo de ser considerado como fundamento para justificar una posible amplificación de los casos propios de la justicia administrativa. Por el contrario, una posible analogía a la postre descartada, se buscó en otra disposición del cuerpo ritual.

Las citas complementarias mencionadas **(10)**, están referidas a casos que, resueltos antes del 15/12/2003 —fecha efectiva de la puesta en funcionamiento del fuero administrativo y con ello la vigencia de la flamante normativa procesal administrativa— simplemente vinieron a ratificar esta idea inaugural de un nuevo camino jurisprudencial, que de modo expreso y deliberado puso el foco en el enunciado constitucional delimitador de la competencia material, que calificado como superador del régimen anterior, otorgó primacía a la naturaleza de la función implicada en la generación del caso, con exclusión de cualquier otro elemento.

IV.2. El caso "Ginzo". Un punto de inflexión. Implicancias

Mientras se ponía en funcionamiento el fuero administrativo y tributario en todo el territorio bonaerense, con posterioridad al 15/12/2003 la posición del Tribunal fue pacífica sobre este punto y las únicas cuestiones conexas relevantes que se resolvieron fueron las relativas a los alcances de su competencia residual y la asignación del juez competente en los casos devueltos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación por el efecto de la doctrina "Barreto" **(11)**.

En los primeros días del mes de abril del año 2006, se produce una novedad trascendente al fallarse la causa "Ginzo" **(12)**, produciéndose un quiebre de esa posición hegemónica que con unidad de criterio se venía manteniendo. Si bien prevalece la mayoría que sigue considerando ajeno a la justicia administrativa estos supuestos de responsabilidad, se producen reacomodamientos con proyección para todo lo que sucederá después.

Así, una mayoría que estuvo conformada por un bloque, que posee diferentes líneas de razonamiento. Por un lado, una variante que lisa y llanamente se apoyó directamente en la cláusula constitucional del art. 166 —integrado por los ministros Hitters, Genoud y Kogan— y de modo complementario, dos líneas individuales que no obstante adherir, efectuaron consideraciones adicionales sobre el Código Procesal Administrativo a esa altura ya vigente —ministros de Lázzari y Roncoroni—.

Por otro lado, aparece en este nuevo escenario, un trío disidente —conformado por los ministros Negri, Soria y Pettigiani, conformando la minoría que se inclinó por la competencia del fuero administrativo y tributario, y para ello efectuó una interpretación amplia, laxa, elástica, de las disposiciones del CPA, e hizo reposar el criterio material en la naturaleza de derecho aplicable y en la analogía del supuesto previsto en el art. 83 del citado código del rito, referido al error judicial.

IV.3. La evolución posterior. Una etapa de incertidumbres

Entre abril de 2006 y octubre de 2007 **(13)**, en numerosas oportunidades, se mantuvo el cua-

(10) SC Buenos Aires, "Fragnul, Alfredo M. c/ Arazi Roland y otros s/ Daños y Perjuicios. Cuestión de competencia art. 6 C.C.A.", 27/12/2002; "Faster S.A. s/ Medida cautelar autónoma", 19/03/2003; "Olivera Carina M. c/ Provincia de Buenos Aires (Poder Judicial)", 01/10/2003.

(11) Remitimos al desarrollo efectuado, con cita de la profusa jurisprudencia existente al respecto, a OROZ, Miguel H. E., "Las disposiciones complementarias, transitorias, modificatorias y derogatorias en el nuevo Código Procesal Administrativo bonaerense", p. 713 y ss. (punto 2.4., ps. 730/732), en El nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires, AA. VV., BOTASSI, Carlos A. (dir.), OROZ Miguel H. E. (coord.), , Librería Editora Platense, La Plata, 3ª ed., 2011.

(12) SC Buenos Aires, "Ginzo, Juan M. c/ Rizzo, Domingo V. y Provincia de Buenos Aires s/ Daños y Perjuicios. Cuestión de competencia art. 6 del CCA", 19/04/2006.

(13) SC Buenos Aires, "Calderón, Ricardo Daniel c/ Provincia de Buenos Aires s/ Pretensión indemnizatoria. Conflicto art. 7 inc. 1º ley 12.008 —texto según ley 13.101—", 31/05/2006, "Carreras, Jorge F. c/ Fisco de la Provincia de Buenos Aires s/ Pretensión indemnizatoria. Conflicto de competencia art. 7º inc. 1º ley 12.008", 06/09/2006, "Barragán, Mario P. c/ Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires s/ Daños y perjuicios. Conflicto de competencia art. 7º inc. 1º ley 12.008", 09/05/2007,

dro de situación descripto precedentemente. Luego se producirá una ligera variación, que no alcanzó para alterar las posiciones antagónicas referenciadas. Debe recordarse que, a ese entonces, la Suprema Corte provincial estaba integrada por nueve [9] miembros, y que solo se encontraba cubierta en ocho [8] cargos con una [1] vacante. Luego, a través de la ley 13.662 **(14)**, se redujo su cantidad a siete [7], aunque supeditada su operatividad a que, por las causales de ley, disminuyera su número a siete [7], lo cual aconteció a fines del año 2007, con el acogimiento a los beneficios jubilatorios del ministro Roncoroni.

Desde aquel entonces, ese voto minoritario, se mantuvo en iguales términos, inalterado. No se movió ni un milímetro en su composición y contenido. La Corte ya reducida a siete [7] miembros, tenía muy marcada sus posiciones: Hitters, Genoud, Kogan y De Lázzari, por un lado, y por el otro, Negri, Soria y Pettigiani. Esa ajustada mayoría, que llegó hasta el año 2016 **(15)**, se resintió con la vacante producida por la renuncia del ministro Hitters, quien se acogió a los beneficios jubilatorios. A partir de este hecho, integrada la Corte con jueces del Tribunal de Casación, se inauguró el recorrido de un itinerario zigzagueante.

La zaga, arranca con "Valle" **(16)** donde con el voto de los ministros Negri, Soria, Pettigiani y la adhesión de Kohan —juez de Casación—, se abandonó el criterio mayoritario de "Ginzo" y por lo tanto se reconoció la competencia del fuero administrativo y tributario. Luego, se ratificó en "Segura" **(17)** y "Pastor" **(18)**. Pero un tiempo después, en "Blandino" **(19)**, "Bravo" **(20)**, "Aranda" **(21)** y "Banegas" **(22)**, por el desempate que produjo Natiello —otro juez de Casación— se abandonó para retornar al criterio de la causa "Ginzo". Los argumentos esgrimidos en ambas posiciones, hasta aquí, son exactamente los mismos que se venían sosteniendo hasta entonces. No hubo innovaciones de ninguna naturaleza.

IV.4. El abandono de "Ginzo" con miras de consolidación

Mientras sucedía todo esto, en el mes de mayo del año 2019, asumió un nuevo integrante a la Suprema Corte provincial, el juez Torres, quien podía definir una nueva mayoría con miembros titulares, pero hasta lo que sabemos, no tuvo oportunidad de dar a conocer su criterio sobre

"Ibáñez, Adrián N. c/ Provincia de Buenos Aires s/ Pretensión indemnizatoria. Conflicto de competencia art. 7 inciso 1 Ley 12.008", 30/05/2007, entre otros.

(14) BO. del 26/04/2007.

(15) SC Buenos Aires, "Pesclevi, Sandra M. c/ Fisco de la Provincia de Buenos Aires s/ Daños y Perjuicios. Conflicto de competencia art. 7 inciso 1 ley 12.008", 10/10/2007; "Barrientos, Gustavo c/ Provincia de Buenos Aires y otro s/ Daños y Perjuicios. Conflicto de competencia art. 7 inciso 1 ley 12.008", 13/08/2008, "R. S. E. y otros c/ Provincia de Buenos Aires s/ Daños y perjuicios. Conflicto de competencia art. 7 inciso 1 ley 12.008", 26/10/2011; "Loyola, Adrián A. c/ Provincia de Buenos Aires s/ Materia a categorizar. Conflicto de competencia art. 7º inc. 1 ley 12.008", 30/05/2012; "Caraceni, Marcos R. c/ Provincia de Buenos Aires s/ Daños y perjuicios. Conflicto de competencia art. 7 inciso 1 ley 12.008", 11/11/2015; "G., G. G. c/ Procuración General de la Provincia de Buenos Aires y otro s/ Pretensión indemnizatoria. Conflicto de competencia art. 7 inciso 1 ley 12.008", 11/02/2016, entre muchas otras.

(16) SC Buenos Aires, "Valle, Cristian G. y otro c/ Unidad Funcional de Instrucción N.º 9 y otros s/ Daños y perjuicios. Conflicto de competencia artículo 7 inciso 1 ley 12.008", 28/06/2017.

(17) SC Buenos Aires, "Segura, Héctor M. c/ Poder Judicial y otro s/ Daños y perjuicios. Responsabilidad del Estado (ejerc. prof. funcionarios). Conflicto de competencia art. 7° inc. 1° ley 12.008", 11/04/2018.

(18) SC Buenos Aires, "Pastor, Horacio N. c/ Provincia de Buenos Aires s/ Pretensión indemnizatoria. Conflicto de competencia artículo 7 inciso 1 ley 12.008", 11/04/2018.

(19) SC Buenos Aires, "Blandino, Victorina F. J. c/ Ministerio Público s/ Materia a categorizar. Conflicto de competencia artículo 7 inciso 1 ley 12.008", 08/08/2018.

(20) SC Buenos Aires, "Bravo, Sandra B. c/ Servicio Penitenciario Bonaerense y otros s/ Diligencias Preliminares. Conflicto de competencia artículo 7 inciso 1 ley 12.008", 15/08/2018.

(21) SC Buenos Aires, "Aranda, Armando L. c/ Provincia de Buenos Aires s/ Pretensión indemnizatoria. Conflicto de competencia artículo 7 inciso 1 ley 12.008", 29/08/2018.

(22) SC Buenos Aires, "Banegas, Ricardo G. y otro c/ Ministerio de Seguridad y otros s/ Pretensión indemnizatoria. Conflicto de competencia", 26/09/2018.

este tema. Entrados en el año 2020, se produce una nueva vacante en el Tribunal, por el deceso del juez Negri, con lo cual todo quedó nuevamente en un mar de incertidumbres.

Finalmente, con un ligero agregado argumental referido al impacto adjudicado a la unificación Civil y Comercial, y contando con la sumatoria de los jueces Torres —que se agrega— y Genoud —que cambió de opinión—, en "Morera" **(23)** la minoría logró convertirse en mayoría para dejar de lado el criterio tradicional en esta materia. Con la confirmación inmediata producida en "Andino" **(24)** y la renuncia sobreviniente del juez de Lázzari para acogerse a los beneficios jubilatorios, acaecida en el mes de febrero del corriente año, esta posición por el momento, quedó consolidada para lo sucesivo.

En función de lo expuesto, fácilmente puede apreciarse que, en el año 2020, no hubo reconsideración del tema, en todo caso, la consolidación de una posición que ya estaba instalada en el seno del Tribunal desde larga data y que solo requería del cambio de algunas circunstancias, para contar con el número necesario para pasar a ser mayoría. Tampoco puede sostenerse que los argumentos son novedosos, como refiere el ministro Genoud. Eran bien conocidos por todos, especialmente por este último, que hasta entonces se encontraba en la vereda de enfrente y sin una razón convincente, de la noche a la mañana, pasó a sostener que lo que antes era blanco, ahora es negro. De un plumazo, en un *venire contra factum*, desconoció la fuerza normativa de la Constitución que desde siempre había admitido.

IV.5. La función administrativa como criterio rector. La prevalencia constitucional

De la misma manera, consideramos desacertado el argumento referido a que numerosas disposiciones del Código Procesal administrativo (arts. 1°, 2°, inc. 4, 12, inc. 3, 50, inc. 6 y concordantes), han expandido el ámbito anterior de la jurisdicción contencioso-administrativa. En todo caso, ello surge de una interpretación particular, que además de no corresponderse con la letra y sentido de tales dispositivos normativos, contraviene un enunciado de rango superior. No hay dudas de que la delimitación de la competencia material de la justicia administrativa, al ser incluida en el art. 166 de la Constitución provincial, impone un piso de marcha que, en nuestro parecer, no puede ser alterado ni desnaturalizado por el desarrollo legislativo posterior. Se trata de un núcleo duro, que no está permitido perforar ni vaciar de contenido, pues no resulta razonable propiciar un criterio que dé lugar a que pueda borrarse con el codo lo escrito con la mano.

Insisto, el eje rector y estructural del sistema para determinar la competencia del fuero administrativo y tributario, descansa en la generación del caso por acción u omisión en el ejercicio de la función administrativa en cualquiera de sus manifestaciones y esa regla de carácter general que además recoge el art. 1°, inciso 1° del CPA —en una reproducción casi literal del enunciado constitucional—, fue impuesta por el Constituyente con un claro sentido, cuál fue evitar que por vía reglamentaria, se pueda disponer algo diferente.

Y en este sentido, la habilitación para que la legislatura establezca un sistema de administración de justicia fijando los límites de su competencia territorial, los fueros, las materias y, en su caso, la cuantía (conf. art. 161 primera parte de la CPBA), encuentra un valladar cuando se trate de enjuiciar casos generados por la actuación u omisión en el ejercicio de la función administrativa, los cuales, reitero, deben canalizarse por mandato constitucional, ante el fuero especializado. En ninguna parte, el texto constitucional establece que será la naturaleza de la norma aplicable para resolver la cuestión de fondo, la que determinará el juez competente. Y si bien tampoco le está impedido al legislador utilizar esta opción, esto no puede hacerse con la prescindencia de la naturaleza de la función estatal que está implicada en la generación de caso, que no puede ser otra que la administrativa. El tipo o clase de derecho involucrado, en todo caso, es una consecuencia de la presencia por

(23) SC Buenos Aires, "Morera, Daniela Iris y otro c/ Estado de la Provincia de Buenos Aires s/ Materia a categorizar. Conflicto de competencia art. 7° inc. 1° ley 12.008", 23/11/2020.

(24) SC Buenos Aires, "Andino, Antonio E. c/ Fisco de la Provincia de Buenos Aires s/ Daños y perjuicios. Responsabilidad del Estado. Cuestión de competencia artículo 7 ley 12.008", 01/03/2021.

acción u omisión del ejercicio de la función administrativa. Reitero, aquel es un elemento contingente más no determinante de la contienda administrativa. No hay caso administrativo que implique el conocimiento del fuero administrativo y tributario, si no aparece comprometida la función administrativa.

Por supuesto que somos conscientes que existen resistencias a seguir esta solución. Tanto en la jurisprudencia como en un sector importante de la doctrina, se escuchan voces en contrario, donde más que traducir una auténtica interpretación del texto constitucional, a nuestro juicio, traslucen una expresión de deseos apoyados en la conveniencia de justificar una competencia que atienda a los litigios propios del derecho público, dejando en un segundo plano la clase o naturaleza de la función estatal que origina el caso. Si bien no negamos las ventajas que esto puede representar, no es la solución prevista por el Constituyente ni tampoco la regla que fluye del art. 1°, inciso 1 del CPA.

Veamos entonces las normas del CPA, que a juicio de la mayoría, amplifican la competencia material. Tal como ya lo adelantamos, el art. 1°, en su inciso 1 expresamente refiere que "corresponde a los tribunales contenciosos administrativos el conocimiento y decisión de las pretensiones que se deduzcan en los casos originados por la actuación u omisión, en el ejercicio de funciones administrativas (...)". La disposición legal es categórica. No vemos sinceramente, que aquí pueda justificarse una expansión en el universo de los supuestos en los cuales va a conocer la justicia administrativa. Por su lado, el art. 2°, inciso 4, en tanto enumera como materia incluida, a los supuestos de responsabilidad de los sujetos públicos estatales en tanto estén regidas por el derecho público, aun cuando por analogía se invocaren o aplicaren normas del derecho privado, de ninguna manera autoriza a sostener que el legislador quiso comprender todos los supuestos, sin importar la función estatal comprometida. Los supuestos mencionados, revisten mero carácter enunciativo y cabe interpretar que son un desagregado del núcleo central contemplado en las normas constitucional y legal, que delimitan con precisión el contenido material de la competencia del fuero administrativo y tributario.

El art. 12, inciso 3, solo refiere a lo que se puede pedir, qué se puede pretender, y como contrapartida de ello, el art. 50, inciso 6, en caso de prosperar la petición, cuál puede ser el contenido de la sentencia. No existe siquiera un elemento mínimo que permita afirmar que, de ambas normas, puede justificarse una expansión de la competencia material.

IV.6. El art. 83 del CPA y la persistencia de un error

Hemos dejado para el final la cuestión relativa a la invocación analógica del art. 83 del CPA. Pese a las numerosas objeciones que dicha opción genera, se insiste con dicha solución, que consideramos errónea. Primero, porque existe un límite al legislador, a quien no le está permitido incluir forzadamente un caso ajeno a la función administrativa, en atención a la categórica fuerza normativa de la Constitución que, en el caso, reviste un rango superior a la ley. Segundo, porque el citado dispositivo adolece de una serie de defectos en su origen, que lo privan de toda eficacia jurídica. Sobre este último aspecto, pondremos el énfasis en este apartado.

En el derecho público local bonaerense, nunca existió un marco general que regule el instituto de la responsabilidad del Estado, solo se encuentran algunas normas aisladas sobre el tema. Entre ellas, la ley 8132 **(25)**, que vino a reconocer el derecho a ser indemnizado en los supuestos de condena por error judicial en casos de aplicación de penas privativas de la libertad. Dicha ley fue gestada con innumerables problemas en su tramitación, a punto tal que, llegó a promulgarse y publicarse en el Boletín Oficial, un texto que no se correspondió con el realmente sancionado por la Honorable Legislatura, obligando al Ejecutivo, a proceder a una nueva publicación de lo que fue considerado el texto correcto y auténtico **(26)**.

(25) La versión correcta que se corresponde con lo sancionado por la Legislatura aparece publicada en el BO. del 03/04/1974.

(26) Ver el excelente trabajo del GRAU, Armando E., "Responsabilidad de la Provincia de Buenos Aires por condena errónea", Revista Argentina de Derecho Administrativo, N.º 10 octubre-diciembre, p. 35 y ss., Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 1976.

Esta circunstancia, que no ha sido advertida, salvo alguna excepción, provoca que muchas opiniones estén efectuadas en base a un texto legal que no es el que finalmente quedó vigente, provocando una cadena de sucesivos errores que llevan a conclusiones equivocadas, incluso en el plano jurisprudencial.

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 3° de la mencionada ley, se dispuso que "serán Jueces competentes para entender en las actuaciones originadas por esta ley, los magistrados ordinarios del Fuero Civil". Por otra parte, su art. 6° agregó que esta quedó incorporada al Capítulo VII del Título l, Libro IV del Código de Procedimiento Penal —texto según ley 3.589— **(27)**, cuerpo normativo ritual que ya a ese entonces había sufrido las modificaciones introducidas por las leyes 4.372, 4.633, 5.866, 6.817 y del decreto ley 8.067/73.

El referenciado Código Procesal Penal, que databa del año 1915, además de las modificaciones precedentemente señaladas, posteriormente sufrió diversos cambios a través de los decretos leyes 8.916/77, 9.032/78, 9.803/82 y de la ley 10.358, donde esta última alteró significativamente la estructura y disposiciones originarias, motivos por los cuales y frente a la necesidad de contar con un texto actualizado y sistematizado a efectos de eliminar incertidumbre con relación a la vigencia de sus disposiciones, el Poder Ejecutivo provincial en fecha 06/03/1986 aprobó su texto ordenado a través del decreto 1.174/86 **(28)**.

Recién aquí, la manda contenida en el referenciado art. 6° de la ley 8.132, pudo finalmente materializarse, incorporando sus contenidos en los arts. 321 al 325; y de esta circunstancia se deriva como consecuencia inevitable la pérdida de la virtualidad jurídica propia que poseía aquella, pasando a formar parte de un cuerpo normativo con el cual se confunde. En otras palabras, cualquier modificación que se pretenda, ya no debe realizarse sobre ella directamente, sino en el mismísimo Código de Procedimiento Penal, siempre y cuando mantenga su vigencia.

La Comisión redactora del Anteproyecto de Código Procesal Administrativo, compuesta por prestigiosos juristas, elevó el producto de su trabajo en nota fechada el 15/05/97, poniendo a consideración del Ejecutivo lo que se entendió debía contener el Código Procesal Administrativo y la estructura del Fuero de la materia. Mientras aconteció esto último, en forma paralela y, por otra parte, se estaba estudiando la reforma procesal penal, la que finalmente vio la luz a través de la ley 11.922, promulgada en fecha 10/01/97 y publicada en el Boletín Oficial el 23/01/97, es decir cinco meses antes que la Comisión nombrada en primer término formalmente haya dado por concluida su tarea. Este dato objetivo de la realidad es importante, porque indica que no se pudo razonablemente desconocer que la ley 11.922 derogó el viejo Código de Procedimiento Penal previsto en la ley 3589 y sus modificatorias, y con ello la desaparición de la ley 8.132 que se encontraba incorporada a este último tal como lo explicamos anteriormente.

Estas circunstancias, demuestran el error del Anteproyecto, que en su art. 72, inc. 10 contempló la sustitución del texto del art. 4° de la ley 8.132 por otro que disponía que "serán competentes para entender en las actuaciones originadas por esta ley, los tribunales del fuero contencioso administrativo". Esto pone al descubierto dos cuestiones importantes, una es que no se advirtió que el texto final de la mentada ley 8132 es el publicado en el Boletín Oficial en fecha 03/04/74 que por supuesto difiere en este punto sobre la versión anterior publicada en fecha 29/11/74, y que casualmente el orden de su articulado es completamente diferente **(29)**; y la otra es que la citada ley ya formaba parte del Código de Procedimiento Penal —ley 3589 t.o. por dec. 1.174/86—, que se encontraba derogado por la ley 11.922.

El segundo de los errores señalados precedentemente, más luego se trasladará sin advertirse su equívoco, al texto originario del Código Procesal Administrativo —según ley 12.008—. Más allá de la diferida vigencia del nuevo Código de Procedimiento Penal, y con ello la ultra actividad del viejo Código, a las causas en trámite, como a las que se iniciaron posteriormen-

(27) BO. del 15/01/1915.

(28) BO. del 18/04/1986.

(29) Por ello debió sustituirse el artículo 3 en vez del 4.

te, no justifica que la modificación haya estado dirigida a la ley 8.132, porque al momento de sanción y promulgación de la ley 12.008, el tema de la competencia de los jueces civiles en casos de responsabilidad por condena errónea que previó el art. 3° de la ley 8.132, se hallaba incorporado como art. 323 del texto ordenado de la ley 3.589 —según dec. 1.174/86—, texto que fue sustituido por la ley 11.922, que huelga señalar, fue sancionado y promulgado con anterioridad a la ley 12.008 **(30)**.

En otros términos, la implementación definitiva fueron contingencias sucedidas con posterioridad, desconocidas por aquel entonces para el legislador, por lo cual, mal pueden justificar su comportamiento, en circunstancias que ni remotamente podía conocer. Además, obsérvese que sin perjuicio del error en modificar un texto que no era tal, se dejó subsistente el actual art. 477 del Código de Procedimiento Penal —texto según ley 11.922— donde salvo pequeñas variantes, reproduce literalmente los contenidos de la ley 8.132, que en lo que aquí respecta dispone que "serán Jueces competentes para entender en las actuaciones originadas a los fines de la reparación, los magistrados ordinarios del fuero civil". Esta norma al día de la fecha se encuentra plenamente vigente.

Por las razones expuestas, el argumento relativo a que la modificación prevista en el art. 83 del CPA es la ley posterior que debe primar ante el potencial conflicto normativo, no resulta aquí válido en la medida que presupone una confrontación de normas que no es tal. Ello, sin perjuicio de señalar que el voto minoritario, que ahora hace mayoría, en toda su evolución jurisprudencial, nunca se hizo cargo de ponderar la eventual incidencia del art. 24 de la ley 8.085 **(31)** y sus modificaciones, que si bien es cierto, actualmente está derogada **(32)**, a la fecha de fallarse "Ginzo" se encontraba plenamente vigente.

V. Conclusiones

No compartimos el criterio mayoritario. Más allá de la previsión normativa de asignación de competencia incluido en una ley, la cuestión siempre debe resolverse por la aplicación del art. 166 quinto párrafo de la Constitución provincial, lugar donde el Constituyente se encargó de delimitar materialmente, el universo de casos en los cuales deberán conocer los jueces con competencia en lo procesal administrativo. Criterio rector, que guarda prevalencia frente a cualquier otra solución prevista en una normativa de rango inferior.

A tales efectos, fijó como recaudo de inexcusable cumplimiento, la presencia de un caso originado por el ejercicio de la función administrativa, por exclusión de las restantes funciones estatales (legislativa y/o jurisdiccional), independientemente de cualquier otra cuestión.

En este sentido, entendemos plenamente vigente el criterio jurisprudencial sentado en el caso "Consorcio de Gestión del Puerto de Bahía Blanca", que más allá de declarar la operatividad del art. 166 para ensanchar la limitada competencia fijada por el Código Varela vigente por aquel entonces, estableció diversas pautas de interpretación que, a nuestro juicio, en la actualidad mantienen su vigencia, y que deben necesariamente ser tenidas en cuenta al momento de delimitar el ámbito material de entendimiento de la justicia administrativa.

La primera de ellas, en tanto sostiene que "el enunciado normativo amplio sobre el que descansan los nuevos contenidos en la materia contenciosa administrativa no surge condicionamiento alguno de su vigencia a un desarrollo legislativo ulterior". Y si bien es cierto que esto fue invocado para solucionar un problema de aplicación temporal de un Código diferido en su vigencia a la puesta en funcionamiento del fuero administrativo, debemos aceptar que si interpretada la cláusula constitucional sin el CPA vigente, se entendió que los casos en los cuales estaba comprometida la función jurisdiccional —aunque se tratara de un supuesto de responsabilidad estatal regida por el derecho

(30) Objeción que también merece la ley 12.804 —BO del 17/12/2001— que inexplicablemente derogó el artículo 4 de la ley 8132.

(31) BO. del 27/07/1973. Artículo 24: "La acción civil por daños y perjuicios que autoriza el artículo 57 de la Constitución, debe deducirse ante los jueces ordinarios, independientemente a la acción a que se refieren los artículos precedentes".

(32) Ver ley 13.661 —BO. del 26/04/2007—.

público—, este quedaba excluido, la mera circunstancia de su inclusión sea en forma genérica —art. 2.4— o específica —art. 83—, pueda prevalecer y desconocer el mandato categórico del Constituyente.

La presencia de los recaudos sustanciales para establecer cuando el caso pertenece o no a la competencia del fuero administrativo, no depende ni está condicionado a la reglamentación que al efecto pueda establecer el legislador, que, de hacerlo, no puede en ningún caso, apartarse de los límites materiales que están impuestos en el enunciado del art. 166 de la Constitución provincial —dejando a salvo, claro está, las excepciones que la propia Constitución establece—. El límite material de rango constitucional se torna plenamente operativo, de aplicación directa y vigente en todo tiempo y lugar, y que permanentemente debe ser chequeado y evaluado al momento de resolver si el asunto forma o no parte de la materia procesal administrativa.

La segunda, vinculada a la presencia de la función administrativa, que más allá de los problemas que pueden existir en cuanto a su definición, está claro que aparece delineada constitucionalmente, por exclusión de la legislativa y la jurisdiccional. Como consecuencia de ello, resulta indudable que el fuero administrativo, conoce y resuelva controversias generadas por su actuación u omisión en cualquiera de sus manifestaciones. El criterio sentado en "Ramos" —fallado no por casualidad una semana después de "Consorcio de Gestión"— y que más tarde se ratificó sin solución de continuidad, no se vio alterado por la sola circunstancia de haber entrado en vigencia el CPA.

El cambio jurisprudencial motivo de este comentario, que no consideramos positivo, trae consigo consecuencias que a esta altura no cabe presumir que quienes lo propiciaron, ignoran o desconocen: cambiar la vara con las que se estiman las indemnizaciones y dejar abierta la puerta para canalizar el enjuiciamiento de las Ordenanzas Municipales ante el fuero administrativo. También, otras consecuencias quizá no deseadas, cuando por la habilidad de los litigantes presenten su caso como una cuestión constitucional indirecta, y se requiera la declaración de invalidez de la ley en abstracto, entre otras variantes posibles, que con la invocación de "Morera", permiten poner el centro en la naturaleza del derecho que rige la cuestión de fondo. La desnaturalización del eje rector puesto en la función administrativa corre serios riesgos de ser vaciado de contenido. Es solo cuestión de tiempo para ver sus resultados.