RDA

DERECHO ADMINISTRATIVO

REVISTA DE DOCTRINA, JURISPRUDENCIA, LEGISLACIÓN Y PRÁCTICA

Septiembre - Octubre 2021 | 137

DIRECTOR:
JUAN CARLOS CASSAGNE

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

TEMA SELECCIONADO

Acto administrativo

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 septiembre 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

Septiembre - Octubre 2021 | 137

TEMA SELECCIONADO

Acto administrativo

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

TEMA SELECCIONADO:
Acto administrativo

Análisis constitucional y exegético de la revocación de actos administrativos por razones de interés público
Alfonso Buteler 3

La relevancia del dictamen jurídico previo (con particular referencia a su tratamiento en la jurisprudencia contencioso-administrativa bonaerense)
Luciano Enrici 17

El diseño constitucional del acto administrativo contemporáneo
Leandro Salgan Ruiz 37

Límite temporal para la anulación del acto irregular
Martín H. Sánchez 48

El acto administrativo en la jurisprudencia administrativa de la Procuración del Tesoro de la Nación
Gustavo E. Silva Tamayo 76

ESTUDIOS

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

La convencionalidad de la actividad administrativa
Pablo Á. Gutiérrez Colantuono 115

Los principios generales del derecho como fuente nacional del derecho administrativo
Víctor Hugo Chávez Moya 128

Caducidad en el proceso contencioso administrativo. Tutela efectiva y mayor cautela en los grupos vulnerables
Carolina B. Echeverria 134

Personal militar: sistema legal protectorio ante accidentes y enfermedades
Ismael Fabián Torres - Lilian A. G. Furia de Torres 143

Teletrabajo y derecho a la desconexión digital en el empleo público
Ricardo A. Muñoz (h.) 156

Las políticas públicas argentinas para combatir el desvío de armas de fuego a los canales ilícitos
Ramiro Urristi 179

Los órganos de control en la Constitución de la provincia de Corrientes
Juan D. A. Castello 186

Cuestiones de la prueba en el actual proceso contencioso administrativo salteño
Pablo Robbio Saravia 198

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 213

¿Qué federalismo nos depara el futuro?, o ¿el futuro nos depara federalismo?
Raúl Luis Montero 261

JUECES
Impugnación de la terna elaborada por el Consejo de la Magistratura de Buenos Aires. Rechazo. Disidencia 307

Reflexiones acerca de la motivación de las decisiones del Consejo de la Magistratura. El caso "Mortara", un Zarlenga recargado
Martín Sheridan 317

TEMA SELECCIONADO:
Acto administrativo

Análisis constitucional y exegético de la revocación de actos administrativos por razones de interés público

Alfonso Buteler

Sumario: I. Introducción.— II. Revocación y derecho de propiedad.— III. Régimen de la revocación por razones de interés público.— IV. Análisis crítico del art. 18, LNPA.— V. Revocación e indemnización.

I. Introducción

Como se sabe, el acto administrativo puede extinguirse, entre otras causales **(1)**, por la revocación que haga la administración pública. La decisión de dejar sin efecto una decisión por parte de la administración pública puede obedecer a diversos motivos que, en el sistema jurídico argentino, a partir de la regulación efectuada por la ley 19.549 **(2)**, se han englobado en dos supuestos: a) revocación por ilegitimidad para los actos administrativos inválidos, y b) revocación por razones de mérito, oportunidad y conveniencia para los casos en donde el acto administrativo resulta legítimo.

A partir de lo expuesto y dado que la revocación por ilegitimidad ya ha sido motivo de otro estudio por nuestra parte **(3)**, el presente trabajo tendrá por objeto analizar la revocación de actos administrativos válidos por motivos de mérito, oportunidad o conveniencia, esto es, por motivos de interés público.

A partir de ello, analizaremos los recaudos para el uso de tal potestad por la administración pública, el régimen jurídico en nuestro país y las variantes de revocación de actos válidos que pueden presentarse.

II. Revocación y derecho de propiedad

II.1. Visión constitucional

Antes de analizar la regulación normativa de dicha facultad en el sistema nacional analizaremos la cuestión en el marco constitucional de la República Argentina, ya que la Carta Magna contiene disposiciones que condicionan el funcionamiento de tal atribución.

Como la mayoría de los derechos, no puede predicarse el carácter absoluto del derecho de propiedad en virtud de lo dispuesto en el art. 14 de la Ley Fundamental. En tal sentido ha dicho el Alto Tribunal que "es indudable que el derecho de propiedad, como cualquier otro reconocido por la Constitución, se halla sujeto a las leyes que reglamentan su ejercicio; pero el poder de reglamentar el derecho sustancial no llega, desde luego, a consentir la posibilidad de invalidarlo" **(4)**.

(1) Entre los motivos por los cuales puede extinguirse un acto administrativo puede mencionarse el cumplimiento del objeto, la expiración del plazo, la renuncia, la caducidad, la revocación por motivos de ilegitimidad, entre otras. Para ampliar puede verse: BUTELER, Alfonso, "Derecho administrativo argentino", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2016, t. I, ps. 356 y ss.

(2) En adelante LNPA.

(3) BUTELER, Alfonso, "Revocación de actos administrativos por conocimiento del vicio. Inconstitucionalidad", LA LEY 2013-E, 1143.

(4) CS, Fallos: 122:209; 278:232, disidencia de los jueces Marco Aurelio Risolía y Margarita Argúas.

Sin perjuicio de ello, la cláusula que impacta con su contenido en el instituto de la revocación por interés público —y también por motivos de ilegitimidad— es el art. 17 cuando dispone: "La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley. La expropiación por causa de utilidad pública, debe ser calificada por ley y previamente indemnizada".

Como puede apreciarse, el texto constitucional establece como regla la inviolabilidad de la propiedad y la posibilidad de su privación solo a partir de una sentencia fundada en ley, que sea el producto de un proceso ante los tribunales de justicia. Luego, establece el instituto expropiatorio como excepción a dicha regla para lo cual exige la declaración de utilidad pública por ley e indemnización previa.

II.2. Derechos adquiridos y expropiación

Como hemos visto, en el sistema constitucional argentino el derecho de propiedad no es absoluto. La Ley Fundamental, en el art. 17, al regular los alcances de la garantía de la inviolabilidad de la propiedad en nuestro sistema constitucional, establece las pautas que debe cumplir la expropiación por causas de utilidad pública.

Primero, indica que debe estar precedida del dictado de una ley formal, es decir, emanada del órgano legisferante (Congreso Nacional, legislaturas provinciales y Consejos deliberantes municipales), por medio de la cual se declare la utilidad pública del bien sujeto a expropiación.

Segundo, dispone que el desapoderamiento del bien debe estar precedido del pago de una indemnización.

Con relación a ello, ha dicho la Corte Suprema: "La discreción de los poderes colegisladores y la indemnización del propietario, son elementos más que suficientes para asegurar con fundamento que la propiedad es inviolable en todo el territorio de la Nación, o por lo menos, no sería posible encontrar parte alguna en que estuviese rodeada de mayores garantías" **(5)**.

(5) Fallos 33:162, "Municipalidad de la Capital c. Isabel A. Elortondo" (1888).

II.3. Enfoque jurisprudencial

A partir de ello, cabe preguntarse si los derechos que surgen de un acto administrativo resultan alcanzados por dicha garantía de propiedad. Ese interrogante ha sido contestado de manera afirmativa por la Corte Suprema al fijar un concepto amplio del derecho de propiedad en la causa "Bourdié" **(6)** y en "Metalmecánica" **(7)** al establecer el criterio según el cual los derechos que emanan de un acto administrativo quedan comprendidos en el concepto de propiedad constitucional.

II.4. Los derechos adquiridos en la LNPA

La misma lógica protectoria de los derechos adquiridos que emanan de un acto administrativo surge de algunas cláusulas de la ley 19.549, en consonancia con lo que establece la Constitución Nacional.

En tal sentido, el art. 17 de dicho cuerpo legal no permite la revocación en sede administrativa de los actos administrativos nulos cuando se han generado derechos subjetivos en cumplimiento, imponiendo la obligación de lograr su anulación en sede judicial. Ello, sin perjuicio de lo que estableció la Corte Suprema en la causa "Almagro" **(8)**, la Procuración del Tesoro de la Nación **(9)** o lo que establece el régimen de procedimiento administrativo de la Ciudad de Buenos Aires **(10)**, cuya inconstitucionalidad ya hemos denunciado en otra oportunidad **(11)**.

En la misma, línea el art. 13 dispone: "El acto administrativo podrá tener efectos retroactivos —siempre que no se lesionaren derechos adqui-

(6) Fallos 145:307 "Bourdie" (1925).

(7) Fallos 296:672, Metalmecánica SA" (1976).

(8) Fallos 321:169, "Almagro Gabriela y otra" (1998).

(9) PTN, Dictámenes 153:213, 261:118, entre otros.

(10) Es importante recordar que el art. 17 de Régimen de Procedimientos Administrativos de la Ciudad de Buenos Aires permite la revocación del acto administrativo irregular del que han nacido derechos subjetivos en cumplimiento en los casos en que el interesado haya tenido conocimiento del vicio.

(11) BUTELER, Alfonso, "Revocación de actos administrativos por conocimiento del vicio. Inconstitucionalidad", LA LEY 2013-E, 1143.

ridos— cuando se dictare en sustitución de otro revocado o cuando favoreciere al administrado".

Como puede apreciarse, dicha norma también tiene por objeto respetar el valladar que importa la existencia de un derecho adquirido derivado del dictado de un acto administrativo.

III. Régimen de la revocación por razones de interés público

III.1. Introducción

Sentadas las bases constitucionales de la revocación cabe ahora analizar la regulación pues, como veremos, tanto el sistema federal como muchos sistemas provinciales autorizan a la administración pública a revocar los actos administrativos por razones de mérito, oportunidad o conveniencia.

III.2. Régimen federal

Vale destacar que en el régimen federal argentino la potestad revocatoria de los actos administrativos toma como punto de partida la legitimidad o no de la decisión.

Así en los supuestos en que el acto resulta nulo la decisión puede ser revocada o anulada por razones de ilegitimidad, siempre que no haya generado derechos subjetivos en cumplimiento, es decir, derechos adquiridos (art. 17). En cambio, si el acto administrativo se perfeccionó de acuerdo con el sistema jurídico, es decir, resulta plenamente válido, solo puede ser revocado por razones de interés público para lo cual debe abonarse una indemnización (art. 18), como veremos luego.

En particular el art. 18 del dec.-ley 19.549 dice que el "acto administrativo regular, del que hubieren nacido derechos subjetivos a favor de los administrados", "podrá ser revocado, modificado o sustituido por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, indemnizando los perjuicios que causare a los administrados".

Como puede apreciarse, el art. 18 de la LNPA estipula un mandato amplio de actuación a la autoridad estatal habilitándola para revocar —en cualquier momento— un acto administrativo válido con la única exigencia de que se indemnicen los perjuicios causados al administrado.

En virtud de tales razones, corresponde señalar que la primera consecuencia que surge de dicho precepto normativo es que cuando nos referimos a la revocación de actos administrativos por razones de bien común aludimos a un acto administrativo válido o perfecto, es decir, que ha nacido de conformidad al ordenamiento jurídico. Por tal motivo, la condición *necesaria* de la revocación por razones de interés público es que el acto cuya revocación se pretende debe ser válido **(12)**.

En segundo término, dicho acto administrativo debe haber generado derechos subjetivos a favor del administrado. Adviértase, que a diferencia del acto nulo para el cual el art. 17 exige derechos subjetivos en cumplimiento, es decir, derechos adquiridos para otorgar estabilidad, el art. 18 requiere solamente el nacimiento de derechos subjetivos lo que se produce, lógicamente, con la notificación de la decisión a su destinatario.

Ello implica una evidente contradicción pues el acto administrativo válido puede ser revocado en sede administrativa sin ningún valladar mientras que el acto administrativo ilegítimo no puede ser revocado por la administración ante sí, cuando ha generado derechos adquiridos.

A partir de ello, la LNPA presenta una palmaria incoherencia en el punto, en tanto se otorga mayor tutela al acto ilícito que al acto dictado conforme el ordenamiento jurídico aplicable a la especie.

III.3. Objeciones constitucionales

Como vimos, el art. 18 de la LNPA autoriza la revocación de un acto administrativo válido, a pesar de la existencia de derechos adquiridos.

Ello, desde nuestra perspectiva, importa una flagrante violación de la garantía constitucional de la inviolabilidad de la propiedad. Pues, la incorporación de los derechos emanados del acto administrativo al patrimonio del destinatario veda tal atribución por parte de la autoridad pública.

(12) BANDEIRA DE MELO, Celso A., "Curso de direito administrativo", San Pablo, Malheiros, 2013, 30ª ed., p. 458.

Cabe destacar que la posibilidad de revocar en sede administrativa un acto administrativo que ha generado un derecho adquirido resulta inconstitucional porque viola el art. 17 de la CN cuando establece que nadie puede ser privado de su propiedad sino a partir de una sentencia fundada en ley. Este precepto constitucional deja en claro que en el sistema constitucional argentino cuando los derechos que emanan de un acto administrativo se han incorporado a la propiedad de su destinatario aquella es inviolable, aún para la administración pública.

Desde el prisma constitucional y de acuerdo con lo regulado por la LNPA, la única alternativa posible para el desapoderamiento de los derechos adquiridos emanados de un acto administrativo es la expropiación mediante el dictado de una ley que declarara de utilidad pública el acto y previo pago de una indemnización.

En tal sentido, ha dicho Gordillo **(13)** que "la revocación por razones de oportunidad, en cuanto pretende eliminar el derecho de propiedad del particular emergente de un acto administrativo que le reconoce u otorga derechos, no puede ser constitucionalmente hacerse en sede administrativa, sin ley especial que califique de utilidad pública el derecho cuya expropiación se trata".

En la misma línea, Cassagne ha dicho: "Creemos que en cualquier caso se requerirá siempre el dictado de una ley declarativa del interés que fundamente la revocación" **(14)**.

Igualmente, se ha dicho: "Un derecho que integra la propiedad del administrado no puede quedar sometido a la sola voluntad de la Administración sin calificación legal de utilidad pública" **(15)**.

En esta misma línea, se han pronunciado algunos ordenamientos provinciales. En tal sentido la ley 1284 de Procedimiento Administrativo de Neuquén establece que, si el acto administrativo goza de estabilidad, no es pasible de revocación por razones de ilegitimidad o de oportunidad, salvo norma legal expresa que califique de utilidad o interés público el derecho que aquel crea, reconoce o declara, declarándolo sujeto a revocación o expropiación **(16)**.

Con similar orientación la ley 5348 de Procedimiento Administrativo **(17)** de Salta dispone que si el acto administrativo goza de estabilidad no puede ser revocado por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, sin norma legal expresa que califique de utilidad o interés público el derecho que el acto crea, declara o reconoce; declarándolo sujeto a revocación o expropiación **(18)**. En lo concerniente a esta cuestión el régimen de procedimiento administrativo de la provincia de La Rioja establece que si el acto administrativo goza de estabilidad no puede ser revocado por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, sin norma legal expresa que califique de utilidad o interés público el derecho que el acto crea, declara o reconoce, declarándolo sujeto a revocación o expropiación **(19)**.

Por su parte, Ley de Procedimientos Administrativos de Mendoza (ley 9003) contempla expresamente este supuesto disponiendo lo siguiente: "Si el acto administrativo goza de estabilidad, no puede ser revocado por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, salvo norma legal expresa que califique de utilidad o interés público el derecho que aquel crea, reconoce o declara, declarándolo sujeto a revocación o expropiación" **(20)**.

III.4. La LNPA como declaración de utilidad pública

Sobre este punto Balbín considera que el art. 18 de LNPA es constitucional en este punto dado que cumple con la exigencia de ley previa.

(13) GORDILLO, Agustín, "Tratado de derecho administrativo", Ed. FDA, Buenos Aires, 2011, 10ª ed. p. XIII, 22.

(14) CASSAGNE, Juan Carlos, "Ley Nacional de Procedimiento Administrativo", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 389.

(15) DROMI, Roberto, "Derecho administrativo", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1992, t. I, p. 238.

(16) Art. 84.

(17) Texto ordenado, según ley 5348/1978, con las modificaciones introducidas por la ley 5552/1980.

(18) Art. 96.

(19) Art. 96.

(20) Art. 100.

En tal sentido, dicho autor sostiene que la habilitación legal realizada por el legislador viene a cumplir con esa exigencia constitucional operando como una declaración de utilidad pública **(21)**.

Discrepamos de dicha postura por las siguientes razones.

En primer término, el régimen de procedimiento administrativo no es una ley, sino un decreto-ley dictado durante un gobierno de facto y, en consecuencia, no se cumple con el mandato constitucional del art. 17 que requiere la existencia de una ley formal, y el sustento democrático y republicano que se deriva de la intervención del Poder Legislativo.

Segundo, dado que la exigencia de ley declarativa de utilidad pública a los efectos expropiatorios no puede ser abstracta **(22)**, como ocurre con el aludido art. 18, sino que debe referirse al bien que se va a expropiar. Es decir que debe ser específica **(23)** o, en peor de los casos, genérica, tal como lo ha admitido la Corte Suprema **(24)**.

Por otra parte, cabe señalar que un análisis global de la potestad revocatoria en el marco de la LNPA arroja el mismo resultado. Pues, si la administración pública no puede revocar ante sí el acto administrativo irregular cuando ha generado derechos adquiridos, tal como lo establece el art. 17 al imponer la iniciación de una acción judicial de nulidad (lesividad), resulta lógico que no pueda hacerlo cuando se trata de un acto administrativo válido.

Por tales motivos, consideramos que el art. 18 de la LNPA no suple la exigencia constitucional de ley declarativa de utilidad pública que impone el art. 17 de la CN.

IV. Análisis crítico del art. 18, LNPA

Sin perjuicio de las objeciones constitucionales sobre dicho precepto normativo que hemos dado cuenta, cabe apuntar otras deficiencias en la regulación federal en materia de revocación por razones de mérito, oportunidad o conveniencia.

IV.1. Inexistencia de un límite temporal. Prescripción

Como puede apreciarse, el art. 18 de la LNPA no prevé un límite temporal para el uso de esa facultad revocatoria lo que viola el principio de estabilidad de los actos administrativos en los supuestos en que hay derechos adquiridos y el principio de la seguridad jurídica. Ello dado que esa norma habilita que, en cualquier momento, la administración pública pueda revocar un acto administrativo válido.

Ello importa una gravedad inusitada dado que todos los actos administrativos válidos, en cualquier momento pueden ser dejados sin efecto, por la sola decisión de la administración pública. Como puede apreciarse, más allá de la inconstitucionalidad que hemos predicado, constituye una atribución desproporcionada e

(21) BALBÍN, Carlos, "Curso de derecho administrativo", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2008, t. II, ps. 82-3.

(22) En cambio, es abstracta cuando la normativa que regula el régimen expropiatorio dispone, de una manera apriorística y desvinculada con razones concretas de bien común la declaración de utilidad pública de ciertos bienes. Así, por ejemplo, la ley 1487 de la provincia de Corrientes.

(23) La declaración de utilidad pública es específica cuando el legislador u órgano competente para el ejercicio de esa atribución designa el bien objeto de expropiación.

(24) Esta última posibilidad ha sido convalidada por la Corte Suprema en diversos precedentes, siempre y cuando la declaración sea precisa y clara. En tal orden de ideas, ha sostenido que, en los casos de obras de carácter general, como son las de ferrocarriles, tranvía, canales o caminos, no resulta necesario que se dicte una ley especial de expropiación para cada una de las propiedades afectadas; basta que la ley nacional respectiva conceda autorización general para expropiar, calificando la obra de que se trata y confiando a las autoridades administrativas la determinación de los terrenos que sean necesarios para realizarla. (Fallos 183:88, "'Dirección Nacional de Vialidad c. Badaraco' y 'Bottaro Rosello, Manuel N. c. Provincia de Buenos Aires'; 'Provincia de Buenos Aires c. Martínez Bayá de Peralta Ramos, Matilde'").Según la postura del Alto Tribunal, resulta válida la delegación de la facultad en el Poder Ejecutivo para individualizar los bienes declarados genéricamente de utilidad pública por el órgano legislativo (Fallos 183:188).También, ha opinado que es válida la cláusula genérica de expropiación para la construcción de caminos, impuesta por la naturaleza de las cosas, pues la determinación por ley de cada parcela que la obra requiriera equivaldría a hacerla imposible. (Fallos 252:310, "Bauzá, Horacio, y otro c. Administración General de Vialidad Nacional" (1962).

implica consagrar la regla inconstitucional según la cual los derechos nacidos al amparo de un acto administrativo son precarios.

Desde nuestra perspectiva esa facultad *in eternum* en cabeza de la administración pública en insostenible en un Estado de derecho.

Sin perjuicio de ello consideramos que en tales supuestos resulta aplicable, por vía analógica, lo previsto en el art. 27 de la LNPA con relación al plazo de prescripción para promover la acción de lesividad. Es decir, que la revocación por razones de interés público solo puede ser llevada adelante mientras no se encuentre operado el plazo de prescripción.

Pues, además, cabe recordar que, conforme lo dispone el art. 2534 del Cód. Civ. y Com., "[l]a prescripción opera a favor y en contra de todas las personas, excepto disposición legal en contrario".

En esa línea, la Ley de Procedimiento Administrativo de la Provincia de Buenos Aires establece que no pueden revocarse los actos administrativos "cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido u otras circunstancias, su ejercicio resultase contrario a la equidad, al derecho de los particulares o a las leyes" **(25)**.

Cabe concluir, entonces, que la facultad de revocación por razones de interés público está sujeta a las reglas de la prescripción.

IV.2. ¿Es necesaria una habilitación expresa?

Desde nuestro enfoque, como toda prerrogativa pública y en virtud de lo previsto por el art. 19 de la CN cuando exige la existencia de una norma que habilita la competencia, la posibilidad de revocar por razones de bien común requiere de una habilitación normativa para su utilización por la administración.

Para Marienhoff, en cambio, no hace falta norma habilitante expresa dado que según su opinión su fundamento se encuentra en el art. 17 de la CN cuando autoriza la expropiación por razones de utilidad pública **(26)**.

En la postura contraria a la nuestra, se ha expresado la Corte Suprema en el caso "Pustelnik" **(27)** al sostener que no resulta necesaria que la potestad para revocar actos administrativos por motivos de mérito, oportunidad o conveniencia esté expresamente prevista. Con la misma orientación, desde la doctrina se ha señalado que sino dicha atribución se encuentra ínsita en la función de administrar **(28)**.

IV.3. Supuestos

Como hemos visto, la regulación federal establece la regla impide la revocación de actos administrativos válidos, una vez que han generado derechos subjetivos, luego de notificados.

Seguidamente, autoriza esa posibilidad cuando la revocación favoreciere a su destinatario sin causar perjuicio a terceros y cuando se trate de derechos otorgados a título precario.

Finalmente, autoriza la revocación por motivos de oportunidad o conveniencia.

Ello, deja en orfandad regulatoria a muchas hipótesis de revocación de actos válidos u ofrece respuestas inadecuadas o injustas. Pues, no toda revocación de actos válidos se circunscribe a tales supuestos.

IV.4. Cambio objetivo en las circunstancias de hecho

Con relación a ello, se ha dicho que lo que justifica la revocación por mérito, oportunidad o conveniencia, es el cambio en las circunstancias de hecho **(29)**, que debe haberse verificado con

(25) Art. 117.

(26) MARIENHOFF, Miguel S., "Tratado de Derecho Administrativo", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, 5ª ed. act., reimp., t. II, p. 630.

(27) CS, 07/10/1975, "Pustelnik, Carlos" (Fallos 293:133).

(28) FIORINI, Bartolomé, "Derecho administrativo", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1976, 2ª ed. act., t. I, p. 580.

(29) COMADIRA, Julio R., "Procedimientos Administrativos", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2002, p. 387; BERCAITZ, Miguel A., "Teoría general de los contratos admi-

posterioridad a la emisión del acto que se revoca **(30)**.

Pues, como lo ha puesto de resalto Marienhoff, el cambio sobreviniente en la base fáctica del acto no autoriza a revocarlo por ilegitimidad dado que el acto sigue siendo perfecto, sino que en esos casos para revocarse el acto deben invocarse y probarse la existencia de razones de mérito, oportunidad o conveniencia y previo pago de la indemnización correspondiente, tal como lo exige el art. 17 de la CN **(31)**.

En esa misma línea, se ha expresado Pozo Gowland señalando que un cambio en las circunstancias de hecho solo habilita la revocación por motivos de mérito, oportunidad o conveniencia **(32)**.

Es importante destacar que debe tratarse de nuevas circunstancias, no existentes al momento del dictado del acto que se pretende dejar sin efecto, y que no hayan sido provocadas por la administración pública, sino que resulten ajenas a ella. Es decir, debe tratarse de una variación objetiva de las circunstancias.

En este supuesto, dado que no hay incumplimientos ni reproche al destinatario del acto administrativo corresponde el pago de una indemnización.

Este caso es contemplado por la Ley de Procedimiento Administrativo de Chubut [ley I nro. 18 **(33)**] cuando dispone que pueden ser revocados los actos por motivos vinculados al mérito a la oportunidad o conveniencia, por haber cambiado las condiciones de hecho o por nuevas exigencias del interés público **(34)**.

Dicha posibilidad también está prevista en el régimen correntino (ley 3460). La norma dispone que la administración pública debe revocar o modificar el acto que, habiendo reunido todos los requisitos al momento de su nacimiento, como consecuencia de hechos sobrevinientes o de modificación de las normas generales, pierde su concordancia en el orden normativo. Antes de decretarla revocación debe otorgarse participación al interesado para que ejerza su derecho de defensa **(35)**. Es importante destacar que, en tal supuesto, el acto de extinción por legitimidad o de mérito sobreviniente surte efecto desde el momento de su notificación **(36)**. El particular afectado por una extinción por ilegitimidad o de mérito sobreviniente tiene derecho a ser indemnizado del daño directo efectivamente sufrido, siempre que lo acredite, cuando: a) El hecho sobreviniente haya sido realizado por la administración pública y b) En él, no hubiese participado en favor de la modificación, el particular interesado **(37)**.

Con relación a ello, la Ley de Procedimiento Administrativo de La Pampa [ley 951 **(38)**] establece que el acto administrativo nacido en coincidencia o armonía con el interés público que después —por cambios en las circunstancias de hecho— resulte en contradicción con el interés público, no pierde su perfección originaria, pues solo se convierte en acto inoportuno **(39)**.

IV.5. Nueva valoración de la Administración pública en las circunstancias de hecho

Otra de las causales que suele mencionarse como motivo para la procedencia de la revocación de un acto administrativo por razones de mérito, oportunidad o conveniencia es el cam-

nistrativos", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1980, 2ª ed. corr. y act., p. 497.

(30) MARIENHOFF, Miguel S., "Revocación del acto administrativo por razones de mérito, oportunidad o conveniencia", LA LEY 1980-B, 817.

(31) MARIENHOFF, Miguel S., "Tratado de Derecho Administrativo", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, 4ª ed. act., t. II, p. 465.

(32) POZO GOWLAND, Héctor, en AA.VV. Procedimiento administrativo, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2012, H. Pozo Gowland, D. Halperín, O. Aguilar Valdez, F. Juan Lima, A. Canosa (dirs.), t. III, p. 475.

(33) Antes ley 920.

(34) Art. 94.

(35) Art. 158.

(36) Art. 159.

(37) Art. 160.

(38) BO del 23/11/1979.

(39) Art. 52.

bio de criterio o nueva valoración del interés público o de las circunstancias de hecho **(40)**.

En este supuesto, las circunstancias de hecho que motivaron el acto inicial siguen siendo las mismas pero lo que se ha modificado es su valoración por parte de la autoridad estatal.

Resulta evidente que la posibilidad de utilizar la facultad revocatoria solo frente a la nueva apreciación de las circunstancias por parte de la autoridad administrativa implica dotar de una atribución muy laxa y que puede atentar contra la seguridad jurídica.

Sin embargo, tampoco se puede desconocer que en determinados ámbitos el uso de la potestad revocatoria puede resultar necesario. Aquí, a diferencia del supuesto anterior, es la propia administración la que varía los parámetros jurídicos o normativos en que se desenvuelve el acto administrativo que se pretende dejar sin efecto, modificándose desde lo material o normativo la percepción sobre el bien común **(41)**.

Según nuestra opinión el uso de facultad revocatoria por razones de interés público derivada de la nueva apreciación del bien común debe estar expresamente autorizada por el ordenamiento jurídico.

Esta causal de revocación genera un derecho indemnizatorio en cabeza del titular del acto revocado.

IV.6. Cambio en la normativa

Otra corriente de pensamiento, en cambio, sostiene que una modificación de la normativa que le dio base al acto administrativo autoriza la revocación de un acto administrativo por motivos de interés público **(42)**.

Así, lo entendió la Corte Suprema en el caso "Pustelnik" **(43)** al señalar que "el decreto municipal 5/1971 no constituyó un acto de revocación por razones de irregularidad de la autorización acordada sino que mediaron motivos de oportunidad, mérito o conveniencia ya que, a la fecha de dictarse el citado decreto estaba en vigor la ordenanza 25.132, posterior al permiso, que derogara la ordenanza 24.077 en cuya base se concediera este y disipara las dudas interpretativas a que ella diera lugar, prohibiendo inequívocamente la erección de edificios en torre en la zona edilicia de Palermo Chico" **(44)**.

Es decir, que para la Corte Suprema el cambio el dictado de normas posteriores al título habilitante autoriza la revocación por razones de interés público. Entonces, no se considera un caso de ilegitimidad sobreviniente sino de revocación por motivos de encontrarse afectado el bien.

Desde nuestra perspectiva esa conclusión resulta incorrecta dado que el cambio de la normativa aplicable al caso da lugar a la revocación por motivo de ilegitimidad sobreviniente. Pues, un acto administrativo, por el dictado de una nueva normativa se convierte en ilegítimo, sin perjuicio de los derechos adquiridos al amparo del régimen anterior.

En este supuesto, dado que no hay incumplimientos ni reproche al destinatario del acto corresponde el pago de una indemnización.

Con relación a ello, la Ley de Procedimiento Administrativo de La Pampa [ley 951 **(45)**] establece que el acto nacido legítimo no se convierte en ilegítimo como consecuencia de un cambio en el derecho objetivo. Tal acto es solo inoportuno o inconveniente. Luego, agrega que su extinción únicamente puede disponerse por razones de oportunidad o mérito **(46)**.

Por otro lado, el acto administrativo nacido en coincidencia o armonía con el interés público

(40) COMADIRA, J., "Procedimientos", ob. cit., p. 387.

(41) IGLESIAS GONZÁLEZ, Felipe, "La revocación de actos administrativos favorables", Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 120.

(42) MARIENHOFF, Miguel S., "Tratado de Derecho Administrativo", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, 4ª ed. act., t. II, p. 462.

(43) CS, 07/10/1975, "Pustelnik, Carlos" (Fallos 293:133).

(44) Consid. 18.

(45) BO del 23/11/1979.

(46) Art. 51.

que después —por cambios en las circunstancias de hecho— resulte en contradicción con el interés público, no pierde su perfección originaria, pues solo se convierte en acto inoportuno **(47)**.

En lo concerniente a esta cuestión el régimen de procedimiento administrativo de la provincia de La Rioja (ley 4044) establece: "La falta de conformidad de un acto con el orden jurídico sobreviniente o el acaecimiento de un hecho que hace desaparecer un presupuesto jurídico del acto, lo torna revocable en sede administrativa por razones de oportunidad, mérito o conveniencia" **(48)**.

En cambio, la Ley de Procedimientos Administrativos de Mendoza (ley 9003) contempla expresamente este supuesto disponiendo lo siguiente: "Cuando un acto que nació válido se torna inválido por un cambio en el ordenamiento jurídico o por el acaecimiento de un hecho que hace desaparecer un presupuesto jurídico del acto puede ser objeto de revocación" **(49)**.

IV.7. Cláusula expresa de revocación

En algunos supuestos la normativa aplicable a la especie prevé expresamente que el derecho que se otorga mediante el acto administrativo es susceptible de ser revocado el cualquier momento por la autoridad pública por razones de mérito, oportunidad o conveniencia. A ello parece referirse el art. 18 de la LNPA cuando autoriza la revocación en los supuestos en que los derechos hubieren sido otorgados a título precario.

Es importante que esa facultad tenga rango legal para evitar que la administración pública precarice los derechos de los particulares. Tales casos deben encontrarse justificados y son de interpretación restrictiva.

IV.8. Revocación por incumplimiento

También puede ocurrir que la revocación de un acto válido tenga lugar en virtud del incumplimiento por su destinatario del derecho reconocido, sea de lo que impone el acto en cuestión o la regulación aplicable al caso.

Con relación a ello se ha dicho que si los requisitos o consecuencias que se tuvieron en cuenta para el dictado resultan exigibles durante la vida del acto su desaparición provocará la posibilidad de su revocación **(50)**.

Aquí, valga destacar, no existe un hecho que amerite una sanción, sino que el acto que otorgó el derecho mantiene sus efectos en la medida en que se cumplan con las condiciones allí establecidas. De este modo, esta figura puede presentar similitudes con la caducidad que estipula el art. 21 de la LNPA.

Dicha causal, que se presenta muy seguido en la práctica administrativa, no está contemplada en la LNPA. En tales supuestos, no debería existir una indemnización dado que la revocación es consecuencia del incumplimiento por parte del sujeto favorecido por su dictado. Sin embargo, la letra del art. 18 de dicho cuerpo normativo podría habilitar un reclamo indemnizatorio.

IV.9. Revocación como sanción

En este supuesto la revocación se produce como consecuencia de una sanción derivada de las condiciones que impone el acto que otorga el derecho o por violar el régimen jurídico que regula la actividad que desarrolla su destinatario.

Es dable advertir que el carácter sancionatorio de esta modalidad revocatoria y las garantías que ello conlleva marca la diferencia con la modalidad anterior (revocación por incumplimiento). Tal circunstancia, amerita que se asegure el derecho de defensa de manera previa a la revocación.

Es que cuando el particular goza de un derecho derivado de un acto administrativo válido las medidas administrativas que lo limitan como consecuencia de una presunta infracción

(47) Art. 52.

(48) Art. 95.

(49) Art. 99.

(50) IGLESIAS GONZÁLEZ, Felipe, "La revocación de actos administrativos favorables", Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 80.

deben considerarse como verdaderas sanciones administrativas **(51)**.

IV.10. Efectos

Mientras que los efectos de la revocación por razones de ilegitimidad son retroactivos al momento del dictado del acto administrativo objeto de la revocación, las consecuencias de la revocación de un acto administrativo por motivos de oportunidad, mérito o conveniencia son para el futuro **(52)**.

Para Cassagne, quedan exceptuados del efecto *ex tunc* los casos en que de ese modo se afecte en forma grave el interés público **(53)**.

Además, el efecto es de carácter constitutivo dado que tiene por objeto la extinción del vínculo jurídico nacido con el acto administrativo que se revoca **(54)**.

V. Revocación e indemnización

V.1. Introducción

Como vimos, el art. 18 de la LNPA establece, luego de facultar de manera irrestricta a la administración pública revocar los actos administrativos por razones de oportunidad, mérito o conveniencia impone el deber de indemnizar "los perjuicios que causare a los administrados".

Entonces, la revocación por razones de bien común obliga a la administración pública a abonar una indemnización. Esto resulta aplicable también a los contratos administrativos **(55)**. En tal orden de ideas el dec. 1023/2001 contempla expresamente esta posibilidad al prescribir: "La revocación, modificación o sustitución de los contratos por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, no generará derecho a indemnización en concepto de lucro cesante" **(56)**.

Como puede apreciarse, aquel precepto no indica el momento en que debe abonarse dicha indemnización y su extensión.

V.2. Oportunidad de la indemnización

Sentado que en tales hipótesis corresponde el pago de una indemnización cabe analizar la cuestión relativa a la oportunidad para el pago.

V.2.a. Teoría de la indemnización previa

Esta teoría —que compartimos— sostiene que por aplicación de la exigencia constitucional del art. 17 la indemnización debe ser previa a la privación de la propiedad **(57)**. En tal caso, se aplican las reglas previstas para la expropiación.

En esta línea, se inscribe la opinión de Bidart Campos, quien ha señalado que "es inconstitucional toda ley que posterga el pago de la indemnización (total o parcial) para un tiempo posterior a la transferencia de la propiedad" **(58)**.

V.2.b. Teoría negatoria

Existe otra postura que sostiene que en estos casos la indemnización no es un recaudo para que opere la privación de la propiedad, difiriendo en cuanto a sus alcances. Esta es la postura mayoritaria de la doctrina y la jurisprudencia.

(51) MIGUEL CASINO, Rubio, "El concepto constitucional de sanción administrativa", CEPC, Madrid, 2018, p. 90.

(52) MARIENHOFF, Miguel S., "Revocación del acto administrativo por razones de mérito, oportunidad o conveniencia", LA LEY 1980-B, 817; Bercaitz, ob. cit., p. 499. Cass p. 693. MAURER, Hartmut, "Derecho administrativo", Ed. Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 39. MARIENHOFF, Miguel S., "Tratado de Derecho Administrativo", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, 5ª ed. act., reimp., t. II, p. 633.

(53) CASSAGNE, Juan Carlos, "Ley Nacional de Procedimiento Administrativo", Ed. La Ley, 2009, p. 393.

(54) DROMI, Roberto, "Derecho administrativo", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1992, t. I, p. 238.

(55) LEGARRE, Catalina, "Revocación por oportunidad", en AA.VV., Tratado general de los contratos públicos, Juan C. Cassagne (dir.), Ed. La Ley, Buenos Aires, 2013, t. III, p. 100.

(56) Art. 12, inc. b.

(57) MARIENHOFF, Miguel S., "Tratado de Derecho Administrativo", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, 5ª ed. act., reimp., t. II, p. 465.

(58) BIDART CAMPOS, Germán J., "Manual de la constitución reformada", Ed. Ediar, Buenos Aires, 1998, 1ª reimp., t. II, p. 138.

V.3. La extensión del resarcimiento

En lo que tiene que ver con el alcance de la indemnización prevista para estos supuestos, los operadores jurídicos tampoco han presentado uniformidad de criterios, habida cuenta que, mientras en algunos casos se ha considerado que solo debe indemnizarse el daño emergente aplicando la teoría de la expropiación **(59)**, en otros precedentes ha entendido que debe incluirse el lucro cesante.

V.3.a. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Desde lo jurisprudencial puede verse con cierta nitidez que hasta el caso "Sánchez Granel" **(60)** dictado por la Corte Suprema nacional en el año 1984 solo se admitió el reclamo de indemnización comprensiva del daño emergente causado, pero no del lucro cesante, ya que, se consideraba que a falta de regulación expresa en el Código Civil procedía la aplicación de las normas de derecho público vinculadas a la expropiación.

Sin embargo, a partir de ese precedente, se produce un cambio de rumbo. Es que allí la mayoría del Tribunal acogió la pretensión de la actora que reclamaba un resarcimiento que incluía al daño emergente y al lucro cesante. En dicha oportunidad, la Corte Suprema nacional sostuvo que el principio de responsabilidad del Estado por sus actos lícitos "se traducen en el derecho a una indemnización plena por parte del damnificado"; no procediendo la aplicación de la Ley de Expropiaciones en cuanto ello suponía "una restricción constitucional del derecho de propiedad mediante una ley del Congreso valorativa de la utilidad pública del bien sujeto a desapropio".

Empero, luego del dictado de dicho decisorio, el Alto Tribunal retomó la tendencia limitativa de la reparación del lucro cesante en los supuestos de responsabilidad del Estado por actividad lícita, invocando para ello la teoría de la expropiación, tal como aconteció en la causa "Motor Once" **(61)**.

Sin embargo, nuevamente en la causa "Jucalán Forestal" **(62)**, se dio paso a un reconocimiento de la reparación integral en la materia que nos ocupa. En el caso se trató de un reclamo por inundaciones en campos propiedad de la actora a raíz de trabajos realizados por la Dirección de Hidráulica de la Provincia de Buenos Aires, el voto mayoritario del cimero tribunal consideró que pese a tratarse de un accionar legítimo del Estado, ello no podía implicar la limitación de la reparación al daño emergente. A tal efecto, señaló que el principio de la reparación plena solo podía ser excluido por razones de fuerza mayor, por previsión contractual o por decisión legislativa. Con relación a la aplicación de la Ley de Expropiación, enfatizó su improcedencia en cuanto entendió que suponía una privación constitucional del derecho de propiedad mediante leyes del Congreso.

Más recientemente, en el año 2005 al dictarse sentencia *in re* "El Jacarandá" **(63)** se pronunció nuevamente sobre la cuestión. En esa oportunidad, se había demandado al Estado Nacional por el dictado de un decreto por el que se dejó sin efecto el acto de adjudicación para la explotación del servicio de radiodifusión. En el caso, la Corte decidió denegar la procedencia del lucro cesante reclamado por actora en virtud de una carencia probatoria, pero reconociendo que no existía fundamento para limitar la reparación al daño emergente. El voto minoritario de la jueza Highton de Nolasco, en cambio, consideró improcedente el reconocimiento del lucro cesante, en virtud de aplicarse a estos supuestos de responsabilidad civil estatal por actividad legítima, las normas del derecho administrativo (Ley de Expropiaciones), aplicándose criterios de justicia distributiva en tanto se regula las relaciones de la comunidad y no entre particulares.

(59) COMADIRA, Julio R., "Improcedencia del lucro cesante en casos de responsabilidad del Estado por obrar administrativo lícito: Fuerza expansiva de los principios de la expropiación", en Derecho Administrativo, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, ps. 416-417.

(60) Fallos 306:1409 "Sánchez Granel" (1984).

(61) Fallo, 312:659 "Motor Once" (1989).

(62) Fallos 312:2266 "Jucalán Forestal" (1989).

(63) Fallos 328:2654, "El Jacarandá" (2005).

Luego, la Corte va a consolidar esa tendencia en la causa "Zonas Francas Santa Cruz SA" **(64)**. Allí, si bien no se señaló expresamente la procedencia de la reparación plena se admite implícitamente la indemnización del lucro cesante en este ámbito de la responsabilidad estatal. A tales efectos, señaló que con relación a ese ítem que "la actora no había acreditado los daños solicitados en concepto de lucro cesante, con el grado de certeza para que proceda su reparación".

V.3.b. La incidencia del principio constitucional de reparación plena

La consagración jurisprudencial de la Corte Suprema del derecho a la reparación integral, fundado en normas constitucionales, representa sin dudas uno de los pasos más importantes en la protección de la víctima, coherente con la visión moderna de la responsabilidad civil, cuyo eje no puede girar en torno al dañador, sino que debe tomar como epicentro del sistema al damnificado **(65)**.

Cabe recordar, asimismo, que recientemente, se afirmó en el caso "Aquino" **(66)** el carácter constitucional del principio de reparación plena, con anclaje en el art. 19 de la CN; cláusula que prohíbe causar perjuicios a terceros, de lo cual se desprende que quien viole tal disposición deberá reparar de manera plena el daño causado.

Luego en la causa "Rodríguez Pereyra" **(67)** en donde se discutía si debía aplicarse el sistema de limitación de responsabilidad establecida en una ley especial en un caso de responsabilidad del Estado señaló que "la adecuada protección del derecho a la vida y a la integridad psicofísica de las personas exige que se confiera al principio *alterum non laedere* toda la amplitud que este amerita, así como evitar la fijación de limitaciones en la medida en que impliquen 'alterar' los derechos reconocidos por la Constitución Nacional (art. 28). En ese entendimiento, cabe señalar que es la violación del deber de no dañar a otro lo que genera la obligación de reparar el menoscabo causado y tal noción comprende todo perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria que afecte en forma cierta a otro en su persona, en su patrimonio y/o en sus derechos o facultades. Dicha reparación no se logra si los daños subsisten en alguna medida, motivo por el cual la indemnización debe ser integral (conf. CS, Fallos: 324:2972 y arg. Fallos: 326:2329); ni tampoco si el Resarcimiento derivado de la aplicación de un sistema resarcitorio especial o producto de utilización de facultades discrecionales de los jueces resulta en valores irrisorios o insignificantes en relación con la entidad del daño resarcible".

Por tal motivo, el Alto Tribunal concluyó que en el caso la aplicación del sistema indemnizatorio reducido conducía a un resultado incompatible con los principios y derechos a los que se ha hecho referencia.

V.3.c. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Según la jurisprudencia de dicho tribunal supranacional toda violación de una obligación internacional que haya producido daño comporta el deber de repararlo adecuadamente **(68)**; regla que se erige en una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del derecho internacional contemporáneo sobre responsabilidad de un Estado **(69)**.

(64) Fallos 332:1367 "Zonas Francas Santa Cruz SA" (2009).

(65) PIZARRO, Ramón D., "Responsabilidad por riesgo creado y de empresa", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2006, t. II, p. 150.

(66) Fallos 327:3753 "Aquino" (2004).

(67) CS, 27/11/2012, "Rodríguez Pereyra, Jorge L. y otra c. Ejército Argentino s/ daños y perjuicios", R. 401. XLIII. REX.

(68) Caso "Velásquez Rodríguez vs. Honduras". Reparaciones y Costas. Sentencia de 21/07/1989. Serie C No. 7; Caso "Suárez Peralta vs. Ecuador", Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de mayo de 2013. Serie C No. 261; Caso "Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador". Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4/07/2007. Serie C No. 166; Caso "Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112; "Ricardo Canese vs. Paraguay", Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111; "Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú". Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8/07/2004. Serie C No. 110.

(69) Caso "Garrido y Baigorria vs. Argentina". Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de agosto de 1998. Serie C No. 39; Caso "Suárez Peralta vs. Ecuador", cit.; Caso "Tribunal Constitucional vs. Perú". Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No.

A tales efectos, la CIDH sostiene que la reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere, siempre que sea posible, la plena restitución (*restitutio in integrum),* lo que impone al Estado el deber de restablecer la situación anterior a la lesión.

En caso en que ello no sea factible, como ocurre en la mayoría de los casos de violaciones a derechos humanos, dicho tribunal debe determinar, de acuerdo con las circunstancias del caso, medidas para garantizar los derechos conculcados y reparar las consecuencias que las infracciones han producido. Por tanto, el mentado tribunal ha considerado la necesidad de otorgar diversas medidas de reparación, a fin de resarcir los daños de manera integral, por lo que además de las compensaciones pecuniarias, las medidas de restitución, satisfacción y garantías de no repetición tienen especial relevancia por los daños ocasionados **(70)**, tal como veremos luego con mayor detalle.

V.3.d. La opinión de la doctrina

Desde lo doctrinario la cuestión ha sido muy debatida. Marienhoff, por su lado, ya había señalado: "Solo en el ámbito del derecho privado, o tratándose de derechos de esa índole, la reparación patrimonial es por principio integral, comprensiva tanto del daño emergente como del lucro cesante" **(71)**; descartando su aplicación a los supuestos de responsabilidad del Estado.

Por parte de los autores iusprivatistas, y aún de otros sectores del derecho público, se considera que la aplicación de la Ley de Expropiaciones en materia de responsabilidad del Estado por actividad lícita para establecer el monto indemnizatorio importaría limitar, por medio de la analogía la protección del derecho constitucional a la reparación integral.

Así, lo ha entendido Bianchi, cuando afirma que "el contratista tiene al momento de celebrar el convenio (...) una expectativa de lucro. Dicha expectativa integra su derecho de propiedad y debe ser acordada necesariamente" para luego agregar que "la expropiación es un instituto de rango constitucional cuya determinación y perfeccionamiento exige la necesidad de la intervención de los tres poderes del Estado (...) lo que garantiza al expropiado la máxima seguridad en cuanto a la tutela de sus derechos" **(72)**.

Por su parte, Mosset Iturraspe, ha puesto de resalto su desacuerdo al recorte indemnizatorio, al expresar que no cabe "distinguir entre actos lícitos e ilícitos y disponer para cualquier hipótesis que 'el resarcimiento debe ser integral, comprendiendo el daño material y moral'", para añadir posteriormente: "No se observa con claridad la razón para excluir el daño extrapatrimonial, como no sea la preocupación 'por las arcas del Estado'" **(73)**.

Balbín se ha pronunciado a favor de un criterio restrictivo **(74)** sobre el reconocimiento del daño emergente y el lucro cesante **(75)**.

V.3.e. La ley 26.944 de Responsabilidad del Estado **(76)**

Ese marco normativo, al que algunas provincias han adherido, dispone que estos supuestos debe indemnizarse "el valor objetivo del bien y los daños que sean consecuencia directa e inmediata de la actividad desplegada por la autoridad pública, sin que se tomen en cuenta circunstancias de carácter personal, valores afectivos ni ganancias hipotéticas" **(77)**.

71; Caso "Suárez Rosero". Reparaciones. Sentencia de 20 de enero de 1999. Serie C No. 44.

(70) Caso "Bulacio vs. Argentina". Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100; "Tibi vs. Ecuador". Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114.

(71) MARIENHOFF, Miguel S., "Tratado de Derecho Administrativo", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997, t. IV, p. 758.

(72) BIANCHI, Alberto B., "Nuevos alcances en la extensión de la responsabilidad contractual del Estado", ED 111:550.

(73) MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Visión iusprivatista de la responsabilidad del Estado", en Revista de Daños, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000, p. 10, nota 9.

(74) BALBÍN, C., ob. cit., t. II, p. 87.

(75) Este criterio también es seguido por Tomás Hutchinson ("Régimen de procedimiento administrativo", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1998, 4ª ed. act. y ampliada, p. 144).

(76) BO 08/08/2014.

(77) Art. 5º.

En esa misma línea, el régimen de procedimiento administrativo de la Ciudad de Buenos Aires (dec. 1510/1997) estipula que dicha indemnización debe comprender solo el valor objetivo del bien y los daños que sean una causa directa e inmediata de la revocación, excluyendo el pago del lucro cesante **(78)**.

Como puede apreciarse, el legislador ha reproducido en dicho precepto el art. 10 de la ley 21.499 que rige el instituto de la expropiación. En virtud de ello, se excluye de manera explícita la reparación del daño moral **(79)** y del lucro cesante.

Desde nuestra perspectiva, por un lado, la limitación de la responsabilidad que impone la ley 26.944 soslaya la jurisprudencia de la Corte Suprema que ha aceptado la procedencia del rubro lucro cesante cuando se encuentre debidamente acreditado.

Por el otro, violenta el principio constitucional a la reparación integral que impone nuestra Constitución Nacional (art. 19) y que ha sido convalidado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tal como hemos visto.

(78) Art. 18.

(79) PERRINO, Pablo E., "La extensión del resarcimiento en la responsabilidad del Estado por actividad legítima en la ley 26.944 de Responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos", en AA.VV., Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado, Análisis crítico y exegético, Horacio Rosatti, (dir.), Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014, p. 270.

La relevancia del dictamen jurídico previo (con particular referencia a su tratamiento en la jurisprudencia contencioso-administrativa bonaerense)

Luciano Enrici

Sumario: I. Introducción.— II. Aspectos normativos del dictamen jurídico previo a nivel federal y bonaerense.— III. Antecedentes jurisprudenciales en torno a la importancia del dictamen y los efectos derivados de su omisión en la validez del acto administrativo. La subsanación.— IV. Conclusiones.

I. Introducción

A modo introductorio, resulta necesario recordar que resulta consustancial a la existencia misma del Estado de derecho la sumisión de la Administración al principio de juridicidad.

El principio de legalidad, sobre el que se estatuía el monopolio del Parlamento para crear normas generales y obligatorias —sometiendo al Ejecutivo a la ley— propio del Estado surgido de la Revolución francesa, ha ido superándose, en tanto la ley positiva ha dejado de ser el centro del sistema jurídico, en contraposición con la expansión, entre otras fuentes, de la potestad reglamentaria y, en particular, de los principios generales del derecho **(1)**.

En efecto, el clásico principio de legalidad debe mirarse con mayor amplitud en tanto la Administración y la función que ejerce (al igual que los departamentos deliberativo y judicial) no solo deben estarse a lo dispuesto en la norma jurídico vigente, sino respecto al derecho en su conjunto.

Todo el accionar del Estado halla su fundamento jurídico primario y su límite en la Constitución Nacional y en el sistema de juridicidad que de ella se deriva, el cual incluye desde los principios generales del derecho hasta los simples precedentes administrativos en cuyo seguimiento está comprometida la garantía de igualdad **(2)**.

Teniendo en cuenta, entonces, que el surgimiento del Estado de derecho supone un límite y un equilibrio entre el poder estatal y los derechos, no puede prescindirse de la idea del control tendiente a su efectivo aseguramiento.

El ejercicio de la función administrativa dentro del Estado de derecho se encuentra sujeto a diversos controles en pos de asegurar la vigencia del principio de juridicidad, lo cual supone que la Administración debe desarrollar sus actividades conforme al orden jurídico establecido.

(1) Cfr. CASSAGNE, Juan C., "Los grandes principios del derecho público", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2021, ps. 237-240.

(2) Cfr. COMADIRA, Julio R. — ESCOLA, J. Héctor — COMADIRA, Julio P., "Curso de Derecho Administrativo", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, t. I, p. 37.

Los controles constituyen un poder y un deber irrenunciable en pos de asegurar la juridicidad de la actividad administrativa y pueden provenir de los tres departamentos clásicos que componen el Estado, el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial **(3)**. Y si bien, de acuerdo con nuestro sistema constitucional, el control de la juridicidad del ejercicio de la función administrativa, por excelencia corresponde al Poder Judicial **(4)** (cfr. art. 116, CN), no menor relevancia guarda una especie de control preventivo de tipo interno y de carácter consultivo **(5)** que se da dentro de la propia organización de la Administración de cuya mayor o menor eficacia —o acatamiento por parte de quien decide— por lo general, puede, a la postre, depender la suerte del Estado en una controversia judicial.

En ese orden, el dictamen jurídico es un asesoramiento —jurídico— que responde a una consulta— de esa índole, y constituye una actividad preparatoria de la manifestación activa de la Administración y cumple, respecto de esta última, una función de colaboración **(6)**.

Como bien se ha señalado **(7)**, en el ámbito de la actividad preparatoria de la decisión administrativa cobra relieve la función de la Administración consultiva, pues mediante ella se ilustra de manera anticipada al dictado de un acto administrativo, con el respectivo juicio al órgano de la Administración activa con competencia decisoria en la materia de la que se trate.

El resultado de dicha actividad se plasma en un dictamen, el cual consiste en un juicio fundado en una ciencia determinada, que emiten organismos técnicamente calificados a fin de colaborar en el encuadre y comprensión del asunto bajo análisis, para permitir así que el órgano de la Administración activa efectúe una decisión ajustada al ordenamiento jurídico, tendiendo a satisfacer de mejor manera los principios de justicia y legalidad. Asimismo, con el cumplimiento de esta actividad consultiva, se satisface una garantía protectora de los derechos e intereses de los particulares y aseguradora del acierto de la decisión adoptada: al fundarse adecuadamente la decisión se tiende a disminuir reproches y responsabilidades por el ejercicio de la actividad administrativa **(8)**.

---

(3) Al respecto ver BIANCHI, Alberto B., "La separación de poderes. Un estudio desde el derecho comparado", Ed. Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2019, ps. 329-334. Ver, además, ENRICI, Luciano, "La pretensión declarativa de certeza en el proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires", Ed. LEP, La Plata, 2020, p. 51.

(4) Ver en este aspecto GUASTAVINO, Elías P., "Tratado de la jurisdicción administrativa y su revisión judicial", Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 1987, t. I, ps. 41-44.

(5) Sobre la función consultiva ver BARRA, Rodolfo, "Administración y actividad consultiva", en Cuestiones de Procedimiento Administrativo, Jornadas Organizadas por la Universidad Austral, Ed. Rap, Buenos Aires, 2006, ps. 501 y ss. Asimismo, en tanto el dictamen, carece de la impugnabilidad y de los efectos propios del acto administrativo constituye ejercicio de la actividad consultiva de la Administración (cfr. MARIENHOFF, Miguel S., "Tratado de Derecho Administrativo", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1977, t. I, ps. 947 y ss.). Ver, además, CNFed. Cont. Adm., sala III, causa "Roschini", sent. del 01/10/2002.

(6) Cfr. GALEANO, Juan J., "La función consultiva. El asesoramiento jurídico y su importancia institucional", en Cuestiones de Organización estatal, función pública y dominio público - Jornadas sobre Cuestiones de Organización Estatal, Función Pública y Dominio Público, Ed. RAP, Buenos Aires, 2011, p. 227. En este valioso trabajo, el autor, deja constancia de los diversos recaudos que debe satisfacer un dictamen jurídico y, en líneas generales, la función consultiva de la Administración pública, a saber: (i) la función consultiva es de asesoramiento pero, a la vez, de control; (ii) la función consultiva tiene un compromiso ineludible con la verdad de los hechos; (iii) la función consultiva requiere considerar la totalidad de las fuentes del derecho, muchas veces de compleja armonización e interpretación; (iv) la función consultiva exige equilibrar razonablemente prerrogativas públicas y derechos y garantías de los particulares en aras de la consecución del bien común; (v) La función consultiva exige considerar las consecuencias del asesoramiento que se emite; (vi) la opinión jurídica debe estar expresada con corrección, orden y claridad, de modo que resulte comprensible; (vii) la función consultiva debe favorecer el ejercicio ético de la función pública y la lucha contra la corrupción; (viii) La función consultiva supone y exige del asesor legal imparcialidad e independencia de criterio, así como también cuidado de no anteponer meras preferencias subjetivas; (ix) la función consultiva requiere abogados dispuestos a cultivar hábitos y virtudes fundamentales; (x) la función consultiva necesita modelos. Uno de ellos es Tomás Moro.

(7) BEZZI, Osvaldo H., "Los Actos de Administración: la figura del Dictamen Jurídico", Revista Derechos en Acción, 9, año 3, La Plata, 2018, ps. 156-158.

(8) En ese sentido, se ha postulado que el dictamen jurídico previo tiene una doble finalidad: por una parte

En ese sentido, los dictámenes deben reflejar "el análisis exhaustivo y profundo de una situación jurídica determinada, efectuada a la luz de las normas vigentes y de los principios generales que la informan, a los efectos de recomendar conductas acordes con la justicia y el interés legítimo de quien formula la consulta" **(9)**.

El dictamen jurídico no puede constituir una relación de antecedentes ni una colección de afirmaciones dogmáticas **(10)**; en tanto reclama un claro y detallado examen de los hechos y antecedentes del caso **(11)**.

Ahora bien, el asesoramiento se limita al estudio de las cuestiones estrictamente jurídicas, no evalúa aspectos técnicos, ni económicos, ni se refiere a cuestiones de oportunidad, merito o conveniencia **(12)**.

A su vez, la PTN ha calificado a los dictámenes como actos preparatorios tendientes a la

constituye una garantía para los administrados pues impide a la Administración el dictado de actos administrativos que se refieran a sus derechos subjetivos e intereses legítimos sin la debida correspondencia con el orden jurídico vigente y, por la otra, evita probables responsabilidades del Estado, tanto en sede administrativa, como judicial, al advertir a las autoridades competentes acerca de los vicios que el acto pudiera contener" (cfr. PTN Dictámenes 120/91, ver además, CCont. Adm. San Martín, causas 2905/11, sent. del 12/03/2012 y 2947/11, sent. del 04/04/2012, JCA2 SI, causa 22199, sent. del 03/12/2018). Asimismo, se ha dicho que: "el fin perseguido por el art. 7º, inc. d) de la ley 19.549, es juridizar la actividad de la administración pública ...es uno de los tantos supuestos en que el principio de legalidad contribuye a la juridización de la Administración Pública" (cfr. CNFed. Cont. Adm., sala II, causa "American Airlines", sent. del 04/05/2000).Asimismo, se ha señalado que el dictamen jurídico previo cumple con el propósito de encauzar jurídicamente a la administración (cfr. HUTCHINSON Tomás, "Régimen de Procedimiento Administrativos", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1998, p. 87).

(9) PTN Dictámenes: 197:61; 202:89; 212:39, 249:566; 253:622 y más recientemente: 273:214. Asimismo, en torno al dictamen específico que debe emitir la PTN —en el marco de sus competencias—, frente al que les cabe a los servicios jurídicos permanentes de los Ministerios, en esta última opinión, dejó sentado que: "Es menester que se acompañe el dictamen debidamente fundado y circunstanciado de los servicios jurídicos permanentes de los ministerios, con el objeto de evitar que la Procuración del Tesoro de la Nación se convierta en una asesoría jurídica más. Por ello, corresponde que el servicio jurídico permanente del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto se pronuncie previamente en forma concreta sobre la cuestión, y luego, si lo considera pertinente, remita en consulta las actuaciones a este Organismo Asesor" (en sentido similar, Dictámenes 184:9, 215:80, 218:140, 227:9 y 306:414).

(10) En sentido similar, Dictámenes 184:9, 215:80, 218:140, 227:9 y 306:414.

(11) PTN Dictámenes: 254:524; 528 y 553; 256:410 y 286:65. El dictamen "comprende el análisis detallado y reflexivo del marco jurídico aplicable sobre el caso concreto y tiene por finalidad garantizar los derechos de las personas y la juridicidad de las conductas estatales evitando así nulidades o vicios en el acto" (cfr. BALBÍN, Carlos F., "Tratado de Derecho Administrativo", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2010, t. III, p. 56). Asimismo, se ha sostenido con acierto que no se debería reconocer esa condición: "a algunas intervenciones —ciertamente excepcionales— de los organismos de asesoramiento jurídico en los cuales estos se limitan a afirmar o negar dogmáticamente la validez de un acto o la simple conformidad formal de un proyecto de acto con el ordenamiento vigente, o en todo caso —como puede ocurrir durante el trámite de un recurso administrativo— a expresar, también dogmáticamente, que el recurrente no incorpora nuevos elementos que contribuyan a desvirtuar un acto u opinión ya vertidos. Pensamos, además, que si el dictamen jurídico previo se concibe como un modo de control de legalidad el debería ser requerido no solo como medio de protección de los derechos particulares, sino, en general, como recaudo esencial previo al dictado de todo acto administrativo, incluso cuando este sea favorable para los intereses individuales. La legalidad se compromete tanto con los actos injustos para los administrados, como con aquellos que ilegítimamente afectan al interés público. En este último aspecto, el dictamen previo se debería exigir especialmente en relación con los actos que puedan incidir en la hacienda pública..." (cfr. COMADIRA, Julio R., "El acto administrativo en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2011, p. 42).

(12) PTN Dictámenes 204:47 y 159; 207:578; 243:663 y 251:541. En similar sentido, la PTN ha sostenido que: "El control de legalidad importa que los pronunciamientos de la Procuración del Tesoro se ciñen a los aspectos jurídicos de la contratación; sin abrir juicio sobre sus contenidos técnicos y económicos, ni sobre aquellos de oportunidad, mérito y conveniencia, ajenos a su competencia funcional. Asimismo, no se pronuncia sobre la equidad o inequidad de las fórmulas contractuales (Dictámenes 213:105, 115 y 367; 214:46; 216:167)". Asimismo, sostuvo que: "La Procuración del Tesoro de la Nación, en su opinión legal, no se pronuncia sobre los aspectos técnicos, financieros o económicos del Convenio, ni sobre la equidad o inequidad de sus cláusulas contractuales, ni acerca de las razones de oportunidad política que se tuvieron en mira para su aprobación y suscripción, por ser todas estas cuestiones ajenas a su competencia funcional (cfr. Dictámenes. 247:217; 251:781; 253:1; 257:124; 258:214; 260:50; 262:459; 267:189; 268:239: 270:163; 273:41; 274:48; 277:147 y 153)".

formación de la voluntad de la Administración difiriendo su condición de la que cabe asignar a los actos administrativos susceptibles de recursos **(13)**.

Ha sostenido, además, que "los dictámenes no son actos administrativos en sentido estricto, ya que, no producen actos jurídicos directos y por ello, son irrecurribles aunque adolecieran de vicios; esos actos preparatorios pueden producir efectos jurídicos, pero estos son indirectos o mediatos para los particulares, pues solo los puede afectar a través de los actos dictados en su consecuencia" **(14)**.

El propio art. 80 del dec.-ley 19.549/1972 da soporte a esa conceptualización al prever que "las medidas preparatorias de decisiones administrativas, inclusive informes y dictámenes, aunque sean de requerimiento obligatorio y efecto vinculante para la Administración, no son recurribles".

Ahora bien, el carácter de actos preparatorios señalado, a mi modo de ver, no desmerece su relevancia frente al aseguramiento de la juridicidad y el respeto de las garantías de los particulares, en tanto, los propios jueces les han dado un valor extra a los dictámenes, al exigir-

(13) PTN Dictámenes, 283:304.

(14) PTN Dictámenes: 259:18. Al respecto, Muratorio ha sostenido que: "No hay dudas de que ninguno de los dos son actos jurídicos [33], pues, a tenor de lo instituido por el principio general en la materia contenido en el art. 944 del Cód. Civil, es evidente que los informes y dictámenes no producen efectos jurídicos directos o inmediatos, mediante la adquisición, modificación, transferencia o extinción de derechos. Luego, como los actos administrativos son actos jurídicos, si los informes y dictámenes no son actos jurídicos, no son tampoco actos administrativos. Así lo reconoce pacíficamente la doctrina y surge expresamente del texto del art. 80 del RNPA, que establece que ambos conforman medidas preparatorias de decisiones administrativas (actos administrativos). No están ellos destinados a producir efectos jurídicos en forma directa e inmediata, sino a ilustrar y mejor preparar a quienes sí están en condiciones de hacerlo, que son los órganos decisores, que pertenecen a la Administración activa o jurisdiccional. Ahora bien, tras el reconocido principio de que no son actos administrativos, y especialmente respecto de los dictámenes, la doctrina en general los ha caracterizado como actos de administración, criterio que compartimos, tomando como dado que en los hechos puede no haber proceso intelectual, lo cual entendemos siempre exigible en actos preparatorios aun cuando den cuenta de hechos sin valoración, pues ello se asimila al caso del acto administrativo de atestación que implica una manifestación de voluntad en el sentido amplio de esta. Los dictámenes —jurídicos y técnicos— y los informes —administrativos y técnicos— son, entonces, actos de administración, los cuales, aun cuando son objeto de algunas previsiones normativas, sin embargo, carecen de un régimen sustancial que los regule, motivo por el cual propiciamos la aplicación analógica a los mismos de las reglas propias del acto administrativo; esto es, fundamentalmente, de los elementos esenciales del acto administrativo" (arts. 7º y 8º de la LPA) (cfr. MURATORIO, Jorge I., "El dictamen jurídico en la Administración Pública Nacional", ob. cit.) Por su parte, es doctrina de la SCBA que los dictámenes, en el caso, la opinión de la Asesoría General de Gobierno vertida en las actuaciones administrativas, no configuran una resolución administrativa y carece de efecto vinculante. En efecto, constituyen la expresión de un criterio cuyo propósito es el asesoramiento al órgano que tiene la potestad decisoria (conf. doct. SCBA, causas B. 50.336, "Minsky", sent. del 16/08/1988; B. 54.235, "Ordoñez", sent. del 13/05/1997; B. 55.666, "Cura", sent. del 14/05/2003; entre otras) que, aun cuando fueran favorables, no acuerdan derecho alguno al interesado (cfr. SCBA doct. causa B-64.861, "Domenech", sent. del 13/08/2008) (cfr. CCont. Adm. La Plata, causa 10093, sent. 03/02/2011).En cuanto a los efectos de los dictámenes jurídicos previos, Comadira, Fernando, ha señalado que: "los dictámenes jurídicos que, como vimos, son actos interorgánicos de consulta, no solo no deben ser considerados actos administrativos propiamente dichos, por cuanto no producen efectos jurídicos directos sobre terceros, sino tampoco actos administrativos impropios, ya que, tampoco producen efectos jurídicos indirectos sobre los particulares. En ese sentido, y en relación con los efectos jurídicos del dictamen, bien se ha señalado que aquel produce efectos jurídicos directos, pero en un ámbito diferente que el acto administrativo [...]. Es decir, que el acto administrativo pertenece al mundo de los derechos sustanciales, mientras que el dictamen jurídico, al de los derechos procesales. Por eso, el dictamen jurídico, antes que nada, es un acto procesal, y como tal sus efectos jurídicos son directos e inmediatos, pero sobre el procedimiento administrativo. C] Las dos manifestaciones de la administración que estamos analizando ahora —acto administrativo y dictamen— producen efectos sobre objetos diferentes, por eso no se puede hablar de directos en un caso e indirectos en otro". En definitiva, mientras que los actos administrativos propiamente dichos y los actos administrativos impropios producen efectos jurídicos sobre terceros (de manera directa o indirecta, respectivamente), los dictámenes jurídicos generan efectos jurídicos directos e inmediatos, pero sobre el procedimiento administrativo. Por lo demás, tampoco podría sostenerse que los dictámenes jurídicos sean actos administrativos impropios en los términos planteados, pues sería incongruente sostener que aquellos deben estar precedidos de un traslado previo al administrado y, asimismo, de otro dictamen jurídico previo (cfr. COMADIRA, Fernando, "La acción de lesividad", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2019, ps. 193-194).

le a la Administración activa, como regla para apartarse válidamente de la opinión vertida en ellos, una mayor fundamentación que la requerida cuando el acto es conforme al asesoramiento **(15)**.

Por ello, el vínculo entre la motivación y el dictamen jurídico previo es innegable. En ese sentido, en el ámbito bonaerense, la SCBA **(16)** ha señalado que "las opiniones vertidas en el procedimiento administrativo por las distintas dependencias y organismos intervinientes son meros dictámenes que la autoridad competente puede compartir o no, en tanto constituyen actos preparativos de la decisión final... Ahora bien, el art. 108 inc. c del dec.-ley 7647/1970, impone a la Administración el deber de motivar su decisión cuando se separe del criterio del dictamen de órganos consultivos, exigencia que juzgo incumplida en la especie por la autoridad administrativa... Lo hasta aquí expuesto revela que ha mediado un apartamiento inmotivado por parte de la Administración de los dictámenes jurídicos que, con base en argumentos que debieron ser analizados, aconsejaba una sanción diferente; conducta que refleja el incumplimiento de la carga de fundamentación que le era impuesta (art. 108, dec.-ley 7647/1970)...".

Finalmente, cabe recordar que el dictamen jurídico en nuestro derecho tiene fundamentos constitucionales, en tanto el art. 99, inc. 17 de la CN (que consagra dentro de las atribuciones del presidente de la Nación, la de pedir al Jefe de Gabinete de Ministros y a los jefes de todos los ramos y departamentos de la administración, y por su conducto a los demás empleados, los informes que crea convenientes, y ellos están obligados a darlos), resulta comprensivo del dictamen jurídico **(17)**.

Efectuada esta introducción, en estas breves líneas se procurará desarrollar y explicar los aspectos normativos que conciernen al dictamen jurídico previo a nivel federal y bonaerense, como así dar tratamiento a algunos de los precedentes jurisprudenciales de esos ámbitos que han permitido delinear los criterios y efectos que se le asignan a su omisión por parte de la Administración.

II. Aspectos normativos del dictamen jurídico previo a nivel federal y bonaerense

II.1. Normativa federal

A la referencia del art. 99, inc. 17 de la CN recién brindada como apoyo constitucional a la figura bajo tratamiento, en el plano federal, cabe adicionar el notable avance que supuso el dec.-ley 19.549 —LPA— de y su reglamentación —RNLPA— para garantizar la juridicidad y —consecuentemente— los derechos e intereses legítimos de quienes son parte en un procedimiento administrativo **(18)**.

En ese orden, el art. 7º de la LPA (inc. d) establece expresamente como trámite esencial —en el marco de uno de los requisitos del acto administrativo que es el procedimiento previo **(19)**— el dictamen previo del servicio jurídico permanente cuando el acto pudiere afectar derechos subjetivos e intereses legítimos.

El dictamen, como bien se apunta en la norma, debe emanar del servicio jurídico permanente del organismo o entidad estatal que debe emitir el acto administrativo pertinente. Así, la PTN ha dejado sentado que "...con carácter previo a la intervención de la Procuración del Tesoro debe constar la opinión del servicio jurídico permanente de la jurisdicción ministerial interviniente, no solo porque así corresponde por

(15) GOROSTEGUI, Beltrán, "El dictamen jurídico administrativo", ED 2010, Buenos Aires, ps. 37-38 y las citas doctrinarias y jurisprudenciales allí vertidas.

(16) Cfr. SCBA, causa B. 57.387, "Vaccaro, Susana B. c. Provincia de Buenos Aires (Policía). Demanda contencioso-administrativa", sent. del 07/09/2016, juez Soria (MA). Ver, además, JCA 2 SI, causa 26895, res. del 12/02/2020.

(17) GOROSTEGUI, Beltrán, "El dictamen jurídico administrativo...", ob. cit., p. 30.

(18) Un completo desarrollo de la normativa vinculada a la actuación del servicio jurídico permanente se puede encontrar en MURATORIO, Jorge I., "El dictamen jurídico en la Administración Pública Nacional", AP 0027/000057.

(19) El procedimiento administrativo, puede definirse como una serie de actos heterogéneos y concatenados emanados de la Administración pública o del particular dirigidos a la producción de un acto o de una norma administrativa, que sean ajustados al ordenamiento jurídico, así como en su caso aquellos otros encaminados a la efectividad o ejecución de ese acto (cfr. BOQUERA OLIVER, José M., "Estudios sobre el acto administrativo", Ed. Civitas, Madrid, 1985, p. 191 y sus citas).

imperativo legal sino por razones de buen orden administrativo y por cuanto ello coadyuva al logro de la solución más ponderada **(20)**.

"Por su parte, el art. 1º, inc. f), de dicha norma, contiene una norma primordial en este aspecto, en tanto el debido procedimiento adjetivo de raigambre constitucional (cfr. art. 18, CN) en una de sus vertientes fundamentales (v.gr., el derecho a ofrecer y a producir pruebas) exige que la Administración requiera y produzca los informes y dictámenes necesarios para el esclarecimiento de los hechos y de la verdad jurídica objetiva" **(21)**. Dicha norma se complementa con la regla contenida en el art. 48 del RNLPA **(22)**. En definitiva, este deber de la Administración de requerir informes —entre ellos, los jurídicos, previo a emitir un acto administrativo—, se encuentra ligado a la persecución de la verdad jurídica objetiva o verdad material **(23)**, desde la propia perspectiva del legislador.

---

(20) Cfr. PTN Dictámenes. 242:23; 245:367; 271:140 y 284:181. En esta última opinión dejó establecido, además, que: "El servicio jurídico permanente al que se refieren los arts. 7º, inc. d) de la Ley Nacional 19.549 de Procedimientos Administrativos y 9º del Reglamento de Procedimientos Administrativos — dec. 1759/1972, t.o. 1991), no es otro que el de la Dirección General que como Delegación del Cuerpo de Abogados del Estado tiene a su cargo la función específica de asesoramiento jurídico en el área correspondiente y que, en el caso particular, es la Dirección General de Asuntos Jurídicos de la Subsecretaría de Coordinación del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. En razón de ello, la opinión jurídica de la Dirección de Asesoramiento Especializado no satisface el recaudo indicado, pues debe obrar en los actuados el dictamen jurídico de la Dirección General de Asuntos Jurídicos". Al respecto se ha señalado con acierto que: "el dictamen jurídico que reviste el carácter de elemento esencial del acto administrativo, en los términos del art. 7º, inc. d) de la LPA y de los arts. 61, 92 y 98 del RNPA, es el que proviene del 'servicio jurídico permanente', esto es, de la Dirección de Asuntos Jurídicos o Legales o asesorías letradas o legales que se encuentren en la Administración centralizada o descentralizada, como delegaciones del Cuerpo de Abogados del Estado en los términos de la ley 12.954 y su decreto reglamentario. Asimismo, no puede considerarse como 'servicio jurídico permanente' el órgano que no integre el Cuerpo de Abogados del Estado, tal el caso, por ejemplo, y como en su momento lo ha aclarado la Procuración del Tesoro de la Nación, de la ex Dirección Nacional del Servicio Civil. Menos todavía pueden encuadrar allí los dictámenes jurídicos de otros funcionarios tales como asesores de gabinete... Entendemos de suma importancia que el órgano consultivo mencionado pertenezca con garantías de estabilidad —y derecho a la carrera— a la línea o staff de la repartición a cuyos órganos activos asiste, de modo de asegurar la independencia de criterio y libertad de acción para mejor cumplir su tarea" (cfr. MURATORIO, Jorge I., "El dictamen jurídico en la Administración Pública Nacional", ob. cit.).

(21) Cabe recordar que la prueba tiene una gran importancia no solo en el proceso judicial, sino también en el procedimiento administrativo, ya que, es el medio más confiable para el descubrimiento de la verdad, y a la vez es la mayor garantía contra la arbitrariedad de las decisiones, sean estas judiciales o administrativas (cfr. ALTAMIRA GIGENA, Julio I., "Acto Administrativo", Ed. Advocatus, Córdoba, 2008, p. 116).

(22) El art. 48 del RNLPA prevé que: "Sin perjuicio de los informes y dictámenes cuyo requerimiento fuere obligatorio según normas expresas que así lo establecen, podrán recabarse, mediante resolución fundada, cuantos otros se estimen necesarios al establecimiento de la verdad jurídica objetiva. En la tramitación de los informes y dictámenes se estará a lo prescripto en el art. 14. El plazo máximo para evacuar los informes técnicos y dictámenes será de veinte [20] días, pudiendo ampliarse, si existieren motivos atendibles y a pedido de quien deba producirlos, por el tiempo razonable que fuere necesario. Los informes administrativos no técnicos deberán evacuarse en el plazo máximo de diez [10] días. Si los terceros contestaren los informes que les hubieren sido requeridos dentro del plazo fijado o de la ampliación acordada o se negaren a responder, se prescindirá de esta prueba. Los plazos establecidos en los párrafos anteriores solo se tendrán en cuenta si el expediente administrativo fue abierto a prueba".

(23) Sobre este principio, Cassagne, ha señalado que: "A diferencia de lo que acontece en el proceso judicial, donde el juez circunscribe su función jurisdiccional a las afirmaciones y pruebas aportadas por las partes, siendo ella el fundamento de la sentencia, en el procedimiento administrativo, el órgano que lo dirige e impulsa ha de ajustar su actuación a la verdad objetiva o material, con prescindencia o no de lo alegado y probado por el administrado. De esta manera el acto administrativo resulta independiente de la voluntad de las partes, a la inversa de lo que acontece en el proceso judicial, donde el acuerdo de los litigantes obliga al juez" (cfr. Cfr. CASSAGNE, Juan C., "Los grandes principios del derecho público...", ob. cit., p. 609). A su vez, la PTN ha sostenido en torno a este principio que: "Es principio liminar del procedimiento administrativo el de la verdad jurídica objetiva, según el cual el procedimiento debe desenvolverse en la búsqueda de la verdad material y sus circunstancias, tal cual son. Dicho principio exige superar los meros formalismos de ajustarse simplemente a lo peticionado por los particulares, por ello, la Administración, dejando de lado el panorama que pretende ofrecerle el administrado, debe esclarecer los hechos, circunstancias y condiciones, tratando, por todos los medios admisibles, de precisarlos en su real configuración, para luego, sobre ellos, poder fundar una efectiva decisión. Es decir, que la verdad material debe

También, en el marco de la LPA, su art. 5º (segundo párrafo) establece: "La decisión final de las cuestiones de competencia se tomará, en ambos casos, sin otra sustanciación que el dictamen del servicio jurídico correspondiente y, si fuere de absoluta necesidad, con el dictamen técnico que el caso requiera...". Finalmente, en el RNLPA, el dictamen jurídico del servicio jurídico permanente emerge como requisito obligatorio previo a la resolución del recurso jerárquico **(24)**.

II.2. Normativa de la provincia de Buenos Aires

En la provincia de Buenos Aires, tanto el dec.-ley 7647/1970, como la ordenanza general 267/1980 (que, al día de hoy, regulan en términos casi idénticos, el procedimiento administrativo provincial y municipal, respectivamente) establecen, entre otras cuestiones, que una vez sustanciadas las actuaciones administrativas, el órgano o ente que deba dictar resolución final solicitará dictamen técnico, contable y legal (art. 57).

Cabe recordar que la función consultiva de tipo jurídico la lleva a cabo en la provincia de Buenos Aires la Asesoría General de Gobierno, y en las municipalidades el servicio jurídico que cada una haya organizado en función de potestades propias (Asesoría Legal, Departamento de Asuntos Jurídicos, etc.). A su vez, a la Fiscalía de Estado (encargada de defender el patrimonio del Fisco, que será parte legítima en los juicios contencioso-administrativos y en todos aquellos en que se controviertan intereses del Estado, cfr. art. 155, CPBA) debe evacuar vistas en los términos de los arts. 38 y ss. del dec.-ley 7543/1969 **(25)**.

predominar, con exclusión de cualquier consideración" (PTN Dictámenes: 287:175). Además, postuló que: "Es principio ordenador del procedimiento administrativo el de verdad jurídica objetiva, según el cual aquel debe desenvolverse en la búsqueda de la realidad tal cual es y sus circunstancias" (PTN Dictámenes 265:232).

(24) El art. 92 del RNLPA dispone que: "Cualquiera fuera la autoridad competente para resolver el recurso jerárquico, el mismo tramitará y se sustanciará íntegramente en sede de la Jefatura de Gabinete de Ministros, del Ministerio o de la Secretaría de la Presidencia de la Nación en cuya jurisdicción actúe el órgano emisor del acto; en aquellos se recibirá la prueba estimada pertinente y se recabará obligatoriamente el dictamen del servicio jurídico permanente. Si el recurso se hubiere interpuesto contra resolución del Jefe de Gabinete de Ministros, de Ministro o de Secretario de la Presidencia de la Nación; cuando corresponda establecer jurisprudencia administrativa uniforme, cuando la índole del interés económico comprometido requiera su atención, o cuando el Poder Ejecutivo Nacional lo estime conveniente para resolver el recurso, se requerirá la intervención de la Procuración del Tesoro de la Nación".

(25) Cfr. BOTASSI, Carlos A. — OROZ, Miguel H., "Procedimiento administrativo en la Provincia de Buenos Aires", Ed. LEP, La Plata, 2011, ps. 273-285. Por su parte, el art. 38 del dec.-ley 7543/1969 establece que: "El Poder Ejecutivo y los institutos autárquicos solo podrán decidir los expedientes en que pudieren resultar afectados los intereses patrimoniales de la Provincia con el previo informe de la Contaduría General, dictamen del Asesor General de Gobierno y vista del Fiscal de Estado. Esta disposición comprende: a) Todo proyecto de contrato que tenga por objeto bienes del Estado, cualquiera sea su clase. b) Toda licitación, contratación directa o concesión c) Las transacciones extrajudiciales que se proyecten. d) Todo asunto que verse sobre la rescisión, modificación o interpretación de un contrato celebrado por la Provincia. e) Las actuaciones por contratación directa de los bienes declarados de utilidad pública. f) El otorgamiento de jubilaciones y pensiones. g) Toda reclamación por reconocimiento de derechos por los que puedan resultar afectados derechos patrimoniales del Estado, en cumplimiento de lo normado por el art. 143 de la Constitución de la Provincia. h) (texto según dec.-ley 9140/1978). Todo sumario administrativo cuando de modo directo existan intereses fiscales afectados. Se exceptúan los sumarios sustanciados contra personal de Policía y Servicio Penitenciario de la Provincia. i) Todo recurso contra actos administrativos para cuya formación se haya requerido la vista del Fiscal de Estado. Al respecto, se ha ilustrado que la intervención del Fiscal de Estado en los asuntos enumerados en el art. 38 del dec.-ley 7543/1969, no apunta a asesorar al órgano que va a decidir la cuestión de fondo, sino que tiene carácter fiscalizador, para que aquel, como defensor del patrimonio provincial, tome conocimiento de la cuestión a resolver fijando posición a fin de que la autoridad administrativa la considere evitando la eventual promoción de una demanda contencioso administrativa por parte de la Fiscalía de Estado. Para evacuar la vista conferida el Fiscal de Estado podrá requerir de cualquier repartición de la Administración activa que se practiquen las medidas y se le remitan los datos, informes, antecedentes o expedientes administrativos que estime necesarios, debiendo darse cumplimiento al pedido dentro del término de cinco días de formulado (art. 39 del dec.-ley 7543/1969)" (cfr. BOTASSI, Carlos A. — OROZ, Miguel, H., "Procedimiento administrativo...", ob. cit., p. 286 y sus citas).También es menester, tener en consideración los arts. 40 a 42 del dec.-ley 7543/1969, en cuanto prevén que: (i) "La resolución definitiva dictada en los casos previstos en el art. 38, no surtirá efecto alguno sin la previa notificación al Fiscal de Estado, la que deberá efectuarse en su despacho oficial dentro de los cinco [5] días hábiles siguientes a la fecha en que se dictaren.

Asimismo, el art. 103 de las regulaciones provincial y municipal del procedimiento administrativo disponen: "Los actos administrativos se producirán por el órgano competente mediante el procedimiento que en su caso estuviere establecido"; como así, prevén que las decisiones definitivas sobre la petición o reclamación del interesado, deberán dictarse en determinados plazos —10 días para resolver los recursos jerárquicos y 30 días para los demás casos— contados a partir desde la fecha en que las actuaciones se reciban con los dictámenes legales (art. 77, ing. g).

Cuadra mencionar, además, que el carácter irrecurrible de los dictámenes legales, al modo definido en el art. 80 del RNLPA, surge del art. 87 del dec.-ley 7647/1970 y de la ord. gral. 267/1980.

También, en aquellas normas aplicables al ámbito provincial y municipal se dispone que los recursos de revocatoria previstos por los arts. 95 y 96, jerárquicos y de apelación, se sustanciarán con dictamen legal con dictamen del Asesor General de Gobierno y vista del Fiscal de Estado cuando corresponda su intervención de acuerdo con su Ley Orgánica (art. 101) y que todo acto administrativo final deberá ser motivado y contendrá una relación de hechos y fundamentos de derecho, indicando, en el inc. c) del art. 108, que ello ocurrirá cuando se separe del criterio seguido en actuaciones precedentes o del dictamen de órganos consultivos.

Finalmente, cabe mencionar que el art. 31 de la ley 14.656 —Estatuto para el Personal de las Municipalidades vigente— prevé: "En todos los casos, cuando la falta pueda dar lugar a la aplicación de sanción expulsiva, será obligatorio el previo dictamen del órgano de asesoramiento jurídico que corresponda según se trate del Departamento Ejecutivo o Deliberativo, para que dentro del plazo de diez [10] días se expida al respecto. Dicho órgano podrá recabar medidas ampliatorias".

III. Antecedentes jurisprudenciales en torno a la importancia del dictamen y los efectos derivados de su omisión en la validez del acto administrativo. La subsanación

III.1. Antecedentes de la CS y de la CNFed. Cont. Adm.

En el ámbito federal, corresponde hacer mención y desarrollar sucintamente ciertos antecedentes de la CS como así del fuero contencioso administrativo, en cuanto conciernen al dictamen jurídico previo.

En el caso "Vera González" **(26)**, la CS descalificó un pronunciamiento del Tribunal Superior de Catamarca, en tanto no se había examinado el planteo de la actora relativo a que la resolución impugnada carecía del dictamen que, con carácter esencial, contemplaba la norma de procedimientos administrativos local. Consideró, en lo que interesa, que "tal argumento resultaba conducente para la decisión del caso en la medida que, más allá de la infracción legal señalada, la resolución que había otorgado la autorización tuvo como antecedente un dictamen favorable de la asesoría cuya intervención fue omitida por la demandada al dictar el acto cuya nulidad se pretende".

No obstante, en el precedente "Cerámica San Lorenzo" **(27)**, el Máximo Tribunal Federal

Cuando se tratare de resoluciones administrativas dictadas de conformidad con la antecedente vista del Fiscal, la notificación será igualmente válida si se efectúa en la persona de alguno de los funcionarios mencionados en el art. 43 in fine, autorizados al efecto por el Fiscal de Estado. Esta notificación se tendrá por cumplida transcurridos cinco [5] días hábiles siguientes a la fecha en que se dictaren. Cuando se tratare de resoluciones administrativas dictadas de conformidad con la antecedente vista del Fiscal, la notificación personal prevista en el apartado anterior. Si la resolución hubiese sido dictada con transgresión de la Constitución, de la ley o de un reglamento administrativo, el Fiscal de Estado deducirá demanda contencioso-administrativa o de inconstitucionalidad, según corresponda (art. 40)."(ii) Ninguna resolución administrativa dictada en oposición con la vista del Fiscal de Estado podrá cumplirse mientras no haya transcurrido desde su notificación un plazo de treinta [30] días hábiles (art. 41)."(iii) El vencimiento del término para iniciar la demanda originaria de inconstitucionalidad o del plazo previsto en el artículo anterior, no obstará la deducción de las acciones que correspondan, por la vía y en la forma que determinen las leyes generales, aún contra los particulares beneficiados por la resolución administrativa comprendida en el art. 38" (art. 42).

(26) Fallos 319:1899.

(27) Fallos 295:1017. En este caso, el actor había solicitado la declaración de nulidad de una resolución

consideró (consid. 4º, *in fine*) que no obstaba al carácter regular de un acto administrativo el hecho de que se haya prescindido de dictamen jurídico, "toda vez que en el procedimiento de repetición de la ley 11.683 (t. o. 1968), aplicable al dictarse la resolución revocada por la Dirección General Impositiva, no estaba previsto ese requisito y el art. 7º, inc. d), de la ley 19.549, cuando lo exige, lo supedita al supuesto de un acto que pudiera afectar derechos subjetivos e intereses legítimos de los administrados, extremo que en autos, por el contrario, no se da".

De estos lineamientos dados por la CS surge una interpretación favorable a la validez del acto carente de dictamen jurídico previo, en tanto no se afecten las situaciones jurídicas subjetivas apuntadas de quien resulte el destinatario de sus efectos.

Tal posición ha sido criticada al señalarse que del fallo citado se desprende una visión unidimensional de la función de las formas en el derecho administrativo, pues parece limitar, con arreglo a la letra de la norma, la exigibilidad del dictamen jurídico previo contemplado por el art. 7º, inc. d), de la LPA al caso en el que el acto afecte derechos subjetivos e intereses legítimos (consid. 4º, último párrafo) **(28)**.

A su vez, en "Duperial" **(29)**, la CS dejó establecido que de acuerdo con el art. 7º, inc. d), de la ley 19.549, es esencial el dictamen proveniente de los servicios permanentes de asesoramiento jurídico cuando el acto pudiera afectar derechos subjetivos e intereses legítimos del administrado, y ello debe ser cumplido antes que la Administración exprese su voluntad; y que, por ende, no constituye violación a los procedimientos esenciales y sustanciales previstos que conlleven a la nulidad de la resolución que no fue precedida de dicho dictamen, si este se expidió al ser exigido en oportunidad de interponerse el recurso jerárquico. Tal antecedente, criticado por la doctrina, es botón de muestra frecuente de la denominada y criticada teoría de la subsanación **(30)**, junto con otros casos similares: "Goñi Demarchi" **(31)**, "Soñes" **(32)**, "Laboratorios Ricar" **(33)**.

En el ámbito de la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo Federal, ser registran diversos casos en los que se abordó al dicta-

DGI, por la que se había revocado un acto administrativo emanado del Jefe de Zona Fiscalización Buenos Aires (que había admitido el recurso reconsideración y eximía de pago del impuesto a las ventas por los años 61 a 66), resultando un saldo a favor que acreditó para compensar futuras obligaciones. Se impugnó la decisión por falta de dictamen técnico y porque interpretaba que la exención violaba ley aplicable al incluir en el género ladrillos a los azulejos, sin tener en cuenta la finalidad de la franquicia.

(28) Cfr. COMADIRA, Julio R. — ESCOLA J. Héctor — COMADIRA, Julio P., "Curso de Derecho Administrativo...", ob. cit., p. 33. Allí se agrega que: "La PTN, en el dictamen emitido el 23/01/2001, Dictámenes 236:91, también publicado en ED serie especial de derecho administrativo del 31 de mayo de 2001, sostuvo, en cambio, con criterio ciertamente ponderable, que el requisito del dictamen jurídico previo es insoslayable cuando el acto afecte la hacienda pública y destacó, además, que esa exigencia jerarquiza la tarea de los abogados del Estado y refuerza la garantía formal de legalidad de las decisiones de la Administración".

(29) Fallos 301:953.

(30) Al respecto ver GOROSTEGUI, Beltrán, "El dictamen jurídico administrativo...", ob. cit., ps. 111-112, quien rechaza la teoría de la subsanación al señalar que: "esta práctica choca frontalmente contra todo el régimen, que, al respecto, instituye la ley 19.549. Ello así, en primer lugar, porque según vimos reiteradas veces, el dictamen jurídico es un requisito previo al dictado de todo acto administrativo. La resolución que resuelve el recurso contra un acto administrativo es un nuevo acto administrativo y no se integra con el impugnado. Ambos requieren del dictamen previo. Por otra parte, también rompe con la teoría de las nulidades y con el régimen de saneamiento del acto administrativo. En efecto, el art. 14, inc. b) de la ley 19.549, sanciona con nulidad absoluta e insanable, al acto administrativo que incurra en violación de las formas esenciales (entre las cuales está el dictamen, conf. art. 7º, inc. d). Por lo que un acto dictado en estas condiciones no podría tener otro destino que la revocación por ilegitimidad en sede administrativa (conf. art. 17, LNPA). Tampoco podría ser saneado, ya que, las técnicas de saneamiento —ratificación y confirmación— se encuentran previstas para los actos anulables y no para los nulos como en el caso (conf. art. 19 de la LNPA)". Por su parte, concluye que: "solo consideramos procedente la subsanación, en aquellos casos en los que los vicios de los elementos del dictamen sean solo leves, o lo que es lo mismo, solo en aquellos casos en que el dictamen fuera anulable. En estas ocasiones, estimamos que sí podría subsanarse (sanearse, en los términos del art. 19, LNPA) a través de un nuevo asesoramiento que confirme el criterio, sin vicios, en una etapa posterior".

(31) Fallos 301:1200.

(32) CS, Fallos 310:272.

(33) CS, Fallos 318:2311.

men jurídico previo proveniente de los servicios permanentes de asesoramiento, considerando invalidante su omisión **(34)**. No obstante, en otro caso, al igual que los mencionados en el párrafo anterior, se consideró subsanada la falta de dictamen previo al acto, en tanto dicha opinión se materializó con anterioridad a la resolución del recurso interpuesto contra aquel **(35)**.

En otros casos, se dejó sentado que no son impugnables a través de los recursos administrativos ni recursos judiciales **(36)**. En otro antecedente, se dijo que "son actuaciones interorgánicas que no comprometen a la voluntad administrativa", en tanto "el funcionario competente para dictar el acto administrativo que corresponde podrá o no, a su entender, acoger la solución jurídica propuesta por el grupo de abogados asesores, en tanto los citados dictámenes no son vinculantes" **(37)**.

A su vez, se sostuvo, en otro antecedente, que la motivación del acto administrativo puede estar contenida en este o en los dictámenes e informes a los que se remite y que, por ende, lo integran, pues basta una relación sucinta de las circunstancias que determinaron su dictado, siempre que sea ilustrativa **(38)**. En otro caso se dijo que "...los dictámenes existentes en el caso sirven como elementos de juicio para valorar la apreciación de los hechos llevados a cabo por las autoridades administrativas, cuando demuestran la arbitrariedad con la que obró la administración demandada frente a la exposición de la realidad de la causa que le habían expuesto los órganos asesores competentes al efecto..." **(39)**.

Un precedente que corresponde destacar del fuero Contencioso Administrativo Federal es el dictado por la sala I de la CNFed. Cont. Adm., en autos "Battioni" **(40)**, en la que el juez Coviello,

(34) En tal sentido ver, entre otros, CNFed. Cont. Adm., sala I, causa "Orsini" sent. del 28/04/1987, sala II, "American Airlines", sent. del 04/05/2000, sala IV, causa "Uromar SA", sent. del 30/12/1999.

(35) CNFed. Cont. Adm., sala IV, causa "Lagomarsino", sent. del 17/12/2004.

(36) CNFed. Cont. Adm., sala II causa "Von der Becke", sent. del 16/09/1999.

(37) CNFed. Cont. Adm., sala II, causa "Santana", sent. del 29/08/1995. A su vez, la CNFed. Cont. Adm., sala III, "Aga", sent. del 08/06/1995, y "Saguier", sent. del 06/03/1996, se dijo que: "Los dictámenes son meros actos preparatorios de la voluntad administrativa sin efecto decisorio y sin la aptitud de obligar por sí mismos al órgano, con competencia para resolver".

(38) CNFed. Cont. Adm., sala III, causa "Del Río", sent. del 13/03/1986, causa "Galizia" del 22/05/1986, causa "Sobrecasa", sent. del 19/05/1987 y causa "Distribuidora de Gas del Sur SA", sent. del 15/12/1994.

(39) CNFed. Cont. Adm., sala I, "Vianini", sent. del 24/08/2004.

(40) CNFed. Cont. Adm., sala I, causa "EN - MEyOSP c. Battioni, Julio C. s/ proceso de conocimiento", sent. del 31/08/2006. A las consideraciones transcriptas del voto del juez Coviello, se adiciona lo siguiente: "En el caso, sin el desarrollo de los fundamentos que sí, al afectarse los derechos del administrado, era necesario efectuar, a través del acto impugnado se hizo mérito genérico (demasiado genérico) del contenido del informe del Jefe de Gabinete de Asesores, cuyo asesoramiento no constituye el dictamen jurídico previo que impone el citado artículo de la LNPA (cfr. Dictámenes 223:84 y 238:49 de la Procuración del Tesoro de la Nación, entre otros). Siguiendo lo que a mi modo de ver constituye el modelo docente en cuanto a lo que debe ser un dictamen (a lo que vuelco mi experiencia), la Procuración del Tesoro ha señalado que el dictamen jurídico debe consistir en un análisis pormenorizado de las circunstancias fácticas del caso y de las consideraciones jurídicas aplicables, para poder recomendar conductas acordes con la justicia (Dictámenes: 231:56; 240:73; 240:156), debiendo constituir un análisis exhaustivo y profundo de una situación jurídica determinada, efectuada a la luz de las normas vigentes y de los principios jurídicos generales que las informan realizadas por el titular del servicio jurídico (Dictámenes: 207:431; 239:252; 237:70, entre otros. Asimismo, sobre el dictamen jurídico, ver: MURATORIO, Jorge I., 'El dictamen jurídico en la Administración Pública Nacional', en la revista Derecho Administrativo, año 2002, ps. 535 y ss.). Es evidente que el dictamen señalado del asesor del servicio jurídico permanente careció de la entidad requerida, por lo cual la observancia del art. 7º, inc. d de la LNPA ha sido abiertamente soslayado en un caso que exigía un análisis jurídico pormenorizado. Además, si se tiene presente que la Procuración del Tesoro había tomado intervención en las actuaciones vinculadas al caso, sin que hubiera puesto de relevancia la existencia de falencia alguna, era de elemental prudencia que se requiriera la intervención previa antes de disponer el inicio de la acción de lesividad (cfr. al respecto la opinión de Julio Rodolfo Comadira acerca de la conveniencia de la intervención de dicho máximo órgano asesor antes de que se disponga la anulación de oficio de un acto. 'Procedimientos administrativos. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, anotada y comentada', Buenos Aires, 2002, t. I, p. 368, con la colaboración de Laura Mercedes Monti)".

en torno la cuestión aquí tratada, entre otras valiosas consideraciones, afirmó que, "previo al dictado de dicha res. 124/1999, no existió el dictamen previo que exige el art. 7º, inc. d, de la LNPA. En efecto: su texto no constituye el dictamen necesario para dar por cumplido el requisito legal (cfr. *supra*, acáp. VI, punto 8), y nada se dice allí acerca de la procedencia o improcedencia del inicio de la acción. Antes bien, parece apuntar por la negativa, habida cuenta que invoca para la poca probabilidad de éxito, el tiempo transcurrido (que en buenos términos habría que entender como la prescripción) y el principio *non bis in idem*. Un asesor jurídico tiene que formular en forma precisa en su dictamen la opinión que le merece el caso y la solución concreta que propone, y no dejar librado al criterio de la autoridad la decisión a adoptar. Es decir, la función asesora le impone dar debido fundamento a la autoridad que lo solicita del temperamento que aconseja adoptar. Si no hay un dictamen ceñido a esas pautas, no se cumple el recaudo del art. 7º, inc. d, de la LNPA. Y, de otro lado, si hay un dictamen opuesto a lo que la autoridad administrativa decide, esta debe dar mayores fundamentos de las razones por las que no decide en igual sentido que se le propuso...".

III.2. Antecedentes de la provincia de Buenos Aires

En la provincia de Buenos Aires, resulta de obligatoria referencia el precedente "Estudiantes de La Plata" **(41)**, en tanto, en el marco de una acción de amparo, la SCBA consideró que la falta de dictamen jurídico antes del dictado de un acto que resuelve acerca de una petición que debió ser analizada a la luz de un determinado régimen jurídico, involucrando claramente cuestiones de derecho e interpretación legal, "constituye un vicio esencial que viola el art. 15 de la Constitución provincial, en cuanto garantiza el debido proceso en sede administrativa y la doctrina que emerge de los arts. 57 y 103 de la ordenanza general 267/1980, tornando procedente la acción de amparo a través de la cual se lo impugna".

En similar sentido, en el caso "Montes de Oca" **(42)**, se pronunció dejando establecido que la falta de dictámenes previos a una resolución final que decide sobre derechos subjetivos —*a fortiori* la falta de procedimiento— constituye un vicio grave, ya que, compromete la garantía de la defensa en juicio y afecta al interesado, a quien debe reconocérsele el derecho a una decisión adoptada con el debido cuidado hacia los recaudos técnicos que aseguren una suficiente fundamentación de lo que se decide, infringiéndose también con ese comportamiento el art. 15 de la Constitución provincial, en cuanto garantiza el debido proceso en sede administrativa.

Similares conceptos fueron vertidos en los precedentes "Burtin" **(43)**, "Deyherabehere de Shearer" **(44)**, "Gómez" **(45)** y "Dardanelli" **(46)**.

En los casos "Etcheberrigaray" **(47)** y en "Gearty" **(48)**, consideró que en tanto el dictamen jurídico previo no resultaba vinculante, el acto resultó válido en la medida que el órgano decisor fundamentó suficientemente los motivos que lo llevaron a elegir una sanción más grave que la que fuera aconsejada. Con alcances y fundamentos similares, en "García" **(49)**, sostuvo que la divergencia apuntada entre distintos actos preparatorios no importa un agravio para el imputado; en tanto el dictamen previo adquiere especial relevancia en su vinculación con la motivación del acto (art. 108, dec.-ley

(41) SCBA LP B 64413, sent. del 04/09/2002 juez Negri (SD).

(42) SCBA LP B 55077, sent. del 03/04/2008 juez Negri (SD).

(43) SCBA LP B 65739, sent. del 09/12/2010 juez Soria (SD).

(44) SCBA LP B 65796, sent. del 03/09/2008 juez De Lázzari (SD).

(45) SCBA LP A 74055 RSD-124-18, sent. del 06/06/2018 juez Negri (SD).

(46) SCBA LP A 74220 RSD-53-19, sent. del 24/04/2019 juez Negri (SD).

(47) SCBA LP B 64903 RSD-199-14, sent. del 20/08/2014 juez Kogan (SD).

(48) SCBA LP B 60515, sent. del 22/05/2013 juez Kogan (SD).

(49) SCBA LP B 65402 RSD-143-14, sent. del 02/07/2014 juez Soria (SD).

7647/1970) **(50)**, "de modo tal que si ese recaudo se ha cumplido, no corresponde invalidar la decisión dictada por el órgano con competencia resolutoria por no haber seguido el criterio apuntado por el órgano consultivo".

En cuanto al valor del dictamen frente a la exigencia motivacional del acto, no puede perderse de vista que en caso "Huertas Díaz" **(51)**, la SCBA dejó establecido: "La conducta desplegada por el intendente municipal, al separarse inmotivadamente en su decisión del parecer legal expuesto por la Asesoría letrada (v. fs. 23, expte. adm. 4030-37.731/1998), nulifica la determinación expulsiva (B. 48.840, 'Moyano', sent. del 31/08/1984; DJBA, 128-106) y vulnera lo prescripto en el art. 108, inc. c) de la ordenanza general 267/1980. La mecánica repetición del criterio mantenido por la Junta de Disciplina (v. Acta 5, fs. 24, expte. adm. cit.), que tampoco se hizo cargo del dictamen jurídico previo, carece de la mínima ponderación de —ni, menos aún, refuta— una circunstancia especialmente valorada en la pieza que el acto sancionador ignora: el cese del factor determinante del inicio del sumario (la baja en la matrícula del Colegio de Médicos). Tal obrar, reflejado en el dec. 1646/1997 (fs. 25, expte. cit.) lejos de abastecer el recaudo que emerge del citado art. 108 de la norma procedimental, lo transgrede, en cuanto omite exponer las razones que condujeron al apartamiento de la referida opinión legal" **(52)**.

Resulta de interés traer a colación el precedente "Marín" **(53)**, en cuanto el máximo tribunal bonaerense dejó sentado que el correcto ejercicio de la función consultiva de tipo jurídica previa a la emisión del acto administrativo, cuya finalidad consiste en asegurar la juridicidad de la actuación administrativa, no se encuentra cumplida en la escueta y genérica afirmación de que "...se encontrarían cumplimentados todos los requisitos exigidos por la normativa vigente", "pues de tal apreciación no se sigue la existencia, en la especie, de un análisis profundo y exhaustivo de una situación jurídica determinada, a la luz de las normas vigentes y de los principios que la informan, con el objeto de recomendar conductas ajustadas a derecho".

También resulta de interés traer a colación que, según la SCBA, los fundamentos de los actos administrativos pueden considerarse integrados con los dictámenes que los preceden y constituyen su indudable antecedente **(54)**. No obstante, la regularidad de la fundamentación integrativa, *in aliunde* o *per relationen* supone el cumplimiento de varios recaudos, como la transcripción del texto del informe —o de sus partes relevantes— en el que la decisión se apoya; la notificación al interesado del parecer técnico en el que se basa la resolución, previa o concomitantemente con esta, y que el dictamen

(50) La relevancia de la motivación como recaudo esencial del acto administrativo ha sido ponderada en diversos antecedentes [SCBA causa LP B 60765 RSD-174-15, sent. del 03/06/2015 juez De Lázzari (MA); SCBA causa LP B 64502 RSD-380-14, sent. del 17/12/2014 juez De Lázzari (SD), entre muchas otras].Asimismo, debe tenerse en cuenta, en torno a la necesaria explicitación de la motivación en el acto administrativo y no en una oportunidad posterior, que si bien el máximo tribunal provincial ha sostenido en varios precedentes un criterio favorable a la admisión de los fundamentos novedosos, de hecho o de derecho, introducidos por el representante de la Administración demandada en el proceso (los que, a su vez, pueden ser motivo de réplica por el actor, al contestar el traslado pertinente o en oportunidad de presentar su alegato); "... dicho criterio encuentra su límite en la imposibilidad de auspiciar, justificar o convalidar que la Administración omita la motivación de sus actos, intentando brindar, recién ante el tribunal, los fundamentos que, verosímilmente, debieron integrar la decisión cuestionada. Ese intento, lejos de remediar, evidenciaría la falta de motivación oportuna. No obstante el vasto objeto cognoscitivo del proceso, una habilitación en extremo generosa para aportar los motivos determinantes en cualquier forma y tiempo conduciría al inaceptable resultado de vaciar de contenido normativo al art. 108 del dec.-ley 7647/1970 (conf. mi voto en las causas B. 57.995, sent. de 30/08/2008 y B. 59.292, 'Pagano', sent. de 03/12/2008, entre otras)" (cfr. SCBA causa B. 55.127, "Roig", del 31/08/2011).

(51) SCBA LP B 59122, sent. del 22/10/2003 juez Soria (SD).

(52) Similares consideraciones se formularon en el precedente SCBA causa B. 57.387, "Vaccaro, Susana B. c. Provincia de Buenos Aires (Policía). Demanda contencioso- administrativa", sent. del 07/09/2016, juez Soria (MA), citado en la introducción.

(53) SCBA LP B 58622, sent. del 30/05/2007 juez Pettigiani (MA).

(54) Cfr. doct. SCBA causas B. 48.976, "Fernández, Ofelia", sent. de 19/06/1984; B. 48.977, "Fernández, Olga", sent. de 19/06/1984, AyS 1984-I-210; B. 48.209, "Solana", sent. de 06/11/1984; B. 48.211, "Jauand", sent. de 06/11/1984, AyS 1984-II-239, entre muchas otras.

o parecer técnico al que se remite el acto posea los atributos inherentes a una justificación adecuada **(55)**.

Un antecedente más reciente que corresponde destacar es el recaído en la causa "Muñiz" **(56)**.

En este caso, referente a una sanción a una agente municipal, la Cámara de Apelación en lo San Martín había revocado parcialmente la sentencia dictada por el Juzgado N.º 1 en lo Contencioso Administrativo de Morón y dispuso que se remitan las actuaciones administrativas a la comuna accionada a fin de que, en el plazo que resulta de las normas de aplicación, emitiera un nuevo acto observando el trámite esencial que consideró omitido —que resultaba ser el dictamen jurídico previo—.

La SCBA rechazó el recurso de inaplicabilidad de ley articulado por la municipalidad demandada que contenía, como agravio específico, que la Alzada había "traído oficiosamente" la falta de dictamen jurídico previo para invalidar la cesantía dispuesta por la actora. Sobre este aspecto, es menester recalcar que si bien el máximo tribunal bonaerense desestimó el remedio intentado, sustancialmente, por razones ligadas a insuficiencia recursiva, en el voto del juez De Lázzari se dejó sentado que la falta de dictamen jurídico previo (de obligatoria producción de acuerdo con el art. 28 de la ley 14.656) era una circunstancia que había sido reconocida por la propia accionada y que se trataba de un vicio grave "ya que, compromete la garantía de la defensa en juicio y afecta al accionante, a quien debe reconocérsele el derecho a una decisión adoptada con el debido cuidado hacia los recaudos técnicos que aseguren una suficiente fundamentación de lo que se decide".

A nivel de las Cámaras de Apelación en lo Contencioso Administrativo bonaerenses, encontramos diversos antecedentes de relieve para citar, sin pretender agotar toda la casuística sobre el tema tratado.

La Cámara en lo Contencioso Administrativo de la Plata —CCont. Adm. La Plata— tuvo oportunidad de expedirse sobre la falta de dictamen jurídico previo en la causa "Ponce" **(57)**.

El juez de primera instancia, entre los argumentos para admitir el amparo dirigido contra la destitución del actor como Consejero Escolar, advirtió la inexistencia de dictamen jurídico previo al dictado del acto, en los términos del art. 57 del dec.-ley 7647/1970. No obstante, la CCont. Adm. La Plata revocó tal decisión al tratar la cuestión atinente al procedimiento previo, en tanto consideró: "La interpretación de las normas aplicables indica que, sin perjuicio de la remisión que efectúa el art. 78 de ley 11.612 a la Ley de Procedimientos Administrativos (dec.-ley 7647/1970), resulta aplicable al trámite sancionatorio que se llevó a cabo por el Consejo Escolar, la norma específica de los arts. 96 y ccs. de la ley 11.612 citada, la que establece los recaudos que deben observarse a tal fin; recaudos que, cabe aclarar, lucen acabadamente cumplidos por el organismo citado".

Posteriormente, en la causa "Grupo Colonia" **(58)**, la CCont. Adm. La Plata confirmó la decisión de grado por la que se admitió la pretensión impugnatoria deducida por la firma actora, declarando ilegítima una resolución emitida por el Contador General de la provincia de Buenos Aires, entre otras razones, por haberse omitido el previo dictamen jurídico del asesor general de Gobierno.

Sobre este aspecto, la Alzada sostuvo que "...la falta de dictamen jurídico antes del dictado de un acto que resuelve acerca de una sanción que debió ser analizada a la luz de un determinado régimen jurídico, involucrando claramente cuestiones de derecho e interpretación legal, constituye un vicio esencial que viola el art. 15 de la Constitución provincial, en cuanto garantiza el debido proceso en sede administrativa

(55) SCBA LP B 60168, sent. del 12/10/2005 juez Soria (MA), y en sentido similar, SCBA LP B 61665 sent. del 05/03/2008 juez Soria (SD), SCBA LP B 56525 sent. del 13/02/2008 juez Soria (SD), SCBA LP B 65739 sent. del 09/12/2010 juez Soria (SD), SCBA LP B 63744 sent. del 29/08/2012 juez De Lázzari (SD), SCBA LP B 61202 RSD-71-15, sent. del 11/03/2015 juez Soria (OP).

(56) SCBA, causa A-72059, sent. del 10/05/2017.

(57) CCont. Adm. La Plata, causa 3182, sent. del 01/03/2007.

(58) CCont. Adm. La Plata, causa 8881, sent. del 19/02/2008.

y la doctrina que emerge de los arts. 57 y 103 del dec.-ley 7647/1970...". Asimismo, dejó establecido que la pretensión de la demandada tendiente a integrar la voluntad del acto administrativo cuestionado con los dictámenes que los preceden y constituyen su indudable antecedente es excepcional puesto que la carga de expresar los motivos de la determinación pesa sobre el órgano competente para resolver el procedimiento.

Asimismo, en el precedente "Quantas" **(59)**, la CCont. Adm. La Plata confirmó la admisión de la demanda impugnativa articulada por la actora contra los actos emanados del Ejecutivo provincial y de la Subsecretaría de Ingresos Públicos de la provincia, por los que fueron rechazados los recursos interpuestos contra disposiciones normativas por las que se había impuesto un régimen de información designando como agente a las empresas de servicios de transporte aéreo internacional de personas, autorizadas por la Subsecretaría de Transporte Aerocomercial. Entre otros vicios del acto atacado, en la instancia de grado se había advertido la ausencia de dictamen jurídico previo al dictado de la disposición normativa de marras, lo cual comprometía "la garantía del debido proceso en sede administrativa (art. 15, Const. Prov.), como la suficiente fundamentación, orientada por la debida función consultiva, que asegure, en el caso, la juridicidad de la actuación administrativa". La Alzada consideró acertado el criterio del sentenciante de grado "por cuanto la ausencia de dictamen jurídico previo trasunta un vicio grave en el procedimiento, ya que, compromete la garantía de la defensa y afecta al accionante, a quien debe reconocérsele el derecho a una decisión adoptada con el debido cuidado hacia los recaudos técnicos que aseguren una suficiente fundamentación de lo que se decide. Al no haber ocurrido así, se infringe el art. 15 de la Constitución provincial, en cuanto garantiza el debido proceso en sede administrativa y la doctrina que emerge de los arts. 57 y 103 del dec.-ley 7647/1970".

Finalmente, la CCont. Adm. La Plata se ha pronunciado sobre este recaudo en el caso "Galland" **(60)**.

Al revocar la admisión de la demanda impugnativa decidida en la instancia de grado (contra el acto emanado del Concejo Deliberante por el que se destituyó al actor en el cargo de "Defensor Ciudadano" de la Municipalidad de la Plata), entre otras cuestiones, la Alzada analizó la falta de dictamen jurídico previo al dictado de aquella medida segregativa.

En el voto minoritario se advirtió la ausencia de agravio por parte de la municipalidad apelante y no se trató la falta de dictamen jurídico previo advertida en la instancia de grado. Sin embargo, la mayoría postuló, contrariamente, que "la exigencia de dictamen jurídico previo al dictado de la resolución de baja, en la que se asienta el fallo de primera instancia y destaca el primer voto con ausencia de agravio, constituye un segmento involucrado en la regla que establece que el juez conoce el derecho (*iuria novit curia*) y, por lo tanto, coloca en un espacio innecesario a su mención expresa en la impugnación". Y sobre esa base dejó sentado la exigencia de dictamen, en la especie no resultaba del procedimiento previsto en las ordenanzas aplicadas (7854 y 10.343) y por ende "no puede entenderse como un requisito expreso del sistema normativo con gravitación bastante para acarrear la nulidad del acto que resulte". Adicionalmente consideró inaplicable tal recaudo para una especie singular regida estrictamente por el procedimiento especial previsto ante el Honorable Concejo Deliberante Comunal, que no lo establece, ni surge de otras variables aplicativas (v.gr., art. 101, ord. gral. 267).

En cuanto a la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo de San Martín —CCont. Adm. San Martín— al referido caso "Muñiz" **(61)** que quedara firme por decisión

(59) CCont. Adm. La Plata, causa 12068, sent. del 23/02/2012.

(60) CCont. Adm. La Plata, causa 12712, sent. del 28/08/2012.

(61) CCont. Adm. San Martín, causa "Muñiz" 2905, sent. del 12/03/2012. En este caso, el tribunal consideró exigible el dictamen jurídico previo a la decisión por la que se declaró cesante a la actora por abandono de trabajo, al entender que: "si bien el art. 65 de la ley 11.757 ordena aplicar esa medida una vez que el agente intimado no

de la SCBA —conforme ya se analizó—, se le suman otros antecedentes de interés en los que dicho tribunal convalidó la detección aún oficiosa **(62)** de la falta de dictamen jurídico previo en las sentencias apeladas.

En ese derrotero, cabe mencionar las sentencias de los casos "Sidra la Victoria" **(63)**, "Musabah" **(64)** "Aznar" **(65)**, "Samsung" **(66)**, "Martínez" **(67)**.

---

se reincorpora en el plazo de un día, su art. 77, también comprendido dentro del capítulo 'Régimen Disciplinario' de esa ley, ordena la producción del dictamen en todos los casos en que la falta de lugar a la sanción expulsiva, como se da en el presente supuesto, sin excluir expresamente al abandono de trabajo de ese requisito". Sobre esa base, advirtiendo oficiosamente el vicio en el procedimiento previo, la CCont. Adm. San Martín declaró la ilegitimidad del acto, retrotrayendo su invalidez al punto en que fuera omitido el mentado dictamen legal (cfr. lo resolviera la alzada en supuestos análogos en los que se omitió la creación y/o la producción del dictamen de la Junta de Disciplina en sumarios disciplinarios municipales, a saber: causas 323/05 del 06/10/2005, 765/06, del 19/12/2006, 1604/09 del 21/05/2009, causa 1698/09 del 03/12/09, entre otras). Ello, dejando a salvo que "una vez subsanado tal aspecto —integrándose en debida forma el iter legal del acto con el dictamen jurídico previo— la validez y razonabilidad de lo decidido en sede comunal sea objeto de revisión judicial". Sobre esa base, una vez firme la sentencia y devuelto el expediente a la instancia de origen, ordenó remitir las actuaciones administrativas a la comuna accionada a fin de que, en el plazo que resulta de las normas de aplicación, emita un nuevo acto observando el trámite esencial aquí omitido —dictamen jurídico previo—. Por ende, también resolvió que las demás cuestiones que hacen a la debida o no implementación del trámite a partir del cual se configuró en la especie, la causal del abandono de trabajo, y consecuente cesantía de la actora, debían ser dilucidadas una vez emitido el nuevo acto administrativo antes referido. Por su parte, dejó sin efecto el reconocimiento de salarios caídos admitido en la instancia de origen, difiriendo su tratamiento para una vez emitido el nuevo acto. La decisión declarar nulo un acto administrativo por vicio en el procedimiento y retrotraer las actuaciones administrativas al punto del trámite que fuera omitido, se puede apreciar de distintas decisiones de la SCBA y de la CCont. Adm. San Martín [ver SCBA, causa "Mingari" LP B 53793, sent. del 14/05/2003 juez Negri (SD), CCont. Adm. San Martín, causa 1837, sent. del 06/04/2010, 1698, sent. del 03/12/2009, entre otras antes citadas].

(62) Cabe traer a colación, en referencia a la detección oficiosa de vicios en el procedimiento de los actos administrativos, el precedente "Ricciuti" del STJ Tierra del Fuego (del 19/10/2010) y su respectivo comentario (CANDA, Fabián, "Control judicial del ejercicio de la función pública: la ausencia de refrendo ministerial en la aceptación de la renuncia de un funcionario. El Superior Tribunal fueguino y la valorización del procedimiento de formación de los actos administrativos", Lexis Nexis Online, 04/05/2011) en el cual, frente a los diversos vicios del decreto planteados por el actor, el Tribunal fundó la nulidad del acto en el vicio en el procedimiento de formación del acto, al carecer el decreto en cuestión, del debido refrendo ministerial. De esta manera, según el citado autor, se detectó "de oficio" un vicio que no había sido argüido por la actora y, supliendo el derecho, el Tribunal resolvió la nulidad del decreto carente de refrendo; lo cual, no supone violación a la división de poderes ni al derecho de defensa del accionado, pues la nulidad fue solicitada por el actor en el marco de una "causa" solo que invocando fundamentos de derecho distintos de los que en definitiva se utilizaron para decretarla, con lo cual se ejerció la facultad al amparo del principio iura novit curia. Además, es menester traer a colación la opinión de Comadira, quien, sobre el control de oficio de validez del acto administrativo, sostuvo que: "el real sustento aprehendido para la inviabilidad de la anulación judicial oficiosa, respecto de actos administrativos, es el principio de división de poderes. Fuera de este fundamento, el actuar oficioso del juez se debería aceptar al menos cuando la invalidez fuera absoluta y manifiesta... pensamos que el referido principio no debe ser invocado para enervar la potestad judicial de invalidación de un acto, aun sin petición de parte —aunque, por supuesto, en el marco de una causa— cuando la ilegitimidad de aquel sea grave y manifiesta. Iura novit curia, el derecho lo conoce el juez y su aplicación no puede quedar sujeta a la estrategia o diligencia procesal de las partes" (cfr. COMADIRA, Julio R., "El Acto Administrativo en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2006, ps. 78-79). Sobre esta base, en diversos antecedentes del JCA 2 de San Isidro, se concluyó que: "... la exigencia de dictamen jurídico previo que integra la forma o el procedimiento esencial (cfr. arts. 57, 103 y ccs., OG 267/80), constituye un aspecto reglado del acto administrativo (cfr. Fallos 315:1361, consids. 8º a 10), cuya inobservancia, en la especie —en cuanto emerge de un mero confronte entre las actuaciones administrativas y la norma que impone su concreción—, luce manifiesto y puede ser declarado de oficio —por aplicación del principio iura novit curia— por parte la judicatura..." (JCA 2 SI, sent. def. de causas 5958, 4870, 9871, 21064, entre otras).

(63) CCont. Adm. San Martín, causa "Sidra La Victoria" 5302, sent. del 05/09/2016.

(64) CCont. Adm. San Martín causa "Musabah" 6410, sent. del 23/01/2017, confirmatoria —en parte— de lo decidido por el JCA 2 SM, causa 10510, sent. del 11/07/2017.

(65) CCont. Adm. San Martín, causa "Aznar" 7532, sent. del 13/08/2019, confirmatoria de lo decidido por el JCA 2 SI causa 5795, sent. del 03/04/2018.

(66) CCont. Adm. San Martín, causa "Samsung", 8675, sent. del 27/04/2021, confirmatoria de lo decidido por el JCA 2 SI, causa 21064, sent. del 16/03/2017.

(67) CCont. Adm. San Martín, causa "Martínez", 8316, sent. del 09/12/2020, confirmatoria de lo decidido por el JCA 2 SI, causa 21064, sent. del 09/12/2019.

En el primer de estos antecedentes —y en forma similar en los restantes—, el tribunal desestimó la violación del principio de congruencia con relación a la sentencia atacada **(68)**, tal como fuera aducido por la recurrente, al entender que si bien la parte actora no se agravió, en particular, de la ausencia de dictamen jurídico previo —circunstancia advertida en la instancia de grado—, sí lo hizo con relación a la imposibilidad de ejercer su derecho de defensa en sede administrativa, importando en definitiva ambas circunstancias la denuncia de vicios en el procedimiento administrativo. Y sobre esa base, tuvo en cuenta que al haberse analizado la legitimidad del acto en el marco de la pretensión anulatoria deducida y con sustento en vicios en el procedimiento, "la circunstancia de que el juez recurra a fundamentos de derecho disímiles a los ensayados por la parte a los efectos de respaldar su pronunciamiento, no importa transgresión alguna al principio en cuestión".

A su turno, la Cámara en lo Contencioso Administrativo de Mar del Plata —CCont. Adm. Mar del Plata— se expidió en diversos antecedentes en torno a la relevancia del dictamen jurídico previo y eventuales consecuencias de su inobservancia por parte de la Administración.

En el caso "Mambretti" **(69)**, confirmó el rechazo de la demanda impugnativa deducido por una agente municipal contra el acto por el que se había dispuesto su egreso de la comuna.

La Alzada desestimó el vicio en el procedimiento por falta de dictamen jurídico previo que fuera materia de agravio, en tanto verificó que obraba en el trámite administrativo un dictamen antecedente del organismo de asesoramiento jurídico permanente de la municipalidad demandada, independientemente de la opinión de la Asesoría General de Gobierno, sobre cuya inobservancia, en la especie, la actora achacaba una supuesta irregularidad procedimental.

Asimismo, en la causa "Pardini" **(70)**, al confirmar la decisión de grado estimativa de la nulidad de la cesantía dispuesta sobre el actor, entre otros argumentos, por la ausencia del recaudo aquí tratado, tuvo oportunidad de señalar que mediaba, en la especie, un mandato normativo expreso y específico que exigía la intervención obligatoria de la oficina de asesoramiento jurídico municipal (art. 77, ley 11.757; argto. art. 57 de la Ordenanza General 267/1980) como condición de validez del acto que disponga una sanción de naturaleza expulsiva. Y agregó que "...tal opinión del órgano técnico jurídico, puntualmente requerida por la reglamentación 'con carácter obligatorio' cuando la culminación del procedimiento sumarial pudiera irradiar consecuencias extintorias del vínculo de empleo público municipal, constituye un juicio de naturaleza técnica sobre la cuestión ventilada (argto. doct. SCBA, causa B. 60.407, 'Barraza', sent. del 23/5/2007) que, aunque por sí mismo no otorga ni deniega derecho al agente sujeto al ejercicio de la potestad disciplinaria [cfr. doct. SCBA, causa B. 55.666, 'Cura', sent. de 14/5/2003], ni tampoco obliga a la autoridad con competencia para decidir —quien en caso de apartamiento deberá exponer fundadas razones para ello (argto. art. 108, inc. c de la Ordenanza General 267/1980; doct. SCBA causa B. 63.367, 'Cavaliere', sent. de 14/7/2010)—, importa la materialización de la función consultiva de índole jurídica, cuya finalidad persigue asegurar el de-

(68) JCA 2 SI, causa 5898, sent. del 20/04/2015.

(69) CCont. Adm. Mar del Plata Martín, causa 1668, sent. del 10/03/2011. Al fundamento del rechazo del recurso ya señalado, la CCont. Adm. Mar del Plata agregó, en cuanto interesa, que la tesitura de la actora: "resulta equivocada en tanto la función específica del mentado órgano es el asesoramiento jurídico del Poder Ejecutivo provincial y de todos los organismos que integran la administración pública, centralizada y descentralizada [cfr. art. 1º del dec.-ley 8019/1973]. Desde allí, su función dictaminadora —meramente consultiva— luce ajena al procedimiento para la producción de actos administrativos por parte de la administración pública municipal, en tanto tal materia se encuentra específicamente regida por la Ordenanza General 267/1980, de cuyo texto no resulta exigencia alguna que supedite la validez de los actos administrativos por ella alcanzados a la intervención del órgano provincial. Desde allí, no modifica lo resuelto la circunstancia de que el Municipio, en la especie, igualmente haya requerido la opinión de la Asesoría General de Gobierno con relación al acto a dictar, pues la respuesta a tal requerimiento no importaría sino el cumplimiento de un recaudo adicional que, sin ser exigido más tampoco prohibido por el orden vigente, respondería a un interés de la Administración por actuar conforme a la legalidad".

(70) CCont. Adm. Mar del Plata, causa C-3253-AZ1, sent. del 07/09/2012.

bido proceso adjetivo, la juridicidad de la actuación administrativa y salvaguardar los derechos que pudieran asistir al particular".

Similares consideraciones fueron vertidas por el tribunal marplatense en el caso "Gómez" **(71)** y "Lacaze" **(72)**, ambos, de ribetes fácticos y jurídicos similares a "Pardini".

Debe mencionarse también el precedente "David Rosario" **(73)**, en el que la ausencia de asesoramiento jurídico previo a los actos impugnados resultó determinante para sellar su ilegitimidad en la consideración de la Alzada marplatense.

En otro caso, "Ecoplata" **(74)**, al confirmar la desestimación de una medida cautelar decidida en primera instancia, abordó la invocada falta de dictamen (en tanto en el decreto atacado la comuna se remitía a una opinión legal previa, pero no inmediatamente antecedente a su dictado) y su incidencia en la configuración de los recaudos propios de la tutela precautoria peticionada. Sobre el particular, el tribunal advirtió que de los considerandos del decreto en cuestión se desprendía, efectivamente, que la autoridad municipal, para tener por incumplidas las prestaciones a cargo de la firma actora hacía especial referencia al "dictamen legal emitido por la Asesoría Legal de Gral. Madariaga". Y añadió que, "si bien es cierto que *prima facie* tal opinión legal no ha emanado del organismo técnico perteneciente a la Municipalidad de Villa Gesell, no lo es menos que el asunto debatido asume un carácter regional —v. acta de reunión de fecha 4/4/2016—, comprendiendo una tríada de Municipios [Villa Gesell, Pinamar y Gral. Madariaga]" y que "en ese devenir la Municipalidad de Gral. Madariaga elabora el informe técnico legal —al que remite en el dec. 993/2016 la autoridad municipal aquí demandada— del que surge que '... nunca cumplió Ecoplata SA las obligaciones asumidas en la habilitación, con el peligro y daño ambiental serio que ello conlleva...'. Por lo que, a tenor de la complejidad del asunto debatido, el tribunal entendió que la pasividad demostrada por la empresa actora para activar el pleito y que *prima facie* se habría desplegado —en el particular contexto regional del asunto— la actividad legal consultiva requerida por la ordenanza gral. 267/1980, permitía dotar de visos de legalidad el acto administrativo impugnado de autos".

Otro caso de mención es "Cámara Argentina de Empresas de Publicidad en Vía Pública" **(75)**, en el que confirmó el rechazo de una medida cautelar decidido en la instancia de grado en referencia al pedido de suspensión de una ordenanza municipal que agraviaba los intereses de los miembros de la entidad actora, entre otras razones, bajo la invocación de la ausencia de dictamen jurídico antecedente a dicha norma.

Al respecto, el tribunal consideró que "la denunciada inexistencia de un dictamen legal previo a la sanción de la Ordenanza 20.276 y que los accionantes resaltan en la pieza postulatoria como 'obligatorio' y condicionante de la validez del acto normativo, se desvanece cuando —tal como lo expresara el magistrado de grado— se advierte que la previsión contenida en

(71) CCont. Adm. Mar del Plata, causa AZ1-5847, sent. del 27/10/2015. La CCont. Adm. Mar del Plata en este precedente puntualizó, además en cuanto interesa a este trabajo, que: "Aun cuando no paso por alto que —en la especie— quien ejerció el rol de Instructor fue la propia Directora de Asuntos Legales del Municipio [cfr. res. 174 del 18/5/2010, obrante a fs. 33], no sería posible atribuir al informe que emitió en tal carácter y en la oportunidad del art. 75 de la ley 11.757 —clausura del sumario— la condición de un 'dictamen jurídico previo' en los términos del art. 77 de la ley 11.757, máxime cuando postergó tal actividad para la oportunidad pertinente —es decir, luego de que se expidiera la Junta de Disciplina—, según puede válidamente desprenderse del último párrafo de fs. 98. Es que la opinión fundada que el art. 75 de la ley citada impone a quienes se les hubiera encomendado la instrucción sumarial en los términos del art. 74 de la mentada ley, dista de traducir la función consultiva jurídica, imparcial e independiente del desarrollo sumarial, cuya producción dispone el art. 77 del Estatuto del Empleado Municipal en un estadio procedimental posterior a la mentada clausura sumarial —inmediatamente anterior a la intervención del órgano que ejercerá la potestad disciplinaria— y exigida —atento la trascendencia de la medida que pudiera adoptarse— a aquellos casos en que la falta imputada pudiera dar lugar a sanción expulsiva".

(72) CCont. Adm. Mar del Plata, causa 6021, sent. del 22/10/2015.

(73) CCont. Adm. Mar del Plata, causa 7240, sent. del 19/09/2017.

(74) CCont. Adm. Mar del Plata, causa 6697, sent. del 18/09/2018.

(75) CCont. Adm. Mar del Plata, causa C 2808 MP2, sent. del 16/02/2012.

el art. 123 de la ord. gral. 267/1980 no impone, sino que deja librada a la discrecionalidad del Dpto. Ejecutivo, la posibilidad de requerir dictámenes técnicos o legales con carácter previo a la elaboración de proyectos de Ordenanza o actos de carácter general [v. art. 120, ord. Gral. 267/1980]. Los accionantes reconocen el acierto de la lectura que el *a quo* efectúa de la manda contenida en el art. 123 de la ord. gral. 267/1980 [v. punto III.4. escrito de apelación] empero, esgrimen que resulta doctrina de la Corte local que el mentado recaudo procedimental —dictamen previo— no resulta de resorte potestativo sino obligatorio. Tal queja carece de todo sustento desde que el precedente en que se apunta la tal parecer [causa B. 64.413, 'Club Estudiantes de La Plata', sentenciada con fecha 4/9/2002] se circunscribe a circunstancias fácticas y jurídicas divergentes a las aquí ventiladas, pronunciándose allí el Cimero Tribunal provincial sobre la obligatoriedad del dictamen previo a la emisión de un acto administrativo emanado del Depto. Ejecutivo comunal y con apoyatura en los arts. 57 y 103 de la Ord. Gral. 267/1980".

Más recientemente, en la causa "Postamar", la CCont. Adm. Mar del Plata revocó el rechazo de una medida cautelar decidido en la instancia de origen, poniendo de relieve, de cara al recaudo previsto el art. 22, inc. 1º a) de la ley 12.008 lo atinente a la falta de dictamen jurídico previo **(76)**.

Finalmente, la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo de San Nicolás —CCont. Adm. San Nicolás—, se pronunció en, en alguna medida, en torno a la observancia del dictamen jurídico previo, en los casos "Cocci" **(77)** y "Pedotto" **(78)**, o respecto a su condición jurídica (causas "Xiao" **(79)** y "Gorosito" **(80)** (en el que se dejó sentado, además, su carácter irrecurrible).

Se observa también, de dicha región, un antecedente de interés del Juzgado en lo Contencioso Administrativo de Pergamino [causa "Andriolo" **(81)**], en el que se abordó la cuestión inherente al vínculo entre el dictamen jurídico previo y la motivación del acto administrativo, como así, otro caso ["Pampa Energía" **(82)**] ligado a la invalidez del acto —en una cuestión ambiental— ante el apartamiento infundado de los dictámenes especializados que lo antecedieron. En otro caso ["Caviglia" **(83)**] en materia de habilitación de instancia, también se analizó detenidamente la condición jurídica del dictamen jurídico previo.

IV. Conclusiones

El repaso de antecedentes normativos, jurisprudenciales y doctrinarios efectuado precedentemente permite visualizar, aunque sea de manera sucinta, la relevancia del dictamen jurídico previo de cara al respeto a los derechos de las personas y, correlativamente, del aseguramiento de la juridicidad de las conductas estatales, entendida esta en sentido amplio al modo definido en la introducción.

En efecto, el instituto bajo análisis es primordial en la prevención de irregularidades en la

(76) CCont. Adm. Mar del Plata, causa 9460, sent. del 06/08/2020. La CCont. Adm. Mar del Plata advirtió la falta de dictamen jurídico previo emanado del organismo de asesoramiento jurídico permanente del Municipio, en tanto la Comisión Evaluadora de Ofertas —en el marco de un procedimiento para la adjudicación de una "unidad turística fisca— no sustituye —en su opinión— el recaudo procedimental aquí tratado. Así, se dejó señalado que: "Empero, en la especie —y sin perjuicio de las consideraciones que pudieren formularse respecto de otros criterios de alguna manera complementarios sobre el punto—, de la norma antes citada no pareciera seguirse la atribución competencial a favor de la Comisión Evaluadora de Ofertas para emitir el dictamen jurídico previsto en los arts. 57 y 108, inc. c) de la ordenanza general 267/1980. Su labor plausiblemente se concentraría en el análisis de las propuestas presentadas por los oferentes, mientas que el dictamen jurídico ha de versar sobre la juridicidad del procedimiento de selección en todas sus etapas, brindando los recaudos técnicos normativos que aseguren la suficiente fundamentación de lo que finalmente se decide".

(77) CCont. Adm. San Nicolás, causa 581, sent. del 19/02/2009.

(78) CCont. Adm. San Nicolás, causa 1911, sent. del 12/02/2015.

(79) CCont. Adm. San Nicolás, causa 745, sent. del 10/11/2009.

(80) CCont. Adm. San Nicolás, causa 1372, sent. del 21/03/2007.

(81) JCA Pergamino, causa 1113, sent. del 27/06/2008.

(82) JCA Pergamino, causa 4290, sent. del 30/11/2018.

(83) JCA Junín, causa 1599, res. del 30/05/2006.

forma en que se manifiesta normalmente la Administración, que es el acto administrativo; ello, en la medida que, su adecuada concreción, se ordena, en mayor o menor medida, a la satisfacción de los demás recaudos normativos de aquel —en particular, la motivación—.

En la *praxis*, en reiteradas ocasiones el dictamen jurídico previo constituye el propio soporte motivacional del acto administrativo, ya sea por incluir su contenido dentro de los considerandos o simplemente por su remisión, configurando, este último supuesto, la denominada motivación *in aliunde* o *per relationem* **(84)**.

En tales supuestos, procede remarcar que, de acuerdo con la doctrina legal bonaerense, se exige entre otros recaudos: (i) que el acto resolutorio debe transcribir el texto íntegro o, en su defecto, hacer mérito en forma clara de los dictámenes o informes en que se funda; (ii) tales actos preparatorios deben, a su vez, reunir los requisitos de legalidad aplicables y, en particular, los inherentes a la motivación suficiente exigible al acto resolutorio; (iii) si la resolución se remite a varios actos preparatorios sin detenerse a ponderar lo que cada uno de ellos aconseja, propicia o recomienda, entonces, para reputarla congruentemente motivada, la solución propiciada y los fundamentos esenciales de todos ellos deben ser concordantes; (iv) el interesado debe haber tenido acceso o haber sido notificado de los dictámenes o informes a los cuales se remite o habrá de remitirse el acto administrativo resolutorio, previa o juntamente con este **(85)**.

El Estado de derecho exige, como se dijo al inicio, la sumisión de la Administración al principio de juridicidad; esto es, como bien se ha explicado **(86)**, que el ejercicio de las funciones gubernativas no rebase el orden jurídico establecido por las propias autoridades en el ejercicio del poder que los electores le confieren.

Bajo tal perspectiva es que se erige fundadamente una mirada crítica hacia la "teoría de la subsanación" (en la que la Administración emite el dictamen antes omitido a instancias de la actividad recursiva de la parte, al modo decidido en "Duperial", entre otros) o a la prescindencia del dictamen jurídico previo bajo los cánones dispuestos, por ejemplo, en el precedente de la CS, "Cerámica San Lorenzo", antes citado.

La teoría de la subsanación, como bien se dijo, tiende a persistir en parte de la jurisprudencia judicial y administrativa, perdiendo de ese modo, el procedimiento administrativo, la significación axiológica que constitucional y legalmente está llamada a poseer **(87)**.

(84) Cfr. doct. SCBA causas B. 48.976, sent. de 19/06/1984; B. 48.977, sent. del 19/06/1984, AyS 1984-I-210; B. 48.209, sent. de 06/11/1984; B. 48.211, sent. del 06/11/1984, AyS 1984-II-239, entre muchas otras.

(85) Cfr. doct. causas B 56.525, sent. del 13/02/2008 y B 57.995, sent. del 30/08/2006, causa B 63.744, sent. del 29/08/2012.

(86) Cfr. BOTASSI, Carlos, "Ensayos de Derecho Administrativo", Ed. LEP, La Plata, 2006, p. 23.

(87) COMADIRA, Julio R., "El acto administrativo en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos...", ob. cit., p. 117, quien agrega, en este sentido que: "no se diga que de no aplicar la subsanación se declararía la nulidad por la nulidad misma. Las formas en el Derecho Administrativo trascienden el exclusivo interés de las partes, pues ellas atienden también —y primordialmente— al interés público..." (p. 118). Asimismo, se ha señalado en este aspecto, que: "... esta doctrina es tan tentadora desde el pragmatismo como perniciosa a largo plazo para la legalidad estatal, pues transforma a los recaudos impuestos para la emisión de una recta decisión en meros rituales intercambiables temporalmente a juicio del administrador, elemento que —naturalmente— ilustra sobre su irrelevancia de hecho en la adopción de la postura administrativa. Una de las consecuencias históricas más nocivas desde esta visión ha sido la erosión del valor institucional del procedimiento administrativo" (cfr. JUSTO, Juan B., "Procedimiento y garantías, Tercera etapa: El debido proceso como ataque", en AA.VV., Procedimiento Administrativo, Jornadas Organizadas por la Universidad Austral Facultad de Derecho, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2015, p. 62).Por su parte, en forma concordante, se afirmó en torno a esta cuestión que: "... la anulación de oficio de un acto administrativo dispuesta sin previo dictamen jurídico, o sin la previa intervención del particular para que sea oído, es nula de nulidad absoluta. Esta es —a mi juicio— la solución que se desprende la letra y del espíritu de la ley y la que responde a una axiología adecuada, más allá de que, lamentablemente, está afianzada en la jurisprudencia de la Procuración del Tesoro de la Nación y de la Corte Suprema la denominada 'teoría de la subsanación', que permite subsanar con posterioridad la falta de dictamen jurídico previo e, incluso (y esto es gravísimo) las transgresiones al derecho de defensa" (cfr. COMADIRA, Julio P., "El procedimiento de anulación de oficio del acto administrativo y del reglamento", en AA.VV., Procedimiento Administrativo, Jornadas Organizadas

Finalmente, se aprecia que los antecedentes jurisprudenciales bonaerenses antes reseñados muestran, por lo general, un celo particular de la Judicatura en la observancia de este primordial recaudo por parte de la Administración, al haber descalificado su omisión en los casos en que el ordenamiento lo exige (y aun detectando el vicio oficiosamente) y/o repeliendo la validez de aquellos actos preparatorios que no reúnen las calidades exigibles a un dictamen jurídico previo. En definitiva, además, de traducir un ejercicio concreto del control consustancial a la propia noción de Estado de derecho, el quehacer del Poder Judicial resguardando la regularidad del procedimiento administrativo en los casos contencioso-administrativos en los que le toca intervenir, tiene como efecto resignificar y puesta en valor de la función consultiva de cara a los altos cometidos que involucra.

No puede olvidarse, en ese sentido, que este modo preventivo de control, tal como acertadamente se destacó **(88)**, está aún llamado a ser un control preferente respecto de los eventuales controles que actúan de modo correctivo, en tanto se ahorra tiempo y recursos si la actuación administrativa se ajusta al ordenamiento jurídico en virtud del propio procedimiento previo al dictado del acto administrativo y no con posterioridad a él, mediante el tránsito por las vías administrativas o judiciales pertinentes.

por la Universidad Austral Facultad de Derecho, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2015, p. 505). En sentido crítico a la teoría de la subsanación, se ha expedido COMADIRA, Fernando ("La acción de lesividad", ob. cit., ps. 198-204), quien advirtió que: "la declaración de lesividad dispuesta sin previo dictamen jurídico, o sin la previa intervención del particular para que sea oído, es nula de nulidad absoluta e insanable. Sin perjuicio de lo expuesto, debemos hacer referencia a la lamentable doctrina emanada de la PTN y de la Corte Suprema a la que el profesor Linares denominó 'teoría de la subsanación'. Con aquella, los actos administrativos dictados sin el correspondiente dictamen jurídico o, incluso, sin la intervención previa del particular, no acarrean, necesariamente, la nulidad absoluta del acto, pues tal deficiencia puede ser subsanada con posterioridad". El autor ratifica el criterio del que se desprende que la declaración de lesividad dispuesta sin previo dictamen jurídico, o sin la previa intervención del particular para que sea oído, es nula de nulidad absoluta e insanable (p. 198).

(88) Cfr. GALEANO, Juan J., "La función consultiva. El asesoramiento jurídico y su importancia institucional", ob. cit., p. 207.

El diseño constitucional del acto administrativo contemporáneo

Leandro Salgan Ruiz

Sumario: I. Introducción.— II. Desarrollo.— III. Conclusiones.

I. Introducción

El 06/05/2021 la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS) dictó la sentencia en la causa "Roa Restrepo" **(1)**. Esta decisión declaró admisible el recurso extraordinario interpuesto contra la sentencia de la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal.

Así revocó la sentencia que declaró legítimo el acto administrativo que dispuso la expulsión del acto y que encuadró la causal de cese en el inciso j) del art. 29 de la Ley de Migraciones 25.871.

Desde la perspectiva del acto administrativo, la reciente decisión del Máximo Tribunal que analizamos adquiere relevancia en varias cuestiones relevantes.

En primer lugar, como el antecedente de hecho satisface el estándar material exigido en el inciso b) del art. 7° de la ley 19.549 para justificar la validez del presupuesto fáctico del acto administrativo.

En segundo lugar, como el antecedente de derecho satisface el estándar normativo exigido en el inciso b) del art. 7° de la ley 19.549 para justificar la validez de la ley aplicable del acto administrativo.

En tercer lugar, como el elemento esencial causa impacta directamente en la fundamentación normativa y fáctica que exterioriza la motivación exigida en el inciso e) del art. 7° de la ley 19.549.

En cuarto lugar, como aplicamos al trámite del procedimiento previo del inciso d) del art. 7° de la ley 19.549 los principios de legalidad, razonabilidad, debido proceso adjetivo y buena fe.

Finalmente, como reforzó la jurisprudencia de la CS el carácter revisor del control de legitimidad de los actos de pura administración.

II. Desarrollo

II.1. Dimensión fáctica de la causa: un antecedente de hecho cierto y exacto cuya materialidad justifica la validez del acto administrativo

Para sustentar materialmente un acto administrativo el legislador consagró su causa **(2)**. En efecto, ese antecedente fáctico configura un requisito esencial que define su validez.

Cuando el hecho es inexistencia el legislador sanciona ese vicio con la nulidad absoluta e insanable **(3)** del acto y su revocación por razones de ilegitimidad en sede administrativa.

Así aparece la cuestión que indaga acerca de cómo la autoridad pública constata la efectiva existencia del hecho que integra la causa de un acto administrativo con el estándar exigido en el inciso b) del art. 7º de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos 19.549 para su validez.

Cuando el presidente de la Nación invocó mala de conducta de los fiscales y los removió

(1) Cfr. CS, "Roa Restrepo, Henry c/ E.N — Ministerio del Interior y Obras Públicas y Dirección Nacional de Migraciones s/Recurso Directo DNM", Fallos: 344:1013 (2021)

(2) Ver inc. b) art. 7º ley 19.549

(3) Ver inc. b) art. 14 ley 19.549

de la Fiscalía de Investigaciones Administrativas, la CS en el caso "Sola" **(4)** declaró la invalidez de la cesantía por un vicio grave en el elemento causa.

El Máximo Tribunal la fundamentó en la inexistencia del supuesto fáctico previsto en el art. 2º de la ley 21.383 como causal de remoción toda vez que se acreditó en el sumario administrativo labrado la inexistencia de la conducta imputada.

De lo expuesto hasta aquí podemos apreciar que la validez de la causa implica necesariamente la existencia y materialidad del hecho que la sustenta como antecedente.

Muchas veces el legislador acude a conceptos jurídicos indeterminados para el diseño de la norma jurídica cuya textura abierta aparece vaga, imprecisa y con una extensión de su significado.

Ese juicio de concreción recayó en el contenido de los términos como "idoneidad indiscutible" **(5)**, "razones operativas" **(6)**, "decoro" **(7)** y "operaciones sospechosas" **(8)**. La incorrecta calificación ese hecho previsto en la norma por la autoridad competente conduce con parejo énfasis a la invalidez del acto administrativo que lo contiene en su causa.

Así aparece la cuestión que indaga acerca de cómo la autoridad pública califica jurídicamente ese hecho cuya exactitud y precisión integra la dimensión fáctica de la causa de un acto administrativo.

Cuando la Dirección Nacional de Registros de la Propiedad Automotor y Créditos Prendarios removió a la interventora con fundamento en "razones de servicio", la CS en "Scarpa" **(9)** declaró la invalidez de la disposición por vicio en el elemento causa.

(4) Cfr. CS; Fallos 320:2509

(5) Cfr. CS; Fallos 320:2298

(6) Cfr. CS; Fallos 306:126

(7) Cfr. CS, Fallos 329:3617

(8) Cfr. CS, Fallos 341:1017

(9) Cfr. CS, Fallos 342:1393

El Tribunal Cimero adhirió al criterio del Dictamen de la Procuración General y sostuvo que el acto de cese no invocó ningún hecho concreto como causa que justifique y motive esa remoción.

De lo expuesto hasta aquí podemos inferir que no bastaría solo con constatar la mera materialidad del hecho que integra la causa, sino que la validez de su dimensión fáctica requiere además de un juicio de concreción apto para calificarlo jurídicamente.

Tanto el desconocimiento arbitrario de una situación de hecho existente como la pretensión de fundarse en circunstancias de hecho que no han tenido lugar **(10)** configuran una falsedad **(11)** en la causa que acarrea la nulidad absoluta del acto administrativo.

Ciertamente la falsedad de un hecho o antecedente excluye la voluntad de la Administración pública y provoca la nulidad absoluta e insanable del acto administrativo **(12)**.

Así aparece la cuestión que indaga acerca de cómo incide la falsedad de los comportamientos, conductas y restantes componentes invocados en la causa a la luz de la juricidad primaria de la Constitución Nacional.

Cuando la Dirección Nacional de Asociaciones Sindicales revocó la personería otorgada por la Unión de Trabajadores Ferroviarios, la Procuración del Tesoro de la Nación **(13)** confirmó ese acto toda vez carecía de la afiliación exigida por los arts. 16, 21 y 56 de la ley 23.551.

En efecto, el Alto Órgano Asesor precisó que la falsedad de la causa del acto revocado vulneró el principio de legalidad desde el momento en que la entidad acreditó la afiliación de trabajadores de una sola empresa circunstancia de hecho que no podía ser ignorada cuando peticionó una representación territorial mayor.

(10) Ver Dictámenes PTN 124:53

(11) Ver Dictámenes PTN 276:175

(12) Ver inc. b) art. 14 ley 19.549

(13) Ver Dictamen IF-2020-06257418-APN-PTN del 28/01/2020

El 06/05/2021 el Máximo Tribunal ratificó la relevancia de la causa como antecedente de hecho en el caso "Roa Restrepo" **(14)** puesto que ponderó como determinante para el juicio de apreciación de la autoridad migratoria la condena penal que pesaba sobre el actor de nacionalidad colombiana.

En efecto, la causal de expulsión requiere de una constatación por parte de la autoridad migratoria de la existencia de alguno de los impedimentos para la radicación del país.

II.2. Dimensión jurídica de la causa: un antecedente de derecho cuya vigencia asegura la vigencia del principio de juricidad en el acto administrativo

Para sustentar jurídicamente un acto administrativo el legislador consagró su causa **(15)**. En efecto, ese antecedente de derecho configura un requisito esencial que define su validez.

La violación de una ley aplicable configura un vicio grave de la causa en faz normativa que determina su nulidad absoluta **(16)** y consagra el deber de la Administración de revocar ese acto por razones de legitimidad **(17)**.

Así aparece la cuestión que indaga acerca de cómo la autoridad pública constata la observancia del principio de juricidad que integra la causa de un acto administrativo con el estándar exigido en el inciso b) del art. 7º de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos 19.549 para su validez.

En primer lugar, la aplicación del derecho objetivo **(18)** vigente debe ser consistente con la causa como antecedente de derecho que dota de validez el acto administrativo de alcance individual.

Así cuando la Administración pública adoptó una decisión cuya causa prescindió del supuesto de hecho de la norma jurídica correcta, la PTN declaró su invalidez toda vez que el apartamiento de ese elemento reglado **(19)** configuró un vicio grave en el antecedente de derecho **(20)**.

En segundo lugar, más allá de que la norma sea inaplicable, debemos detenernos en el cambio normativo donde deviene imprescindible que ese antecedente de derecho integrado a la causa se encuentre vigente.

Así cuando se aplicó una ley que exigía el conocimiento del idioma nacional para el ejercicio de derechos políticos, la CS en el caso "Liu" **(21)** dispensó al actor extranjero toda vez que había sido derogada y la vigente carecía de ese requisito.

En tercer lugar, extendemos este análisis a la norma que ha sido declarada inconstitucional en sede judicial. Ello no implica en modo alguno aceptar la idea de que la Administración pública sea competente para esa declaración.

En efecto, cuando el Poder Ejecutivo de la Provincia de Salta declaró la inconstitucionalidad de una disposición legal que reconocía una exención impositiva, la CS precisó en "Ingenio y Refinería San Martín" **(22)** que el poder administrador carece de la facultad para declarar la inconstitucionalidad de las leyes cuyo resorte exclusivo corresponde al Poder Judicial de la Nación.

Precisamente por esta razón la PTN admitió la posibilidad de que el Poder Ejecutivo se abstenga de aplicar una ley que se oponga la Constitución Nacional y a las Convenciones incorporadas a ella **(23)**.

Ello en la medida en que cada caso concreto la declaración de la inconstitucionalidad por sus circunstancias trascedentes guarde una identidad y analogía sustancial entre el caso decidido por el Poder Judicial y el que le toca aplicar a la Administración.

(14) Cfr. CS, Fallos: 344:1013

(15) Ver inc. b) art. 7º ley 19.549

(16) Ver inc. b) art. 14 ley 19.549

(17) Ver art. 17 ley 19.549

(18) Ver Dictámenes PTN 113:120

(19) Ver Dictámenes PTN 107:217

(20) Ver Dictámenes PTN 163:502

(21) Cfr. CS, Fallos 343:3

(22) Cfr. CS, Fallos 269:243; Consid. 5º

(23) Ver Dictámenes PTN 308:158. En igual sentido, Dictámenes 298:2017 entre otros.

Así cuando el fuero contencioso administrativo declaró la inconstitucionalidad del art. 5º de la ley 26.857 y su reglamentación, la PTN **(24)** opinó que la aplicación del régimen de declaraciones juradas patrimoniales en lo sucesivo requería de dos cursos de acción.

De un lado, la adecuación y reemplazo de las disposiciones reglamentarias de la AFIP, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y el Poder Ejecutivo a ese pronunciamiento judicial. De otro, el proyecto de ley al Congreso Nacional que modifique ese pasaje de la Ley de Ética Pública 25.188 que se opone a la CN.

A la norma jurídica inaplicable y a la declarada inconstitucional, sumamos aquella que porta una presunción de inconstitucionalidad cuya categoría sospechosa de discriminación **(25)** se contrapone al principio de igualdad **(26)**.

Entre ellas, la nacionalidad en "Hooft" **(27)**, "Gottschau" **(28)**, "Mantecon Valdés" **(29)** y "Pérez Ortega" **(30)**; al sexo en "González Delgado" **(31)**; a la edad en "Arguello" **(32)** y al ejercicio profesional **(33)** en "Franco", entre otros.

Apreciamos en este caso un desplazamiento de la suposición provisoria de la ley o el reglamento que cederá cuando autoridad competente efectivamente acredite fines esenciales del Estado y utilice los medios menos restrictivos al contenido de derecho fundamental en juego.

Si se trata de una disposición legal se aplicará directamente la Constitución Nacional y el tratado internacional que forman parte el antecedente de derecho **(34)** de la causa de ese acto administrativo.

Así cuando el Ministerio de Seguridad dispuso el pase a retiro obligatorio de un agente del Policía Federal Argentina con trastorno de identidad sexual, la PTN **(35)** propició la nulidad absoluta **(36)** de ese acto administrativo y su revocación por razones de ilegitimidad **(37)**.

Ello así toda vez que la ley que se aplicó como antecedente de derecho de ese acto colisionaba con el derecho a la identidad de género reconocido en la CADH **(38)** y la opinión **(39)** de la Corte IDH.

En cambio, si se trata de una disposición de carácter reglamentaria se deberá derogarla primero y luego dictar el acto administrativo para ajustarse al principio de inderogabilidad singular del reglamento.

Así cuando el Estatuto del Personal del Banco Central de la República Argentina (BCRA) incorporó un modo ingreso preferente del Grupo Familiar, la PTN **(40)** declaró que esa disposición es inconstitucional toda vez que encierra una categoría sospechosa de discriminación **(41)** prohibida por CN **(42)** y los instrumentos internacionales de la Derechos Humanos **(43)**.

Avanzamos hacia aquella norma cuya discriminación aparece encubierta y cuya invalidez proviene de un juicio de ponderación de su aplicación práctica en los hechos.

(24) Cfr. Dictámenes PTN 312:54

(25) Ver Pacto de San José de Costa Rica (Art. 1.1), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Art. 2.2.) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Art. 26)

(26) Ver art. 16 CN

(27) Cfr. CS, Fallos: 327:5118

(28) Cfr. CS, Fallos 329:2986

(29) Cfr. CS, Fallos: 331:1715

(30) Cfr. CS, Fallos: 336:131

(31) Cfr. CS, Fallos 323:2659

(32) Cfr. CS, Fallos 327:5002

(33) Cfr. CS, Fallos 325:2968

(34) Ver inc. b) del art. 7º de la ley 19.549

(35) Cfr. Dictámenes PTN 294:036

(36) Ver inc. a) del art. 14 de la ley 19.549

(37) Ver inc. a) del art. 14 de la ley 19.549

(38) Ver arts. 1º, 23 y 24 de la CADH

(39) Cfr. Corte IDH; "Atala Riffo y niñas vs. Chile", 24/02/2012

(40) Cfr. Dictámenes PTN 305:12

(41) Ver Convenio de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) N.º 111

(42) Ver arts. 16 y 28 CN

(43) Ver art. 1.1. de la CADH y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Art. 26)

Así cuando una ley local instrumentó el derecho a recibir educación religiosa garantizado por la Constitución de la Provincia de Salta, la CS en "Castillo" **(44)** la declaró inconstitucional dado que su implementación conducía a una discriminación y afectaba la privacidad de la persona.

Más cercano en el tiempo, la CS confirmó importancia de la causa como antecedente de derecho en el caso "Roa Restrepo" **(45)** puesto que valoró especialmente el encuadre legal de la causal prevista en el inciso c) del art. 29 de la ley 25.871 que justificó el acto de expulsión dictado por la autoridad migratoria.

De un lado, el acto de expulsión debe ser coherente con el tráfico de armas, tráfico de personas, tráfico de estupefacientes, lavado de dinero y las inversiones en actividades ilícitas como categorías de delitos. De otro, la condena penal impuesta al actor debe alcanzar el mínimo de tres años de pena privativa de la libertad.

II.3. Motivación suficiente: un deber de fundamentación normativa y fáctica de la autoridad competente que exterioriza la voluntad de la Administración pública

Para la justificación y fundamento racional de las decisiones de la Administración pública el legislador consagró la motivación **(46)** como una solución inherente **(47)** a la forma republicana del gobierno **(48)**.

En cada concreto, su observancia por órgano unipersonal consiste en la explicitación de las razones y circunstancias **(49)** que justificaron expresamente la emisión del acto por el poder administrador.

Ello se extiende a las decisiones de los órganos colegiados **(50)** cuya fundamentación específica **(51)** requiere de una deliberación de sus integrantes y luego de su pertinente votación.

Los informes técnicos, dictámenes y otros antecedentes con fuerza de convicción integran la *motivación suficiente* del acto dado que esas actuaciones administrativas guardan interdependencia y conexidad en el procedimiento y deben ser consideradas en su totalidad **(52)**.

Por un lado, una *fundamentación fáctica* que consiste en la explicación del hecho que determina la parte resolutiva del acto. Concretamente la condena de 2 años de prisión en suspenso del actor dado que fue autor del delito de robo doblemente agravado cometido en un lugar poblado y en banda.

Por el otro, una *fundamentación normativa* que se vincula a la exteriorización de las razones del orden jurídico cuya verificación no se agota en la mera mención de la norma jurídica. Sobre el particular, el inciso c) del art. 29 del Título II de la ley 25.871 que regula los impedimentos para el ingreso y permanencia de los extranjeros en el territorio nacional.

Tanto la fundamentación fáctica como la jurídica mediante la cual la Administración que demuestra la legalidad y oportunidad de la decisión configura el punto de partida para el control de legitimidad **(53)**.

De este modo, el art. 7º de la ley 19.549 conecta el elemento esencial de la causa —antecedente de hecho y de derecho— del inciso b) con su respectiva motivación en el inciso e).

La legislación carece de una forma rígida para su cumplimiento lo que conduce a que este requisito esencial se convierta una potestad ge-

(44) Cfr. CS, Fallos 340:1795; Consid. 21

(45) Cfr. CS, Fallos: 344:1013

(46) Ver inc. e) art. 7º ley 19.549

(47) Ver Dictámenes PTN 191:25. En igual sentido, Dictámenes 84:154 y 103:105 entre otros.

(48) Ver art. 1º CN

(49) Ver Dictámenes PTN 199:98

(50) Cfr. CS, Fallos 327:4923

(51) Cfr. CS, Fallos 329:4577

(52) Ver Dictámenes PTN 304:460. En igual sentido, Dictámenes 199:427, 209:248 y 259:42

(53) Ver Dictámenes PTN 236:31

nérica de dictar injustificadamente un acto administrativo **(54)**.

Así aparece la cuestión que indaga acerca como el poder administrador motiva de modo suficiente sus decisiones cuando las razones de hecho y derecho fijado en sede administrativa en el elemento causa podrían ser reemplazadas por el juez en ocasión de dictar sentencia.

Inicialmente en 1985 la CS ratificó en "Brovelli Giardini" **(55)** la validez de la baja de un agente público que fue designado por concurso cuyo acto administrativo se sustentó en una ley local de prescindibilidad del personal. De hecho, muestra que las razones de servicio invocadas por la autoridad de aplicación satisfacen en la especie el requisito de motivación exigiendo únicamente el pago de una indemnización.

Luego en el año 2008 se analizó la motivación de un acto que canceló un nombramiento en la planta permanente dentro del periodo de prueba de doce meses. Este lineamiento aparece en "Schnaiderman" **(56)**, fue ratificado en "Micheli" **(57)** y se consolida en "Scarpa" **(58)**.

Ciertamente el Máximo Tribunal declaró su nulidad dado que la Administración pública omitió expresar las razones y fundamentos que motivaron su dictado. Destacó que el ejercicio de las facultades discrecionales impone una observancia más estricta de la debida motivación.

Posteriormente en 2011 la CS en "Silva Tamayo" **(59)** precisó que la cancelación del nombramiento del agente planta permanente requiere no solo de una fundamentación de un *motivo concreto* que impida su permanencia sino también de una evaluación exhaustiva y expresa de la idoneidad personal y profesional del afectado.

Finalmente, en el año 2021 la CS señaló "Roa Restrepo" **(60)** la imposibilidad de que la causa y la motivación sean reemplazadas en sede judicial.

El juez de la Cámara modificó la razón de hecho y derecho que impide la permanencia del migrante en el país. De hecho, sustituyó la causal que fijó la autoridad migratoria en sede administrativa por el inciso j) del art. 29 y el art. 62 de la ley 25.871.

Debido a ese cambio sorpresivo en sede judicial se produjo un reemplazo no solo de la causa sino también de la motivación del acto administrativo expedido por la autoridad migratoria.

II.4. Procedimiento administrativo justo: un cauce formal que asegura una decisión razonable que tutela los derechos fundamentales del interesado

Para proteger los derechos de la persona la Constitución Nacional consagra la inviolabilidad de su defensa en juicio **(61)**.

La Constitución histórica de 1853-1860 reconoce expresamente esta garantía para el proceso judicial. Ciertamente en el caso "Silva" **(62)** el Máximo Tribunal la identificó con las formas esenciales de acusación, prueba, defensa y sentencia del proceso penal.

Así aparece la cuestión que indaga acerca como defendemos los derechos fundamentales de la persona en un procedimiento administrativo cuando el Constituyente circunscribió la tutela del art. 18 CN al desarrollo de proceso judicial.

La primera etapa se aplicó a la garantía de inviolabilidad de defensa en juicio a la actividad jurisdiccional de los Tribunales Administrativos.

Cuando la Dirección de Sumarios y Faltas aplicó una multa a una persona en un sumario,

(54) Cfr. CS, Fallos 307:1858; Consid. 7º del voto de la disidencia.

(55) Cfr. CS, Fallos 307:1858

(56) Cfr. CS, Fallos 331:735

(57) Cfr. CS, Fallos 332:2741

(58) Cfr. CS, Fallos 342:1393

(59) Cfr. CS, Fallos 334:1909; Consid. 7º

(60) Cfr. CS, Fallos: 344:1013

(61) Ver art. 18 CN

(62) Cfr. CS, Fallos 127:134

la CS en "Parry" **(63)** lo dejó sin efecto toda vez que la citación a declaración indagatoria omitió la boleta de infracción y privó de la persona de presentar prueba para refutar esa imputación durante la audiencia.

Cuando el Departamento Provincial de Trabajo aplicó una multa a persona jurídica privada, la CS en "Provincia Santiago del Estero" **(64)** declaró su invalidez dado que omitió notificar al interesado de la existencia del expediente sumado a que tampoco se lo convocó a audiencia alguna para ser escuchado y presentar en esa instancia pruebas conducentes a su descargo.

Posteriormente el debido proceso a los procedimientos administrativos de carácter no sancionatorio.

Cuando el Ministerio de Educación excluyó de un cargo docente a la persona que lo obtuvo por concurso debido a un informe secreto de los servicios de seguridad, la CS en "Oxley" **(65)** lo declaró inválido toda vez que el desconocimiento del cargo concreto que se le imputa a la persona impide el adecuado ejercicio de su defensa.

Más adelante el debido proceso avanza hacia las sanciones de los procedimientos de contratación pública.

Cuando la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires excluyó de una contratación directa a una empresa y la suspensión del Registro de Proveedores, la CS en "Zubdesa" **(66)** declaró nulo ese decreto de la comuna toda vez que omitió dar vista de las actuaciones y de la producción de la prueba a los interesados para que formulen su descargo.

Hacia el año 2001 la defensa en juicio del art. 18 CN se proyecta al procedimiento de naturaleza disciplinaria.

Cuando la Administración Nacional de Aduanas aplicó una cesantía en el sumario administrativo, la CS en "Castro Veneroso" **(67)** la declaró nula toda vez que la responsabilidad disciplinaria del agente público se justificó en su testimonio lo que impidió contar con asistencia letrada y el carácter facultativo de la audiencia como lo exige del Reglamento de Investigaciones Administrativas.

Cuando la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal aplicó multa a magistrados por responsabilidad personal, la CS en "Jueces Nacionales" **(68)** invalidó esa sanción toda vez omitió indicar la imputación de la actuación particular de cada juez sancionado del grupo sumado a que solo se concedió un plazo acotado de dos horas para formular el descargo.

Hacia el año 2004 cuando la Comité Federal de Radiodifusión (COMFER) exigió el desistimiento a los oferentes y limitó la presentación de recursos administrativos y judiciales contra las disposiciones reglamentarias y legales que rigen esa licitación pública la CS confirmó en "Astorga Bracht" **(69)** su inconstitucionalidad toda vez que se vulneró la tutela administrativa efectiva en el desarrollo de ese procedimiento de selección de contratista estatal.

Esa disposición reglamentaria no solo se oponía a la Constitución Nacional **(70)** sino especialmente a los instrumentos de protección de derechos humanos **(71)** con jerarquía constitucional **(72)**.

La PTN recordó la obligatoriedad del abogado del Estado de dar pleno cumplimiento a las disposiciones del procedimiento discipli-

(63) Cfr. CS, Fallos 193:408

(64) Cfr. CS, Fallos 198:78 (1944)

(65) Cfr. CS, Fallos 306:370 (1984)

(66) Cfr. CS, Fallos 308:191; Consid. 6º

(67) Cfr. CS, Fallos 324:3593

(68) Cfr. CS, Fallos 319:1160

(69) Cfr. CS, Fallos 327:4185; Consids. 6º y 7º

(70) Ver art. 18 CN

(71) Ver Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 8º y 10), Convención Americana de Derechos Humanos (Arts. 8º y 25), Declaración Americana de los Derechos del Hombre y el Ciudadano (Arts. XVIII y XXIV) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Arts. 2º inciso 3º apartado a y b y 14 inciso 1º)

(72) Ver inc. 22 art. 75 CN

nario **(73)**. Advirtió que las audiencias que se recibe de la persona humada afectada a la investigación sumarial deben asegurar la tutela administrativa efectiva **(74)**.

A partir del año 2010 el control de convencionalidad se centró en la dimensión temporal del procedimiento administrativo. Cabe recordar que la Corte IDH tiene dicho que el plazo razonable del art. 8.1 de la CADH se aplica a toda clase procedimiento **(75)** incluso los disciplinarios **(76)**.

En este sentido, la CS aplicó la garantía a la duración total del procedimiento sumarial donde se aplican sanciones administrativas y fijó el análisis global como uno de los estándares a ponderar en cada caso concreto.

Cuando el Banco Central de la República Argentina sustanció un sumario externo a una entidad financiera cuyo trámite se extendió por 18 años desde el hecho que configuró la infracción, la CS precisó en "Losicer" **(77)** que es incompatible con el plazo razonable.

Este criterio fue ratificado "Bonder Aaron" **(78)** donde aplicó el estándar del análisis global del procedimiento de la garantía convencional a otro sumario que se extendió por 26 años por la causa judicial conexa.

La PTN tiene dicho que resulta conveniente que el abogado del Estado ajuste su criterio a las decisiones de la CSJN por su jerarquía, el carácter definitivo de sus sentencias, la armonía entre los distintos órganos del Estado Nacional y la necesidad de ahorrarle al erario los gastos derivados de juicios **(79)**.

En efecto, la autoridad de interpretación **(80)** del Reglamento de Investigaciones Administrativas (RIA) fijó un plazo razonable para el ejercicio de la acción disciplinaria cuyo temperamento guarda identidad sustantiva y es coetáneo temporalmente con los precedentes jurisprudenciales citados **(81)**.

Concretamente, el Alto Órgano Asesor expresó que la existencia de un plazo razonable conlleva necesariamente a considerar, vía interpretativa, el plazo de 5 años previsto en el art. 2560 del Código Civil y Comercial de la Nación **(82)** cuya vulneración genera una incompetencia del órgano de investigación en razón del tiempo **(83)**.

En el año 2021 la CS señaló "Roa Restrepo" **(84)** los principios jurídicos que modulan y guían el trámite del procedimiento administrativo.

En primer lugar, el debido procedimiento previo acto sustanciado por la autoridad migratoria. En este sentido, el Máximo Tribunal declaró la invalidez del acto administrativo dictado sin la observancia del procedimiento previo normativamente establecido **(85)**.

En segundo lugar, este cauce de la función administrativa debe sujetarse al principio de legalidad **(86)**. Desde esta perspectiva, todo acto administrativo debe reunir los requisitos esenciales del art. 7° y 8° de la ley 19.549.

---

(73) Ver Dictamen PTN IF-2020-54206633-APN-PTN del 18 de agosto de 2020

(74) Ver Dictamen PTN IF-2020-89761909-APN-PTN del 22 de diciembre de 2020

(75) Cfr. Corte IDH; "Baena Ricardo y otros vs. Panamá" sentencia del 2º de febrero de 2001, párrafos 124 y 127

(76) Cfr. Corte IDH; "Caso "Maldonado Ordoñez vs. Guatemala", sentencia de 3 de mayo de 2016, párrafo 75

(77) Cfr. CS; Fallos 335:1126; Considerandos 8º, 9º y 15

(78) Cfr. CS; Fallos 336:2184; Considerandos 9 y 10

(79) Cfr. Dictámenes PTN 264:37

(80) Ver art. 134 Dto. N.º 467/99

(81) Cfr. Dictámenes PTN 280:34

(82) Cfr. Dictámenes PTN 307:289

(83) Cfr. Dictámenes PTN 235:210. En igual sentido, Dictámenes PTN 235:214 y 236:414

(84) Cfr. CS; Fallos: 344:1013, Consid. 6° del voto de juez Rossati

(85) Cfr. CS; Fallos 330:1077; Considerandos 14 a 17 y 40 respectivamente

(86) Ver arts. 14, 16, 17, 18 y 19 CN

Entre ellos y en consonancia con los elementos que se vienen desarrollando la causa —antecedente de hecho y derecho—, la motivación y el procedimiento administrativo.

Lo que ocurre es que precisamente el Estado Nacional es una persona ética por excelencia **(87)** y somete su propia actuación a ese marco normativo previamente formulado por el orden jurídico **(88)**.

En tercer lugar, el debido proceso sustantivo que coincide con el principio de razonabilidad cuya técnica permite la revisión de la necesidad **(89)**, adecuación **(90)**, proporcionalidad **(91)** y consecuencias de la decisión administrativa en el contenido esencial **(92)** de los derechos fundamentales en juego.

En cuarto lugar, el legislador diseñó el debido proceso adjetivo que reconoce el derecho a ser oído **(93)**, ofrecer y producir prueba **(94)** y una decisión fundada **(95)**.

El ejercicio legítimo del derecho a defensa del afectado por un acto implica que en forma previa a que la autoridad pública resuelva proceda a ser notificado, citado a audiencia, permitir la formulación de su descargo **(96)** y ofrecer pruebas que estime convenientes **(97)**.

Actualmente el debido proceso legal configura un estándar de plena aplicabilidad del art. 8.1 CADH en el procedimiento administrativo que desarrolla la Administración pública.

Tanto el derecho a contar con notificación previa como el plazo razonable para la presentación de los escritos e incluso la producción de la prueba integra el contenido de esta garantía convencional.

II.5. Control judicial: una revisión que corrige los desvíos del acto de pura administración respetando la división de poderes

El control judicial apuntó a un *examen* que dilucide si la norma fue dictada *dentro* del ámbito de facultades del Poder Ejecutivo en cuyo caso esa ponderación implica también discernir si ese asunto concreto pertenece a otro poder del Estado o excede sus atribuciones **(98)**.

Cuando el juez controla la actividad discrecional revisa esa actuación administrativa para corregirla **(99)**. Esa revisión se implementó a través de la *razonabilidad* **(100)**, *hechos determinantes* **(101)** y los *elementos reglados* **(102)** junto a sus *cláusulas accidentales* **(103)**.

La competencia revisora cede si la extinción del acto obedece a razones de *oportunidad*, *mérito* o *conveniencia* **(104)** dado que se trata de una decisión *privativa* y *exclusiva* por el poder administrador.

En efecto, cuando el juez difirió de la *valoración* los elementos de juicio del sumario, marco legal aplicable y graduación de la cesantía aplicada por el poder administrador, el Máximo Tribunal precisó en "Carbonaro" **(105)** que se excedió el límite revisión judicial derivada la potestad disciplinaria del Organismo.

(87) Cfr. Dictámenes PTN 251:411. En igual sentido, Dictámenes PTN 190:103 y 223:147

(88) Cfr. CS; Fallos 315:2771

(89) Cfr. CS; Fallos 332:2741

(90) Cfr. CS, Fallos 313:153; Consid. 8º

(91) Cfr. CS, Fallos 321:3103; Consid. 8º

(92) Cfr. CS, Fallos 305:1489. En igual sentido, CS Fallos 306:400 y 298:233

(93) Ver apartado 1º inciso f) del art. 1º ley 19.549

(94) Ver apartado 2º inciso f) del art. 1º ley 19.549

(95) Ver apartado 3º inciso f) del art. 1º ley 19.549

(96) Cfr. CS; Fallos 310:1129

(97) Cfr. Dictámenes PTN 290:181

(98) Cfr. CS; Fallos 326:417

(99) Cfr. CS, Fallos 340:721; Considerando 5º

(100) Ver art. 28 CN

(101) Cfr. CS, Fallos 326:2896, Voto de la disidencia del juez Petracchi; Consid. 4°

(102) Cfr. CS, Fallos 315:1361; Consid. 10. En igual sentido, CS Fallos 325:3425

(103) Cfr. CS, Fallos 334:1909; Consid. 7º

(104) Cfr. CS, Fallos: 321:1252. En igual sentido, CS, Fallos 332:111; 339:1077 y 342:1549

(105) Cfr. CS, Fallos 311:2128. En igual sentido, CS, Fallos 308:2246; Considerando 4º

Respecto a los actos legislativos, el Máximo Tribunal ratificó en "Barrik" **(106)** la vigencia del estándar de revisión judicial en "Cullen c. Llerena" **(107)** y "Soria de Guerrero" **(108)** cuyos límites fueron fijados en "Nobleza Piccardo" **(109)** y "Famly SA" **(110)**.

El *debido proceso legislativo* exige pautas mínimas que aseguran la validez de un procedimiento adoptado por el Congreso para la formación y sanción de la ley en una democracia deliberativa. Quedan excluidos los *debates parlamentarios,* así como el *error*, *acierto*, *mérito* o *conveniencia* de la solución legislativa.

Así aparece la cuestión acerca de cómo limitamos la revisión judicial de los actos de pura administración desde el momento en que el juez no solo sustituyó, sino que reemplazó la causal elegida por la Dirección Nacional de Migraciones que impedía permanencia en el país sin el debido debate del migrante en sede administrativa.

Como regla la CSJN circunscribió la revisión del juez a un *control de legitimidad*. Así excluyó de la medida adoptada a la *oportunidad*, *mérito* y *conveniencia* de la potestad del Poder Judicial.

Ciertamente en "Scarpa" **(111)** la Administración pública ejerció su *potestad revocatoria* **(112)** *ante un acto regular* que reconoció un derecho a *título precario*.

Luego la CSJN admitió que el control judicial proceda frente a dos supuestos: de un lado "ilegalidad manifiesta" y de otro, "arbitrariedad manifiesta".

Eso sí la circunstancia de que concurra la revisión en alguno de dos supuestos en modo alguno implicó una *sustitución* del juicio de valor de la administración.

En "Misiones" **(113)** declaró improcedente *ilegalidad manifiesta* del acto que fijó el precio de la energía dado gozaba de la presunción de validez cuya regularidad no fue controvertida cuando aquellos fueron oportunamente dictados por la autoridad pública.

También descartó *arbitrariedad manifiesta* en esa acción de amparo dado que la actora adhirió voluntariamente al mecanismo de formación de precio y a los factores de corrección.

En 2018 el Máximo Tribunal deslizaría la posibilidad de un avance excepcional hacia un *control judicial sustitutivo* de la voluntad de poderes representativos.

En "Apaza León" **(114)** frente a una norma que carecía de *claridad*, *precisión* y *previsibilidad* cuya evidencia mostraba una deficiente técnica legislativa parecía que se autoriza excepcionalmente el juez lo reemplace. Ello con el fundamento en la obligación de dar una respuesta jurisdiccional razonablemente fundada a las partes.

En el año 2021 la CS señaló "Roa Restrepo" **(115)** se consolida el carácter revisor del control judicial de los actos de pura administración.

En efecto, cuando la Cámara introduce la causal de expulsión de conducta reiterante prevista en el inciso b) del art. 62 de la ley 25.871, ese control de legalidad y razonabilidad configura un exceso toda vez sustituyó los motivos ponderados por la autoridad migratoria en sede administrativa. Así se alteró las reglas procesales que rigen la jurisdicción revisora **(116)** de los Tribunales de Alzada cuya solución es inconsistente con principio de *iura novit iuria*.

(106) Cfr. CS, Fallos 342:217; Consid. 23 del Voto de los jueces Maqueda, Lorenzetti y Rosatti

(107) Cfr. CS, Fallos 53:420

(108) Cfr. CS, Fallos 321:3487

(109) Cfr. CS, Fallos 321:2256

(110) Cfr. CS, Fallos 323:2256

(111) Cfr. CS; Fallos 342:1393, voto de la disidencia del juez Rosenkrantz

(112) Ver art. 18 ley 19.549

(113) Cfr. CS, Fallos 323:1825; Consids. 10 y 11

(114) Cfr. CS; Fallos 341:500, Consid. 2º del voto de la disidencia

(115) Cfr. CS; Fallos: 344:1013, Consid. 10° del voto de la mayoría

(116) Ver arts. 34, 166, 271 y 277 CPCCN.

III. Conclusiones

El examen de los aspectos analizados en el caso nos conduce a reflexionar sobre la validez del acto administrativo a partir de la causa, motivación y procedimiento.

Desde estos elementos esenciales, hoy las decisiones de la Administración pública portan una arquitectura que proviene de la propia Constitución Nacional y se proyectan en el diseño de la ley.

En primer lugar, mientras que el estándar exigido en el elemento causa por el inciso b) del art. 7º de la ley 19.549 consiste en que ese hecho cuya materialidad y existencia se encuentra constatada por en sede administrativa sea exacto, preciso y cierto.

Asimismo, el antecedente de derecho de ese pasaje de la norma se satisface en la medida que esa disposición —reglamentaria o legal— sea consistente con la Constitución Nacional y los instrumentos de protección de los Derechos Humanos.

La invalidez de este elemento esencial por su nulidad absoluta ocurre cuando la norma es inaplicable, inconstitucional o es portadora de una categoría sospechosa de discriminación.

En segundo lugar, a través del deber de motivación suficiente de la autoridad pública competente se exteriorizan los fundamentos tanto en su faz normativa como fáctica y se garantiza el conocimiento de las razones por el interesado, la publicidad de los actos de gobierno y la rendición de cuentas en la función pública.

En tercer lugar, el debido procedimiento previo al acto se anuda al art. 18 CN que tutela la inviolabilidad de los derechos fundamentales de la persona. Esa protección se enfocó inicialmente en las formas esenciales del proceso penal pasando al procedimiento administrativo.

Dentro de ese cauce formal de la función administrativa se aplicó el debido proceso adjetivo y sustantivo y luego se amplió la garantía por el art. 8.1. CADH cuyo estándar se aplica plenamente a la actividad jurisdiccional de los tribunales administrativos, concurso docente, selección de contratista estatal y sumario disciplinario.

En cuarto lugar, el carácter revisor se consolida como una regla del control de legitimidad que no sustituye, en ningún caso, a la voluntad de los poderes representativos. Así quedan excluidos las cuestiones de oportunidad, mérito y conveniencia que son privativas del Poder Administrador.

Límite temporal para la anulación del acto irregular

Martín H. Sánchez

Sumario: I. Introducción.— II. El acto administrativo irregular, la potestad revocatoria del poder estatal y su vinculación con los derechos fundamentales no disponibles.— III. El principio de confianza legítima y su aplicación al art. 27 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos.— IV. La imprescriptibilidad de las nulidades absolutas en el marco de la autonomía del derecho administrativo. La adecuación de principios generales.— V. El funcionamiento eficiente de los poderes del Estado y su vinculación con la limitación del poder revocatorio en el tiempo.— VI. Conclusiones finales.

I. Introducción

I.1. El propósito de esta investigación

El presente trabajo tiene como objetivo analizar la parcela de la teoría del acto administrativo referida a su extinción. Dentro de esta, se persigue examinar lo referente a la potestad anulatoria de la Administración con relación a los actos administrativos irregulares favorables al particular y que concretizan un derecho esencial para este.

En especial, se abordará si resulta apropiado que la Administración carezca de un plazo perentorio para cuestionar en sede judicial la subsistencia de un acto administrativo afectado de nulidad absoluta y la de los efectos aún pendientes. Al respecto se analizará el conflicto que suscita la aplicación de una juridicidad exclusivamente formal y una material, vinculada a los derechos esenciales de la persona humana **(1)**.

La cuestión será analizada desde cuatro aristas. La primera vinculada al acto administrativo y su relación con la satisfacción de derechos fundamentales no disponibles. La segunda relativa al principio de confianza legítima y su aplicación al tema que se trata en el presente trabajo. La tercera tocante a la imprescriptibilidad de las nulidades absolutas en el marco de la autonomía del derecho administrativo. En cuarto y último orden, será abordará la aplicación de las ideas aquí esgrimidas y su relación con un funcionamiento eficiente de los poderes del Estado.

I.2. La respuesta de la doctrina sobre esta cuestión

El límite temporal del que dispone la Administración para revocar sus propios actos irregulares viciados de nulidad absoluta ha sido motivo de tratamiento por parte de la doctrina, aunque esta no ha resultado unánime en cuanto a este asunto.

(1) Esta idea se encuentra en sintonía con lo expresado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuando entendió que la Convención Americana solo consagra derechos a favor de personas físicas, por lo que las personas jurídicas no son titulares de estos derechos. En la misma opinión sostuvo que las comunidades indígenas y tribales y los sindicatos, las federaciones y las confederaciones también pueden acceder al sistema interamericano en defensa de sus derechos. En virtud de ello, cabría la posibilidad de evaluar en otra instancia la ampliación de la eventual restricción de la potestad revocatoria de la Administración a este tipo de personas —Corte IDH, "Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (Interpretación y alcance del art. 1.2, en relación con los arts. 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46 y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del art. 8.1 A y B del Protocolo de San Salvador"—, Opinión Consultiva OC-22/16 del 26 de febrero de 2016, Serie A N.º 22).

Al respecto, Comadira sostiene que la anulación de un acto administrativo de oficio o la deducción de la demanda judicial respectiva constituye un deber de obrar inexcusable para la Administración. Ese deber resulta una consecuencia directa del valor fundamental del régimen jurídico de las nulidades absolutas, que tiene por causa el interés público y que se traduce en un régimen cuyos rasgos primordiales son, entre otros, la ausencia de plazo alguno para disponer la nulidad o perseguirla cuando quien la pretende es el propio Estado **(2)**.

Asimismo, afirma que no procede aplicar el plazo de prescripción del art. 27 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos cuando el Estado actúa en sede judicial en su calidad de actor. Sostiene en este aspecto que ello no implica una afectación de la justicia y la igualdad en el trato con los particulares (que sí disponen de un plazo perentorio), pues no puede reputarse injusta toda solución que importe un trato diferenciado entre el Estado y los individuos **(3)**.

En un sentido similar, Cassagne expresa que el interés general se halla presente en todos los supuestos de invalidez en el derecho administrativo, pero que puede resultar indisponible y por tanto imprescriptible la acción respectiva cuando está en juego el orden público administrativo **(4)**. Destaca —con referencia a un precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación— que, aquí, se trata de un interés público general más intenso y que debe gozar de mayor protección que el principio de conservación **(5)**.

En el mismo orden de ideas, considera que los fines perseguidos por la Administración no pueden constituir un muro que oculte la ilegalidad y la arbitrariedad (sin perjuicio que en el futuro puedan introducirse, en algunos supuestos, soluciones que favorezcan la subsanación de los actos). Por lo tanto, la noción de vicios de orden público para tipificar la nulidad absoluta permite mantener el obrar de la Administración en concordancia con el principio de legitimidad, justicia y razonabilidad. Esos principios reflejan el carácter indisponible e imprescriptible que se le asigna a este tipo de invalidez **(6)**.

Por su parte, Marienhoff expone una línea similar pues entiende que la revocación por ilegitimidad constituye el medio de idóneo para observar y cumplir la ley, además que —en los casos que ella procede— se trata de un deber de la Administración para actuar conforme a la legalidad **(7)**.

En ese sentido, asevera que la acción para entablar la acción que cuestione el acto viciado por una nulidad absoluta resulta imprescriptible. Sin embargo, efectúa una importante observación cuando afirma que la imprescriptibilidad de la acción resulta aplicable no solo al Estado, sino también al particular **(8)**. Con ello, coloca en condiciones de igualdad a ambas partes de la relación administrativa.

En un razonamiento afín, Gordillo —si bien también sostiene que la Administración se encontraría en condiciones de solicitar la nulidad de su propio acto sin límite temporal alguno cuando se tratara de actos viciados de nulidades absolutas, es decir, que se trataría de una acción imprescriptible—, entiende que esto implica una fuerte desigualdad con los particulares, que sí disponen de un plazo de caducidad para impugnar la nulidad absoluta. Además, que esta solución resulta disvaliosa en función de la noción de la seguridad jurídica de los derechos adquiridos y violatoria del derecho constitucional de propiedad **(9)**.

(2) COMADIRA, Julio R. — ESCOLA, Héctor J., "Curso de Derecho Administrativo", Comadira, Julio P. (coordinador, colaborador y actualizador), Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1ª ed., 1ª reimp., t. I, p. 514.

(3) COMADIRA, Julio R. — ESCOLA, Héctor J., "Curso de Derecho...", ob. cit., p. 431.

(4) CASSAGNE, Juan Carlos, "Curso de Derecho Administrativo", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2018, 12ª ed., t. I, ps. 731-32.

(5) CS, "Sudamericana de Intercambio c. Nación Argentina", Fallos 306:1138 (1984).

(6) CASSAGNE, Juan Carlos, "Curso de Derecho...", ob. cit., ps. 749-750.

(7) MARIENHOFF, Miguel, "Tratado de Derecho Administrativo", Ed. Abeledo Perrot, 1995, 5ª ed., t. II, ps. 630-31.

(8) MARIENHOFF, Miguel, "Tratado de Derecho...", ob. cit., ps. 554-555.

(9) GORDILLO, Agustín, "Tratado de Derecho Administrativo", Fundación de Derecho Administrativo,

Conforme puede apreciarse, no existe una posición unánime en cuanto al tema bajo análisis. La cuestión admite diferentes posicionamientos y matices.

En atención a ello y como se abordará a lo largo del presente, también resulta necesario articular estos postulados con otras cuestiones regidas por el derecho administrativo e incluso vincularlos con recientes fallos de la Corte Suprema de Justicia referidos a la satisfacción de derechos esenciales para las personas humanas, como así también a los principios que emanan de la Constitución nacional y de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos con jerarquía constitucional a partir de la reforma de 1994.

I.3. Anticipo sobre los hallazgos y conclusiones del trabajo

La proyección práctica frente a este problema es evaluar, entonces, la posibilidad que la Administración disponga de un plazo perentorio para interponer la acción de revocación de los actos administrativos irregulares que concretizan derechos esenciales para el particular (entendido exclusivamente como persona humana). Es decir, circunscribirla a un plazo fatal del mismo modo que el particular dispone de uno para iniciar la acción judicial luego de agotada la instancia administrativa a fin de no dejar firme el acto que ha cuestionado por más que resulte portador de una nulidad absoluta **(10)**.

Anticipando una conclusión que se desarrollará y fundamentará a lo largo de las páginas siguientes, puedo afirmar que vencido ese plazo la Administración no podría iniciar la acción para cuestionar el acto nulo. Naturalmente, ese término debería ser más extenso que el otorgado al particular en el art. 25 de la ley 19.549, pues no puede igualarse el volumen de la actividad de la Administración (es decir, la cantidad de actos administrativos que debe dictar) con la realidad de un individuo al cual se le notifica un acto específico que modifica su situación personal.

Cabe recordar, y ello será abordado más adelante, que algunas experiencias del derecho comparado —especialmente en lo referido al principio de confianza legítima o ideas afines a él— permiten sustentar esta posición, como, por ejemplo, algunos precedentes del Consejo de Estado de Francia.

Es cierto que el sistema contencioso—administrativo francés resulta ser una organización compleja que en su vértice superior encuentra, justamente, al Consejo de Estado, con un limitado acceso a la instancia judicial por vía de apelación **(11)** y, por lo tanto, muy diferenciado de nuestro propio ordenamiento. No obstante ello, considero que lo importante es reflexionar sobre el fondo de la cuestión, es decir, que la Administración disponga de un límite temporal para dejar sin efecto sus propias decisiones que han satisfecho derechos esenciales y que una vez expirado ese límite el acto adquiera firmeza, no solo en la esfera administrativa sino también en la judicial.

Claro está que esas decisiones irregulares deben concretizar derechos esenciales en cabeza de los ciudadanos, que contribuyan con el fortalecimiento del principio de dignidad humana. Tal como será expuesto, todo esto permite inferir que el poder de la Administración en esta materia no es ilimitado.

A ello debe sumarse que esta idea permite introducir innovaciones expansivas de derechos y lograr una mayor congruencia de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos con los principios y valores que emanan de la Constitución nacional y de los instrumentos internacionales de derechos humanos, que adquirieron rango constitucional a partir de 1994. La solución aquí propuesta prescinde, por lo tanto, de un apego a una juridicidad formal, exclusivamente centrada en el texto de la norma, para lograr una compatibilidad con la idea de una juridicidad material, enfocada en los valores referenciados.

Buenos Aires, 2011, 10ª ed., t. III: El acto administrativo, p. XI-12.

(10) CNFed. Cont. Adm., sala IV, 16/04/2002, "Muñoz c. Estado Nacional", AP 60001749.

(11) BIANCHI, Alberto, "La separación de poderes. Un estudio desde el Derecho comparado", Ed. Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2019, p. 110.

II. El acto administrativo irregular, la potestad revocatoria del poder estatal y su vinculación con los derechos fundamentales no disponibles

II.1. Los actos administrativos regulares e irregulares. Estabilidad de los actos administrativos favorables

En forma previa a desarrollar las cuestionas relativas al poder revocatorio de la Administración, resulta necesario realizar una breve reseña de las nociones de actos administrativos regulares e irregulares, como así también de lo referente a la estabilidad de los actos administrativos favorables para los particulares.

II.1.a. Actos administrativos regulares e irregulares

Los actos administrativos regulares resultan ser aquellos que reúnen las condiciones fundamentales para su validez, cuya observancia depende del cumplimiento simultáneo de los requisitos esenciales contenidos en el art. 7º de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos: competencia, causa, objeto, procedimientos, motivación y finalidad **(12)**. Dentro de este tipo de actos se encuentran dos subgrupos, aquellos que se ajustan en forma plena al principio de juridicidad y los que son portadores de un vicio leve, pero presentan condiciones básicas de validez.

A su vez, los actos administrativos irregulares son aquellos que presentan un defecto o vicio grave en algunos de los elementos esenciales y, por lo tanto, son susceptibles de ser declarados nulos (art. 14, ley 19.549). La cualidad principal es que se verifica una discordancia importante y severa del acto —es decir, sus piezas indispensables— con la obligatoriedad que impone el principio de juridicidad.

Tanto los actos regulares, como los irregulares se subdividen en actos favorables y desfavorables. Dentro de los primeros pueden encontrarse aquellos que amplían la esfera jurídica de los particulares, pues les reconocen un derecho o los liberan de un gravamen. En los segundos se ubican aquellos actos que producen un efecto jurídico desventajoso, pues acarrean cargas u obligaciones para los destinatarios **(13)**.

Los actos favorables pueden ingresar, en ciertas circunstancias, en la denominada "área de estabilidad", que opera como una garantía en favor los particulares. En el apartado siguiente se analizará este aspecto.

II.1.b. Estabilidad de los actos administrativos favorables

Los actos administrativos favorables, ya sean regulares o irregulares, a diferencia de los desfavorables, en tanto crean situaciones jurídicas activas o disminuyen o eliminan una pasiva gozan —en los casos previstos por la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos— de estabilidad, es decir, que no podrán ser modificados, sustituidos o revocados en sede administrativa.

Sin embargo, existe una importante diferencia ya sea que el acto sea regular o irregular. Los primeros, una vez que han sido notificados, solo podrán ser revocados en caso de que el particular hubiera conocido el vicio, que la revocación lo favorezca sin causar perjuicios a terceros o si el derecho fue otorgado a título precario. También se permite a la Administración la sustitución, modificación o revocación por razones de oportunidad, mérito o conveniencia indemnizando los perjuicios que esa acción ocasionare (art. 18, primera parte de la ley 19.549).

En el caso de los actos administrativos favorables irregulares, a raíz del propio vicio del que adolecen, la Administración tiene la obligación de revocarlos o sustituirlos por razones de ilegitimidad. No obstante ello, podrán ingresar al área de estabilidad —y por lo tanto, resultarán inmodificables por el poder administrador en la propia sede— si el acto se encontrara firme y consentido y hubiera generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo (art. 17, ley 19.549). A ello, debe sumarse que, por vía jurisprudencial, se ha adicionado como requisito que el particular desconozca la existencia del vi-

(12) CNFed. Cont. Adm., sala III, 11/02/2010, "Pantaleoni de Valitutto c. Estado Nacional - Ministerio de Obras y Servicios Públicos - ente residual", LA LEY 70058900.

(13) SAMMARTINO, Patricio M. E., "Amparo y Administración. En el Estado Constitucional Social de Derecho", Ed. Abeledo Perrot, 2012, t. I, ps. 247-248.

cio (sobre estos aspectos se volverá en el punto siguiente de este mismo capítulo).

Ahora bien, independientemente del tipo de acto frente al cual nos encontremos, la estabilidad resulta una garantía que juega de forma exclusiva en favor del particular destinatario del acto. No resulta predicable ni para los actos de gravamen, ni para los sancionatorios. Tampoco puede ser invocada para favorecer a la autoridad administrativa. Se trata de una técnica del derecho administrativo que consolida en sede administrativa los efectos jurídicos vinculantes del acto administrativo favorable **(14)**.

Esa estabilidad, entonces, presenta una doble función. Por un lado, resulta una garantía en favor del particular para que se mantenga la situación que el acto ha creado, por el otro se traduce en un límite a la potestad revocatoria de la Administración. Es decir, que la misma autoridad que ha dictado el acto no puede disponer su revocación **(15)**.

Cabe recordar, una vez más, que la estabilidad solo opera para actos administrativos favorables. En este aspecto ha afirmado la Procuración del Tesoro de la Nación: "El acto que crea o declara deberes, cargas u obligaciones a los administrados frente a la Administración, no se encuentra alcanzado por el régimen de la estabilidad, pues esta se refiere específicamente a los derechos" **(16)**.

En consecuencia, la idea de estabilidad se encuentra vinculada a la idea de inalterabilidad del acto administrativo favorable en sede administrativa. Además, para que dicho acto pueda ser revocado, la Administración debe verificar previamente que no se encuentre dentro del área de estabilidad (arts. 17 y 18 de la ley 19.549).

Pero también, y esto resulta trascendente para el objeto de este trabajo, resulta necesario que la Administración analice la naturaleza del derecho que el acto administrativo concretiza. En efecto, si se trata de un derecho esencial vinculado a los intereses y necesidades vitales de la persona humana —y que encuentra protección en los principios y valores que emanan de la Constitución nacional y los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos incorporados a ella en 1994— el acto resultará inmutable en sede administrativa **(17)**.

En este sentido, se analizará a continuación, la vinculación ente aquellos actos que si bien satisfacen un derecho esencial de la persona humana resultan irregulares por padecer un vicio grave y la potestad de que dispone la Administración para solicitar su anulación en sede judicial.

II.2. El acto administrativo irregular. Su regulación en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. La justificación del poder revocatorio por parte de la Administración

En su art. 17 la ley 19.549 regula lo referente al curso de acción que debe seguirse frente a un acto administrativo de carácter irregular (nulo, en los términos de la ley) cuando dispone:

"El acto administrativo afectado de nulidad absoluta se considera irregular y debe ser revocado o sustituido por razones de ilegitimidad aún en sede administrativa. No obstante, si el acto estuviere firme y consentido y hubiere generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo, solo podrá impedir su subsistencia y la de los efectos aún pendientes mediante declaración judicial de nulidad".

Cabe recordar que el acto administrativo resulta una estructura jurídica que debe reunir un conjunto de requisitos esenciales y que junto con la ausencia de vicios en la voluntad del emisor del acto resultan indispensables para sostener su validez **(18)**. La ausencia, por lo tanto, de alguno de esos elementos fundamentales o la presencia de algún vicio en la voluntad de quien

(14) SAMMARTINO, Patricio M. E., "La estabilidad del acto administrativo en el Estado Constitucional. De la 'cosa juzgada administrativa' al 'área de estabilidad'", LA LEY 2019-C-1, 4.

(15) CS, "Rubio c. Provincia de Buenos Aires (IPS)", Fallos 318:933 (1995).

(16) Dictámenes 246:443.

(17) SAMMARTINO, Patricio M. E., "La estabilidad...", ob. cit.

(18) SAMMARTINO, Patricio M. E., "Precisiones sobre la invalidez del acto administrativo en el Estado constitucional social de derecho", ED 724 (2014), p. 4. Cita Digital: ED-DCCLXXIV-466.

se encuentra encargado de emitir el acto, tornan al mismo inválido y activan para la Administración el deber de actuar tal como lo prescribe el artículo referido.

Es así como la Administración tiene la obligación de sustituir en sede administrativa por razones de ilegitimidad el acto nulo. Este obrar, se sostiene, encuentra sustento en la gravedad del vicio y el interés público comprometido, que obligan al inmediato restablecimiento y vigencia de la juridicidad **(19)** mediante la no permanencia en el mundo jurídico de actos portadores de una nulidad absoluta.

Con relación a la actividad de la Administración se ha sostenido, desde un criterio objetivo, que corresponde dejar de lado la pauta derivada del órgano o sujeto actuante y considerar el fundamento por el cual se produce la extinción. En consecuencia, corresponde al poder administrador que disponga la revocación de un acto administrativo por razones de oportunidad, mérito o conveniencia por su inadecuación a las exigencias del interés público del momento en que tal extinción tiene lugar; mientras que cuando el fundamento es la ilegitimidad del acto vinculada a vicios o defectos inherentes a su estructura la Administración —o incluso la Justicia— debe proceder a su anulación **(20)**.

Por otro lado, desde un criterio subjetivo, se ha puesto énfasis en considerar especialmente al órgano que dispone la revocación del acto. La Ley Nacional de Procedimientos Administrativos se inscribe en esta posición, pues como se ha mencionado emplea expresamente la locución *revocación*, tanto por cuestiones de ilegitimidad —art. 17, primera parte— como por razones de oportunidad mérito y conveniencia —art. 18, última parte—. Además, ello resulta conteste con las decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que ha utilizado tales expresiones —o sus variables— para referirse a los actos que importan el retiro del mundo jurídico del acto administrativo irregular **(21)**.

Así, en el fallo "Bodegas y Viñedos" mencionó la posibilidad que se ejerza la "potestad revocatoria una vez advertida la irregularidad del acto" **(22)**. Asimismo, en el caso "Cabanas" se hizo referencia a que la Administración pueda "dictar la revocación por razones de ilegitimidad en sede administrativa" cuando el acto administrativo adolezca de algún elemento esencial dispuesto por ley **(23)**. Por último, puede mencionarse lo sostenido en el precedente "Talleres Navales Dársena Norte" relativo a que "la potestad revocatoria de la Administración de los actos irregulares renace cuando el titular de los derechos subjetivos nacidos de aquellos ha conocido el vicio que afecta al acto irregular" **(24)**.

Para el supuesto en que la Administración se hallara impedida de revocar *per se* su propio acto, debe recurrir, entonces, a la vía judicial a través de la acción de lesividad si aquel se encontrara firme y consentido y hubiese generado derechos subjetivos que se estuvieran cumpliendo. La acción que se interponga tendrá por objetivo, entonces, impedir la subsistencia de ese acto y la de los efectos aún pendientes. Cabe destacar que para que la Administración se vea impedida de ejercer su potestad revocatoria en sede administrativa los derechos subjetivos se deben estar cumpliendo de manera efectiva **(25)**.

Como puede apreciarse, este artículo expone de forma clara las potestades de la Adminis-

(19) HUTCHINSON, Tomás, "Procedimiento administrativo de la Ciudad de Buenos Aires. Comentario exegético del dec. 1510/97. Jurisprudencia aplicable", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2003, p. 142. Si bien el autor analiza la normativa de la Ciudad de Buenos Aires, la misma resulta similar —en este aspecto— a la ley nacional.

(20) COMADIRA, Julio R. — MONTI, Laura (colab.), "El acto administrativo en la ley nacional de procedimientos administrativos", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2011, 1ª ed., 6ª reimp., ps. 188-90.

(21) SAMMARTINO, Patricio, "Introducción al estudio sistemático de las consecuencias principales y secundarias del acto administrativo irregular", RDA Derecho Administrativo. Revista de doctrina, jurisprudencia y legislación práctica 135 (2021), p. 18.

(22) CS, "Bodegas y Viñedos Giol EEIyC c. Dirección General de Fabricaciones Militares", Fallos 310:380 (1987).

(23) CS, "Cabanas", Fallos 311:160 (1988).

(24) CS, "Talleres Navales Dársena Norte SACIyN", Fallos 341:1679 (2018).

(25) CS, "Olivera c. Estado Nacional - Ministerio de Defensa", Fallos 310:1870 (1987); CS, "Miragaya c. Comité Federal de Radiodifusión", Fallos 324:3316 (2001).

tración para revocar sus propios actos nulos y a la vez determina los límites para ello, lo que redunda en una garantía para el particular. Es que las prerrogativas del poder público solo pueden entenderse en la medida que existan en un marco de equilibrio, con las garantías del administrado **(26)**.

A todo lo expuesto debe añadirse una última condición para excluir la potestad revocatoria, esto es la ausencia de conocimiento del vicio por parte del beneficiario del acto. Ello resulta una derivación del principio que nadie puede beneficiarse de su propio mal obrar **(27)**.

Sobre este aspecto, la Procuración del Tesoro de la Nación ha considerado que procede la revocación del acto nulo afectado por una nulidad absoluta, aun cuando se afecten derechos subjetivos, cuando el particular hubiere conocido el vicio pues ello opera como una sanción a su mala fe **(28)**.

Este requisito no se encuentra mencionado en la ley 19.549 para los actos irregulares, como sí lo está para los actos regulares (art. 18); sin embargo, ha sido receptado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación al sostener que "...una interpretación armónica de los preceptos citados conduce a sostener que las excepciones a la regla de la estabilidad en sede administrativa del acto regular previstas en el art. 18 —entre ellas el conocimiento del vicio por el interesado— son igualmente aplicables al supuesto contemplado en el art. 17, primera parte. De lo contrario, el acto nulo de nulidad absoluta gozaría de mayor estabilidad que el regular, lo cual no constituye una solución razonable, ni valiosa. Una inteligencia meramente literal y aislada de las normas antes indicadas llevaría a la conclusión de que habría más rigor para revocar un acto nulo que uno regular cuya situación es considerada por la ley como menos grave" **(29)**.

No obstante, resulta importante recordar que la mala fe del particular no puede ser presumida **(30)**.

II.3. Los derechos fundamentales no disponibles y su vinculación con la dignidad humana

El derecho administrativo se trata de un régimen jurídico exorbitante orientado a lograr el equilibrio entre las potestades de la Administración y las garantías de los particulares. Es decir, se busca limitar esas potestades para armonizarlas con la protección de los derechos humanos **(31)**.

Es así como el poder estatal debe ceñirse a las normas, valores y principios que emanan de la Constitución nacional y los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos incorporados a ella (que poseen jerarquía constitucional luego de la reforma de 1994). El acto administrativo —que no es otra cosa que la forma en que la Administración exterioriza su voluntad y modifica la situación de los particulares— se encuentra atravesado por esos valores y principios.

Debido a ello, ya no estará constreñido a estructuras fundamentalmente formales sino que deberá encuadrarse en una visión material ligada a esos valores y principios que además, deben ser los fines que persiga la Administración **(32)**, quien debe garantizar su efectivo cumplimiento a través de prestaciones positivas **(33)**.

La actuación estatal deberá orientar su actuación en consonancia con la observancia del principio de dignidad humana y por tan-

(26) CASSAGNE, Juan Carlos, "Curso de Derecho...", ob. cit., p. 790.

(27) "Riggs vs. Palmer" [1889] 115 NY 506.

(28) Dictámenes 235:446.

(29) CS, "Almagro c. Universidad Nacional de Córdoba", Fallos 321:169 (1998); en igual sentido CS, "El Rincón de los Artistas c. Hospital Nacional Profesor Alejandro Posadas", Fallos 326:3700 (2003).

(30) CNFed. Cont. Adm., sala III, 11/05/1989, "Wainstein c. Universidad Nacional de Buenos Aires", LAC LEY 1989-D, 481.

(31) CS, "Asociación de Trabajadores del Estado", Fallos 336:672 (2013).

(32) SAMMARTINO, Patricio M. E., "Amparo...", ob. cit., p. 196.

(33) FAYT, Carlos S., "La organización política y la estructura del poder en la sociedad contemporánea", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2010, p. 133.

to garantizar el respeto de los derechos fundamentales no disponibles de la persona, como por ejemplo, el derecho a una vivienda digna, a encontrar protección contra el hambre y, en general, todos aquellos que permiten que el individuo pueda desarrollarse plenamente.

Es que el ser humano resulta ser un fin en sí mismo y sus derechos esenciales no deberían verse cercenados en forma absoluta por normas que colisionan con valores, principios e inclusive derecho objetivo que nuestro propio país ha consagrado como su ley fundamental. Además, la Corte ha afirmado que "...el hombre es el eje y centro de todo el sistema jurídico y 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" **(34)**.

Esta idea rectora relacionada al respeto que debe observarse de los derechos esenciales apareció también en otros sistemas constitucionales que enfatizaron en la necesidad de brindar y garantizar un mínimo de condiciones de vida digna a los hombres, para que de esta forma puedan lograr un desarrollo íntegro a lo largo de su existencia. A modo de ejemplo puede citarse el art. 25 de la Constitución de Grecia que refiere a la obligación de contribuir al afianzamiento de la solidaridad y del humanitarismo entre los hombres; el art. 95 de la Constitución de Colombia de 1991 que dispone que se debe obrar conforme a los principios de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas; o el art. 2º, inc. 15 de la Constitución de Perú de 1979 que establece el derecho a alcanzar un buen nivel de vida **(35)**.

Asimismo, la obligación de garantizar la vida digna de toda persona ha sido reconocida en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Puede recordarse al respecto que:

"Una de las obligaciones que ineludiblemente debe asumir el Estado en su posición de garante, con el objetivo de proteger y garantizar el derecho a la vida, es la de generar las condiciones de vida mínimas compatibles con la dignidad de la persona humana y a no producir condiciones que la dificulten o impidan. En este sentido, el Estado tiene el deber de adoptar medidas positivas, concretas y orientadas a la satisfacción de una vida digna, en especial cuando se trata de personas en situación de vulnerabilidad y riesgo, cuya atención se vuelve prioritaria" **(36)**.

En igual sentido, la Corte nacional se ha expedido en el fallo "Q." cuando sostuvo que existe una garantía mínima del derecho fundamental que constituye una frontera para el obrar discrecional de los poderes públicos, la que debe ser atendida para que una persona sea considerara como tal cuando se encuentra en situaciones de extrema vulnerabilidad **(37)**.

Con un criterio similar, en el caso "Institutos Médicos Antártida" consideró que resultaba procedente que el crédito presentado a verificación por el requirente debía estar resguardado por un privilegio superior al del resto de los créditos privilegiados. Ello, pues eran los derechos humanos reconocidos tanto por la Constitución nacional como por convenciones internacionales, la situación de extrema vulnerabilidad del requirente y el reclamo impetrado que tenía por objeto satisfacer sus derechos esenciales lo que fundamentaba esa decisión **(38)**.

De todo lo expuesto se desprende que el Estado no solo debe garantizar la vida en condiciones dignas de las personas humanas, sino que tiene el deber de adoptar medidas concretas y directas para ello y que especial mención merecen las personas o grupos que se encuentran en situaciones de vulnerabilidad o riesgo.

(34) CS, "Nobleza Piccardo SAICyF c. Santa Fe, Provincia de", Fallos 338:1110 (2015).

(35) SAGÜÉS, Néstor P., "Derecho constitucional. I Título: Teoría de la Constitución", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2017, 1ª ed., p. 46.

(36) Corte IDH, "Sentencia Comunidad Indígena Yakye", del 17 de junio de 2005, Serie C, N.º 125.

(37) CS, "Q. C., S. Y. c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo", Fallos 335:452 (2012).

(38) CS, "Institutos Médicos Antártida s/ quiebra s/ inc. de verificación (R. A. F. y L. R. H. de F.)", Fallos 342:459 (2019).

Es que la incorporación de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos —con jerarquía constitucional—, obliga a contemplar un Estado de derecho que no se declare prescindente de los derechos fundamentales, los derechos sociales o los de aquellos sujetos más desamparados del cuerpo social **(39)**.

II.4. La limitación del poder revocatorio estatal ante la concretización de un derecho fundamental no disponible. Su justificación

La Administración desarrolla una amplia gama de actividades para cumplir con su fin último: la satisfacción del interés público. En el marco de esas acciones interactúa con personas humanas o jurídicas. Tal como fuera planteado previamente, este trabajo se circunscribe solamente a la actuación de la Administración con personas humanas y más específicamente a aquellos actos que tienen por finalidad garantizar un derecho esencial.

Como se expresó, la satisfacción de esos derechos se encuentra íntimamente vinculada a la dignidad de la persona humana. En este sentido, el Estado debe velar por la concretización de aquellos para propender al logro de esa finalidad. Con ello, cumpliría no solo con principios propios del derecho en general, sino también con mandas que nuestro país ha adoptado al ratificar (y posteriormente otorgarle jerarquía constitucional) instrumentos internacionales como, por ejemplo, la Convención Americana de Derechos Humanos **(40)**.

En nuestro derecho interno puede hallarse una recepción de estas ideas directrices en el art. 2º, inc. 2º de la ley 26.854 —ley de medidas cautelares en las causas en las que el Estado es parte o interviene—, cuando otorga eficacia a la medida cautelar otorgada por juez o tribunal incompetente cuando sea dictada en beneficio de "sectores socialmente vulnerables acreditados en el proceso, se encuentre comprometida la vida digna conforme la Convención Americana de Derechos Humanos, la salud o un derecho de naturaleza alimentaria...".

También cabe citar los lineamientos de la ley 27.551 —que introduce modificaciones al Código Civil y Comercial de la Nación, entre otras cuestiones, respecto del régimen de locaciones— que en el marco del Programa Nacional de Alquiler Social dispone que el Ministerio del Interior, Obras Públicas y Vivienda, a través de la Secretaría de Vivienda debe adoptar diversas medidas para su implementación. Entre ellas, cabe destacar que se encuentra obligado a "[a]doptar cualquier otra medida en su carácter de organismo rector que tenga por objeto facilitar el acceso a una vivienda digna en alquiler para todas aquellas personas que se encuentren en situación de vulnerabilidad" (art. 19, inc. f de la norma referida).

Como se aprecia, la dignidad humana resulta ser un fin en sí mismo de la actividad estatal. En ese aspecto considero significativo recordar que el Estado se encuentra al servicio del ser humano, y por lo tanto, aun cuando su poder emane del pueblo, esa premisa encuentra fundamento en la dignidad de la persona humana **(41)**.

Por aplicación de estos principios al tema bajo examen, no resulta razonable, ni compatible con los valores defendidos por la Constitución nacional y los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos que la Administración disponga de la facultad para revocar sine die un acto administrativo irregular que concretiza un derecho esencial de la persona humana y que, por lo tanto, provee a su propia dignidad. Es que lo que debe ponderarse en estos casos no es la irregularidad (y por ello, la necesidad del restablecimiento de la juridicidad), sino el derecho efectivamente materializado en cabeza del administrado, ya que "la dignidad de la persona humana constituye el centro sobre el

(39) STORTONI, Gabriela, "Estado y sociedad ante la pandemia. Apuntes para la regulación de un contrato social humanista", Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado de la Procuración del Tesoro de la Nación, 4 (2020), p. 731.

(40) Puede citarse a modo de ejemplo el art. 11, inc. 1º de dicha convención que dispone: "Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad".

(41) HÄBERLE, Peter, "El Estado constitucional", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2007, ps. 294-295.

que gira la organización de los derechos fundamentales del orden constitucional" **(42)**.

Lo que aquí se pretende demostrar es que la Administración debe disponer de un tiempo limitado para ejercer su potestad revocatoria, no que carezca de facultades para hacerlo. Esta solución permitiría reducir su obrar discrecional reflejado en la actual redacción del art. 27 de la ley 19.549; a partir de la cual puede solicitar la anulación del acto irregular en cualquier momento, dejando el derecho del particular a merced de su voluntad.

Ello no parece armonizarse con la naturaleza del derecho otorgado, dado que el poder administrador fundado en la idea de lograr el restablecimiento de la juridicidad podría, por ejemplo, solicitar sin límite temporal alguno la revocación de un derecho alimentario ya otorgado y en cumplimiento (v.gr., una pensión) a una persona o grupo social que merezca una protección especial (por ejemplo, un ciudadano en situación de calle o con capacidades diferentes).

El acto revocatorio implicaría retrotraer la situación del particular a un estadio anterior, luego de haber efectivizado un beneficio que contribuyó a reducir o eliminar la situación de vulnerabilidad en la que se encontraba. Tal solución no parece propender al fortalecimiento de la dignidad humana y, por lo tanto, a la función del poder administrador, sino más bien todo lo contrario.

Cabe destacar, que en los últimos tiempos la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha considerado este aspecto en diversos fallos, destacando que debe analizarse el derecho afectado en el caso concreto por encima de cuestiones meramente procesales o formales.

En efecto, en el caso "Olivo" no obstante declarar su incompetencia para conocer en el caso por vía de su jurisdicción originaria, hizo lugar a la medida cautelar solicitada por la actora en virtud de su particular situación personal cuyo mantenimiento podía generarle mayores daños **(43)**.

En el fallo "García" destacó que utilizar como parámetro para el establecimiento de tributos a jubilados, pensionados, retirados o subsidiados solamente la capacidad contributiva resultaba insuficiente si no se consideraba la vulnerabilidad de ese colectivo. Además, ordenó hacer saber al Congreso de la Nación que resultaba necesario adoptar tratamientos diferenciados para la efectiva tutela de jubilados en condiciones de vulnerabilidad por ancianidad o enfermedad **(44)**.

Por último, en el caso "C., J. C." dispuso que el crédito del actor se encontraba excluido del régimen general de ejecución de condenas dinerarias contra el Estado, en consideración de las particulares circunstancias en las cuales aquel se encontraba. La Corte consideró que sujetar a una persona con un grave y progresivo deterioro funcional a un prolongado plazo de espera, implicaría vaciar de contenido el derecho oportunamente reconocido. Ello podía encontrar sustento de manera formal en la letra de la ley, pero no en la impronta humana y realista exigida por la propia Constitución nacional **(45)**.

Como puede observarse, la Corte ponderó especialmente en estos casos el estado de fragilidad de los accionantes y la necesidad de garantizarles el acceso a condiciones dignas de vida.

II.5. Conclusiones

Conforme lo desarrollado en los puntos precedentes, puede afirmarse que la actuación administrativa debe tener como guía el principio de dignidad de la persona y la satisfacción y respeto de sus derechos fundamentales. Es que en definitiva, una buena Administración no solo debe resultar eficiente y eficaz en su actividad,

(42) CS, "Aquino c. Cargo Servicios Industriales SA", Fallos 327:3753 (2004).

(43) CS, "Olivo c. Buenos Aires, Provincia de y otros", Fallos 341:1854 (2018).

(44) CS, "García c. AFIP", Fallos 342:411 (2019).

(45) CS, "C., J. C. c. EN - Ministerio de Defensa", Fallos 343:264 (2020).

sino que debe poseer un carácter de servicio hacia la persona humana **(46)**.

Ese principio no solo se encuentra en consonancia con precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sino también especialmente receptado en la propia Constitución nacional y los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos. Por caso, podría mencionarse el art. 16 de la Ley Fundamental; como así también el art. 1º de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que en su primera parte establece: "Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos...".

A ello debe adicionarse que las bases del derecho administrativo son las propias bases del derecho constitucional, y que a partir de la reforma de 1994 la Constitución nacional se encuentra atravesada por los valores y principios de las convenciones por los derechos humanos que expresamente fueron incorporadas a ella con una jerarquía normativa similar. De esta forma, puede hablarse de una Constitución nacional "convencionalizada", que se presenta, por un lado, depurada de sus cláusulas opuestas al derecho internacional de los derechos humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; y por el otro reciclada de acuerdo con los parámetros de interpretación aditiva, sustractiva o mixta del contenido del texto constitucional que la conformen con los parámetros internacionalistas **(47)**.

Como consecuencia de lo expuesto, puede afirmarse que las bases del derecho administrativo son las bases de esa Constitución nacional convencionalizada, las cuales pueden sintetizarse, en cuanto a esta juridicidad material, en la llamada tríada basal material (dignidad de la persona humana; derechos humanos fundamentales; principio *pro personae*) **(48)**. La Constitución, en especial, es más que un simple programa, goza de una obligatoriedad inmediata aún en ausencia de normas inferiores que la especifiquen **(49)**.

Apegado a esos principios, el derecho administrativo debe hallar soluciones en un marco de equilibrio entre garantías de los particulares y potestades estatales, en el cual aparece la vigencia de los derechos humanos, ya que ellos justifican el obrar estatal **(50)**.

En esa búsqueda, tampoco puede prescindir de las nuevas circunstancias que se presentan ante los cambios sociales y que merecen que se brinden nuevas respuestas por parte de las autoridades públicas. Tal como se ha sostenido, "[l]as leyes no pueden ser interpretadas solo históricamente, sin consideración a las nuevas y necesidades de la comunidad, porque toda ley, por naturaleza, tiene una visión de futuro, está predestinada a recoger y regir hechos posteriores a su sanción..." **(51)**.

En este orden de ideas, también resulta oportuno recordar que mientras los derechos resultan inalienables en su sustancia, el poder estatal puede ser ensanchado o limitado puesto que nace de un acuerdo entre partes, esto es el contrato social. Los límites y justificación de ese poder son los derechos fundamentales **(52)**.

Al respecto, la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos ha afirmado que en "[e]n 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 dis-

(46) GUARIGLIA, Carlos E., "Fundamento iusfilosófico del derecho administrativo", Ed. Educa, Buenos Aires, 2016, p. 64.

(47) SAGÜÉS, Néstor P., "De la Constitución Nacional a la Constitución "convencionalizada", SJA 09/10/2013, 53. Cita: TR La Ley AR/DOC/6451/2013.

(48) SAMMARTINO, Patricio M. E., "La estabilidad...", ob. cit.

(49) SAMMARTINO, Patricio M. E., "Amparo...", ob. cit., p. 237.

(50) STORTONI, Gabriela, "Estado...", ob. cit., p. 733.

(51) CS, "Samuel Kot SRL", Fallos 241:291 (1958).

(52) BALBÍN, Carlos F., "Un derecho administrativo para la inclusión social", LA LEY 2014-C, 864. Cita Online: LL AR/DOC/1250/2014.

crecionalmente las garantías de los administrados" **(53)**.

De lo expuesto puede concluirse que la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos debe ser interpretada bajo el prisma de las ideas rectoras que surgen de la Constitución nacional convencionalizada. Como derivación de ello, la ausencia de plazo para revocar actos administrativos que consagran un derecho esencial parece no compatibilizarse con esos valores y principios que de aquella emanan.

III. El principio de confianza legítima y su aplicación al art. 27 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos

III.1. El principio de confianza legítima

Un argumento que entiendo resulta de utilidad a fin de brindar una respuesta a la cuestión que aquí se debate, es la introducción de la noción del principio de confianza legítima, que puede entenderse como la expectativa **(54)** que nace en un individuo con relación al comportamiento de otro de acuerdo con las conductas previas que hubiere desarrollado.

Este principio guarda cierta vinculación con el de los actos propios. Sin embargo, resulta ser una institución típica del derecho público que busca moderar una aplicación ilimitada de la legalidad **(55)**.

En virtud de ello, puede resultar de importancia la aplicación de este principio a los fines de otorgar un plazo a la Administración para que pueda ejercer su facultad revocatoria y salvaguardar los legítimos derechos de los administrados que han depositado su confianza en su actuar.

Atento que el principio surgió en el derecho comparado estimo apropiado abordar, brevemente, algunos aspectos de su aplicación en Alemania (país en donde se originó), Francia y España (por la influencia que tales ordenamientos ejercen en nuestro derecho).

III.2. La situación en el derecho comparado

III.2.a. Alemania

El principio de confianza legítima surgió en Alemania a mediados de la década de 1950, oportunidad en la que adquirió relevancia como una derivación del principio de seguridad jurídica y como una reacción a una aplicación del principio de legalidad en forma estricta. Su aparición se debió a la idea que la Administración no podía, en ciertos casos, revocar ante sí actos administrativos que hubieran conferido beneficios a los particulares.

El precedente que dio origen a este principio es el que se denominó "El caso de la viuda de Berlín". En ese fallo se reconoció la confianza depositada por una residente en Alemania Oriental (estado socialista de Europa Central existente durante la Guerra Fría), a quien la Administración le informó que si se trasladaba a Berlín Occidental podría continuar percibiendo su pensión. La viuda realizó el cambio, mantuvo el beneficio pero luego se verificó que no cumplía con los requisitos legales en virtud de la información que le había sido suministrada y se le exigió que devolviese las sumas que le habían sido abonadas de forma ilegítima. El Tribunal le otorgó acogida favorable al reclamo y le ordenó a la Administración que mantuviera el beneficio previsional. Además, consideró que el acto no podía ser revocado hacia el futuro como tampoco de forma retroactiva.

Resulta considerable recordar que estas ideas hallaron un terreno fértil para desarrollarse en virtud del contexto en el cual se encontraba la sociedad germana. El individuo pasó a ser reconocido como sujeto de derechos, luego de una etapa oscura en la que se lo despreció y disolvió en la comunidad política de su pueblo **(56)**.

(53) Corte IDH, "Sentencia Chocrón Chocrón", del 01/07/2011, Serie C, N.º 227. En sentido similar Corte IDH, "Sentencia Baena, Ricardo y otros", del 2 de febrero de 2001, Serie C, N.º 72.

(54) La Real Academia Española define como uno de los significados de la palabra expectativa: "Posibilidad razonable de que algo suceda" (https://dle.rae.es/expectativa. Consulta realizada el 28/03/2021).

(55) CASSAGNE, ob. cit., p. 120.

(56) WAHL, Rainer, "Los últimos cincuenta años de Derecho administrativo alemán", Ed. Marcial Pons, Buenos Aires, 2013, p. 38.

En la actualidad el desarrollo de este principio parte de lo que dispone el art. 48 de la Ley Federal de Procedimiento alemana **(57)**. Allí se regula el retiro de los actos administrativos, sus consecuencias y la protección de la confianza legítima.

En este sentido, el sistema alemán otorga a la Administración una potestad discrecional para revocar un acto administrativo, ya sea *ex nunc* (es decir hacia el pasado) como *ex tunc* (para el futuro) e inclusive puede ocurrir que no sea revocado. No obstante, cuando el acto otorga un beneficio al particular, se imponen límites a la potestad anulatoria sobre la base de la protección de la confianza **(58)**.

Resulta destacable remarcar que la norma referenciada prevé que la revocación del acto solo puede ocurrir dentro del año de conocido el vicio por la Administración. Con ello se impone una limitación en el tiempo que redunda en un beneficio para el particular, amparando la genuina confianza depositada en el accionar estatal.

III.2.b. Francia

El principio de confianza legítima no ha sido expresamente receptado por el derecho francés. Es posible que en ello influya el afianzamiento de sus consolidadas doctrinas jurídicas para no aplicarlo en supuestos donde el derecho interno ofrezca solución mediante alguna institución propia. Sin embargo, podría resultar de utilidad en los casos en que ordenamiento jurídico no brindase adecuada seguridad a los particulares **(59)**.

Sin perjuicio de lo expuesto, es dable recordar la jurisprudencia del Consejo de Estado francés, donde la aplicación del principio tuvo lugar aunque sin un reconocimiento expreso.

En efecto, resulta significativo mencionar el precedente "Ternon" del 26 de octubre de 2001, cuando sostuvo que la Administración solo puede anular una decisión individual explícita generadora de derechos, por razones de su ilegalidad dentro del plazo de cuatro meses a partir de la fecha de su adopción. Como puede apreciarse, el Consejo de Estado determinó aquí un plazo específico dentro del cual la Administración puede revocar sus actos y, además, lo fijó a partir de la fecha en que la medida fue adoptada. Esta circunstancia no resulta menor, pues con ella modificó su jurisprudencia del fallo "Dame Cachet" (03/11/1922), en el cual había establecido que el acto podía ser anulado en un lapso de dos meses y que podía producirse durante el plazo para recurrirlo o durante el trámite del recurso **(60)**.

No obstante esta distinción, realizada en ambos casos, se advierte que los derechos adquiridos (aún con fundamento en un acto ilegal) no pueden ser cuestionados en forma indefinida,

(57) En particular del artículo citado resulta importante remarcar: "Art. 48. Anulación de un acto administrativo ilegal (...) 2. Un acto administrativo ilegal que reconoce el derecho a una prestación administrativa, sea única o periódica, o condición para la prestación de bienes divisibles, no debe ser anulado cuando el favorecido ha confiado de buena fe en la validez del acto administrativo y su confianza es digna de protección tomando en consideración el interés público de la anulación. Como regla general se considera que la confianza en la validez del acto es digna de protección cuando el favorecido consumió las prestaciones o dispuso de los bienes en tal forma que solo podría restituirlos en condiciones notoriamente desventajosas. El favorecido, sin embargo, no podrá invocar confianza en la validez del acto cuando: 1. El mismo ha provocado el acto administrativo mediante engaño, amenaza o cohecho. 2. El mismo ha provocado el acto administrativo mediante informaciones en lo fundamental inexactas o incompletas. 3. El mismo conocía la ilegalidad del acto administrativo, o si no la conocía, era por negligencia notoria. (...) Cuando lleguen a conocimiento de la autoridad circunstancias que justifican la anulación de un acto administrativo ilegal, la anulación solo es admisible dentro del plazo de un año, contado desde el momento en que las citadas circunstancias llegaron al conocimiento de la autoridad. Lo anteriormente dispuesto no es de aplicación en el supuesto del párr. 2º, punto 3, número 1".

(58) COVIELLO, Pedro J. J., "La protección de la confianza del administrado: derecho argentino y derecho comparado", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2004, 1ª ed., p. 60.

(59) COVIELLO, Pedro J. J., "La protección de la confianza...", ob. cit., ps. 205-209.

(60) BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO, "Jurisprudencia administrativa del Consejo de Estado francés", Imprenta Nacional de la Agencia Estatal (España), Madrid, 2017, 21ª ed., ps. 1029-30.

sino que se busca un punto de equilibrio entre legalidad y seguridad jurídica **(61)**.

La limitación temporal que se le impone a la Administración para ejercer su poder revocatorio, por su parte, conlleva el amparo de las legítimas expectativas depositadas por el particular en su actuación.

III.2.c. España

En el caso español el principio de confianza legítima se encuentra receptado en el art. 3.1 de la ley 40/15 sobre el Régimen Jurídico del Sector Público, el cual establece: "Disposiciones generales, principios de actuación y funcionamiento del sector público. *Las Administraciones Públicas (...) Deberán respetar en su actuación y relaciones los siguientes principios (...) e) Buena fe, confianza legítima y lealtad institucional".*

No obstante la ponderación que debe efectuar la Administración, es dable recodar lo sostenido por el Tribunal Constitucional español a los fines de brindar el marco específico en el cual el principio debe ser observado. Dicho tribunal ha entendido que "la protección de la confianza legítima no abarca la protección de cualquier convicción psicológica subjetiva en el particular, sino (...) se refiere a 'la creencia racional y fundada de que por actos anteriores, la Administración adoptará una determinada decisión' (...) tan solo es susceptible de protección aquella confianza sobre aspectos concretos 'que se base en signos o hechos externos producidos por la Administración suficientemente concluyentes" **(62)**.

De esta manera la recepción legislativa española de este principio (como de otros) permite entender que el derecho administrativo se conforme desde una visión positiva en que los conceptos e instituciones denoten la idea central que se espera de ellos: la racionalidad y el sentido de servicio objetivo al interés público **(63)**.

Se aprecia que deben ser respetadas las creencias racionales y fundadas de un particular respecto del curso de acción que desplegará la Administración en función de sus comportamientos precedentes.

III.3. El principio de confianza legítima en el ámbito nacional

En lo que refiere a nuestro país, la Corte Suprema ha receptado este principio o su aplicación en algunos precedentes. Por ejemplo, en el caso "Eugenio Bellora" se planteó una controversia respecto de la validez del cobro de intereses moratorios en el ingreso de un tributo como consecuencia de un cambio normativo. El Tribunal entendió que no correspondía su ingreso pues ello importaría afectar derechos de los particulares que se encontraban amparados por un régimen normativo anterior **(64)**.

Asimismo, en el fallo "Gentini" declaró la inconstitucionalidad del dec. 395/1992, al sostener que resultaba violatorio del mandato legal contenido en el art. 29 de la ley 23.696, dado que se erigió en un obstáculo al derecho reconocido a los trabajadores, que derivaba en la frustración de las legítimas expectativas que poseían en su calidad de acreedores de bonos de participación en las ganancias de la empresa de la cual resultaban dependientes **(65)**.

En materia de empleo público, en el precedente "Ramos", consideró que la actitud del Estado nacional resultó suficientemente apta para generar en un individuo una legítima expectativa de permanencia laboral susceptible de la protección consagrada en el art. 14 bis de la CN contra el despido arbitrario **(66)**.

(61) BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO, "Jurisprudencia administrativa...", ob. cit., ps. 1023-24.

(62) MUÑOZ MACHADO, Santiago, "Regulación y confianza legítima", Revista de Administración Pública 200 (2016), ps. 153-154.

(63) RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime, "Ciencia Jurídica, Universidad de Guanajuato, División de Derecho Político y Gobierno, Departamento de Derecho, 4, año 1, 2013, 60.

(64) CS, "Eugenio Bellora e Hijos SC", Fallos 315:984 (1992).

(65) CS, "Gentini c. Estado Nacional - Ministerio de Trabajo y Seguridad", Fallos 331:1815 (2008).

(66) CS, "Ramos c. Estado Nacional (Min. de Defensa - ARA)", Fallos 333:311 (2010).

También en el caso "Carranza Latrubesse" sostuvo que el régimen de peticiones consagradas por la Convención Americana de Derechos Humanos creó legítimas expectativas en la persona humana que se encuentra sujeta a la jurisdicción de un Estado parte, en cuanto a que se trata de un remedio real y efectivo para obtener de ese Estado la reparación de sus agravios. Afirmó, además, que la forma de satisfacer el principio de buena fe por parte del Estado es honrando las mencionadas expectativas **(67)**.

Como pude apreciarse el principio, que tuvo origen europeo, ha tenido acogida por nuestro máximo tribunal para el mantenimiento de relaciones jurídicas fundadas en las legítimas expectativas de los particulares.

Por su parte, la Procuración del Tesoro de la Nación ha afirmado: "Nadie puede ponerse en contradicción con sus propios actos y ejercer una conducta incompatible con una anterior conducta jurídicamente relevante que engendró confianza respecto al comportamiento que se iba a observar en la relación jurídica; prohibición que también rige para el Estado, primer obligado ético y jurídico" **(68)**.

Si bien el órgano asesor no refiere específicamente al principio bajo examen sino a la teoría de los actos propios, consagra una pauta de comportamiento para la propia Administración que debe ser seguida y respetada.

Por todo lo expuesto y sin perjuicio que se trata de un principio en evolución, considero que sería de útil aplicación al procedimiento administrativo nacional a los fines de brindar mayor certeza y seguridad a los particulares en su relación jurídica con el poder administrador.

III.4. El principio de confianza legítima, los derechos humanos fundamentales no disponibles y el art. 27 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos

Como se ha mencionado, en nuestro país la Administración goza de la prerrogativa de revocar sus propios actos ya sea en sede administrativa o judicial según resulte el caso (arts. 17 y 18 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos). En aquellas situaciones en las cuales el poder estatal decide revocar un acto administrativo irregular que ha resultado favorable al particular, si ese acto se encontrare firme, consentido y hubiere generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo deberá ejercer su facultad revocatoria mediante la acción de lesividad.

A su vez, el art. 27 en cuestión dispone: "No habrá plazo para accionar en los casos en que el Estado o sus entes autárquicos fueren actores, sin perjuicio de lo que corresponda en materia de prescripción".

Tomando como pauta de interpretación el principio de confianza legítima, esta situación no parecería resultar del todo justa o al menos esa potestad podría ser limitada. Es que en su accionar la Administración debe generar seguridad en los particulares y mantener un cierto grado de previsibilidad en sus decisiones. Lo antedicho no parecería verificarse al permitírsele revocar sus actos libremente, vulnerando en muchos casos derechos que ya han sido adquiridos por el particular.

Como muestra de ello, puede mencionarse la situación descripta en el caso "Alvez" en el cual la Corte Suprema de Justicia de la Nación entendió que la decisión de dar de baja la pensión otorgada a la actora resultaba manifiestamente infundada. Ello con fundamento en que la Administración, además de suponer de forma conjetural que aquella contara con ingresos económicos incompatibles con el beneficio, no había considerado su concreta situación personal de extrema vulnerabilidad. Cabe destacar que en el caso se había dispuesto la reducción y posterior baja de una pensión graciable en favor de la Sra. Alvez **(69)**.

Sumado a ello, es preciso considerar que los particulares sí disponen de plazos fatales para cuestionar los actos administrativos en sede judicial, aun cuando ellos se encontraran viciados de nulidad absoluta [si bien se ha sostenido en

(67) CS, 2Carranza Latrubesse c. Estado Nacional - Ministerio de Relaciones Exteriores - Provincia del Chubut", Fallos 336:1024 (2013).

(68) Dictámenes 263:08.

(69) CS, "Alvez c. Poder Ejecutivo Nacional y otros", 465.XL (2006).

doctrina que sí podrían beneficiarse de la imprescriptibilidad en esos supuestos **(70)**].

En efecto, la Corte se expidió en el precedente "Gypobras" afirmando que ese plazo perentorio constituye una prerrogativa procesal en favor de la Administración fundada en la necesidad de brindar seguridad jurídica y estabilidad a los actos administrativos **(71)**. Por lo tanto, y de acuerdo con lo que sostuvo en el fallo "Alcántara Díaz Colodrero", vencido el término en el cual el particular puede entablar la demanda, esos actos devienen firmes e irrevisables como consecuencia lógica de la presunción de legitimidad de los actos dictados por la Administración **(72)**.

Inclusive, en el caso "Gorordo" afirmó que en caso de mediar una acción judicial el propio juez puede examinar de oficio el plazo de caducidad para impugnar los actos administrativos y rechazar la demanda pues se trata de un presupuesto procesal **(73)**.

Todo ello, permitiría considerar que la Administración goza de una prerrogativa que cuando se trata de actos administrativos que concretizan un derecho esencial vinculado con el principio de dignidad humana y que contribuye al desarrollo del individuo, no se encuentra en armonía con el principio de confianza legítima aquí desarrollado.

Además, las partes de la relación administrativa no se encuentran en una situación de igualdad, pues mientras el particular debe entablar la demanda de nulidad en un plazo perentorio si no quiere dejar firme un acto administrativo portador de un vicio cuya sanción es la nulidad absoluta, la Administración se encuentra eximida de observar plazo alguno y puede beneficiarse con la imprescriptibilidad de la acción.

III.5. Conclusiones

No obstante el predicado equilibrio entre potestades estatales y garantías del administrado, la letra del art. 27 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos parece ceder en favor de las primeras. Ello, por cuanto establece que el Estado o sus entes autárquicos no tienen plazos para solicitar la anulación de sus actos irregulares cuando revistan la calidad de actores.

Si bien ese mismo artículo aclara "sin perjuicio de lo que corresponda en materia de prescripción", al encontrarnos ante un acto nulo cuya sanción es la nulidad absoluta el plazo para interponer la acción resultaría imprescriptible.

En este sentido, entiendo que resultaría saludable que la Administración disponga un plazo acotado para ejercer su potestad revocatoria, el cual podría ser consignado específicamente en el texto legal, obviando fórmulas o criterios abiertos. Todo ello, a fin de brindar una real y efectiva seguridad a los derechos de los particulares y un marco temporal circunscripto y específico a la actuación estatal.

En este punto cabe recordar, por ejemplo, que la ley italiana 241/90 —modificada por la ley 14 de 2005— establece que las disposiciones administrativas ilegales podrán ser canceladas en un "plazo razonable". Esta fórmula resulta demasiado amplia y difusa, debido a que no permite determinar con claridad cuál es el efectivo límite temporal del que dispone la Administración para realizar esta acción.

Con un criterio diferente, la ley 27.344 del Procedimiento Administrativo General de Perú establece que en casos de nulidad de pleno derecho, la facultad de declararla de oficio prescribe a los dos años a partir de la fecha en que hayan quedado consentidos. Cabe resaltar que la normativa peruana, no obstante, permite demandar la nulidad ante el Poder Judicial a través del proceso contencioso administrativo dentro de los tres años siguientes contados desde la fe-

(70) CANDA, Fabián, "Dos cuestiones propias del proceso contencioso: daños derivados de un acto tachado de ilegítimo y el plazo de prescripción del acto administrativo nulo", El Derecho - Revista de Derecho Administrativo, 67 (2005). Cita Digital: ED-DCCLXVII-638.

(71) CS, "Gypobras c. Estado Nacional - Ministerio de Educación y Justicia", Fallos 318:440 (1995).

(72) CS, "Alcántara Díaz Colodrero c. Banco de la Nación Argentina", Fallos 319:1476 (1996).

(73) CS, "Gorordo Allaria de Krajl c. Ministerio de Cultura y Educación", Fallos 322:73 (1999).

cha que haya prescripto la facultad para que la nulidad sea declara en sede administrativa **(74)**.

La posibilidad de acceder a la instancia judicial una vez fenecido el plazo para declarar la nulidad en sede administrativa, no parecería apropiada cuando se trata de actos como los que motivan este trabajo. Sin perjuicio de ello, sí resultaría acertado circunscribir normativamente el tiempo en el cual puede desarrollarse esa actividad de la Administración.

Con esta medida se podría alcanzar una igualdad real entre el particular y la Administración, respetando tanto las garantías de uno como las potestades de la otra. Además, permitiría segmentar la actividad administrativa en función de los derechos involucrados en sus decisiones.

Pero, además, la inclusión de una fórmula carente de contornos temporales específicos podría resultar contraria a la Constitución nacional y —en especial— a la Convención Americana de Derechos Humanos —con rango constitucional— que en su art. 8º, inc. 1º dispone que toda persona "tiene derechos a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable".

Sobre el particular, es dable recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que "el 'plazo razonable' de duración del proceso al que se alude en el inc. 1º, del art. 8º, constituye, entonces, una garantía exigible en toda clase de proceso, difiriéndose la casuística determinación si se ha configurado un retardo injustificado de la decisión. Para ello, ante la ausencia de pautas temporales indicativas de esta duración razonable, tanto la Corte Interamericana —cuya jurisprudencia puede servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales— (CS, Fallos: 318:514; 323:4130, entre otros) —como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos— al expedirse sobre el punto 6.1 de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales que contiene una previsión similar han expuesto en diversos pronunciamientos ciertas pautas para su determinación y que pueden resumirse en: a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado; c) la conducta de las autoridades judiciales y d) el análisis global del procedimiento" **(75)**.

Cabe destacar que estas garantías y pautas no resultan privativas de la esfera judicial, sino que también deben aplicarse a la administrativa, pues, como ha sostenido la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, "...cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un 'juez o tribunal competente' para la 'determinación de sus derechos', esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas. Por la razón mencionada, esta Corte considera que cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del art. 8º de la Convención Americana..." **(76)**.

Las garantías consagradas en la Convención Americana, entonces, deben aplicarse también al ámbito administrativo, pues tal como se ha afirmado.

"Es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la administración excluida de cumplir con este deber. Las garantías deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas" **(77)**.

Asimismo, consagrar un plazo de textura abierta y en gran medida librado a la discrecionalidad administrativa también encuentra un valladar en la normativa interna. En efecto, el art. 2º del Cód. Civ. y Com. establece que la

(74) Arts. 213.3 y 213.4 de la ley referenciada.

(75) CS, "Lociser c. BCRA - res. 169/2005", Fallos 335:1126 (2012); CS, "Bonder Aaron (Emperador Compañía Financiera SA) c. BCRA", Fallos 336:2184 (2013).

(76) Corte IDH, "Sentencia Tribunal Constitucional", del 31 de enero de 2001, Serie C, N.º 71.

(77) Corte IDH, "Sentencia Baena, Ricardo y otros", del 2 de febrero de 2001, Serie C, N.º 72. En un sentido similar: Corte IDH, "Sentencia Maldonado Ordóñez", del 3 de mayo de 2016, Serie C N.º 311.

ley debe ser interpretada, entre otras cuestiones, atendiendo a "las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos".

Por lo tanto, corresponde realizar una interpretación adecuada de lo que se entendería por plazo razonable a los fines de no frustrar de los derechos esenciales que han sido satisfechos. Al respecto, es preciso recordar que la finalidad de esa interpretación es buscar sentido y valor a la norma para medir en forma precisa su extensión y apreciar su eficiencia en las relaciones jurídicas que se encuentran comprendidas dentro de su ámbito de vigencia **(78)**.

La actividad administrativa debe, entonces, sujetarse al principio de juridicidad que se nutre —entre otros factores— de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos. Es aquí donde se halla la idea de una juridicidad material que no solo limita el poder de la Administración, sino ordena el desarrollo de la actividad positiva que logra crear las condiciones de una igualdad real que permitan que los individuos de una sociedad puedan acceder a los bienes mínimos y existenciales, que les corresponden por su condición de persona humana. Este principio se encuentra estrechamente vinculado a la idea de previsibilidad y seguridad jurídica **(79)**, que fueran receptados ya en el precedente "Carman de Cantón" **(80)**.

La seguridad jurídica implica un valor supremo en el Estado de derecho, junto con la protección de las expectativas jurídicas y la protección de los particulares de la intervención arbitraria de los gobiernos, pues cuando ello se respeta los individuos tienen certeza respecto los estándares y reglas por los cuales se juzgará su conducta **(81)**. Al respecto, debe recordarse que "la Administración debe ser leal, franca y pública en sus actos" **(82)**.

Por su parte, el principio de juridicidad emana del art. 19 de la CN, norma sobre la cual la Corte ha afirmado que "exige que las normas incluidas dentro de la juridicidad tengan el mayor grado de precisión y previsibilidad posible, el cual no puede ser analizado en abstracto y de forma teórica, sino atendiendo razonablemente al ámbito de aplicación concreto de la norma en cuestión y la capacidad de conocimiento de los sujetos a los cuales se dirige" **(83)**.

Otorgar a la Administración, entonces, un plazo que carezca de limitaciones temporales precisas para el ejercicio de la potestad revocatoria llevaría a desnaturalizar las garantías de los particulares reconocidas de forma expresa, además, de implicar una aplicación contraria a los preceptos receptados legalmente.

Es decir, implicaría reconocer la indeterminabilidad del plazo para revocar actos administrativos bajo el ropaje aparente de la existencia de determinabilidad consagrada en una figura que permitiría múltiples interpretaciones como es el del "plazo razonable".

El término en cuestión debería introducirse mediante una modificación al art. 27 de la ley 19.549, que correspondería que fuera efectuado por el legislador, a quien concierne determinar cuál es el esquema esencial para proteger cada uno de los derechos fundamentales y la ponderación de la dimensión en que estos deben ser protegidos **(84)**.

Como ya se ha mencionado, ese término debería resultar superior a aquel otorgado a los particulares para cuestionar actos administrativos en sede judicial, en virtud de las propias características de las tareas desarrolladas por la Administración. Sin embargo, tampoco debe-

(78) LLAMBÍAS, Jorge J., "Tratado de Derecho Civil. Parte general", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, 22ª ed., p. 95.

(79) SAMMARTINO, Patricio, "Introducción...", ob. cit., p. 10.

(80) CS, "Carman de Cantón c. Nación Argentina", Fallos 175:368 (1936).

(81) SAMMARTINO, Patricio, "Introducción...", ob. cit., p. 7. El autor cita aquí a la obra de Neil Mac Cormick (MAC CORMICK, Neil, "Retórica y Estado de Derecho. Una teoría del razonamiento jurídico", Ed. Palestra, Lima, 2017, p. 53).

(82) CS, "Ocampo, Manuel c. Administración de Rentas del Rosario", Fallos 10:203 (1871).

(83) CS, "Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires c. PEN", Fallos 341:1017 (2018).

(84) SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, "La Teoría General del Derecho Administrativo como sistema, Instituto Nacional de Administración Pública", Ed. Marcial Pons - Ediciones Jurídicas y Sociales SA, Madrid, 2003, p. 74.

ría ser sumamente extenso pues ello conllevaría un estado de inseguridad para el particular que atentaría contra la estabilidad del derecho que le ha sido reconocido.

IV. La imprescriptibilidad de las nulidades absolutas en el marco de la autonomía del derecho administrativo. La adecuación de principios generales

IV.1. La autonomía científica del derecho administrativo y su separación del derecho civil

Un argumento que podría esbozarse en contra de introducir un plazo perentorio para que la Administración pueda intentar la revocación del acto irregular firme que concretiza un derecho fundamental, podría encontrarse en que las nulidades absolutas no son susceptibles de ser alcanzadas por el instituto de la prescripción.

Ese principio se encuentra receptado en el art. 387 del actual Cód. Civ. y Com. de la Nación **(85)**. Sobre esta cuestión, la doctrina civilista ya había entendido oportunamente que la imprescriptibilidad de la acción de nulidad deriva de que el acto no pueda ser confirmado. Ello pues, resultaría contradictorio si se negara la posibilidad de confirmar el acto por un lado, y se permitiera que fuera prescriptible por otro, pues se permitiría la confirmación tácita por el transcurso del plazo de prescripción de la acción de nulidad **(86)**.

Según la idea que se viene desarrollando, entiendo que este argumento no puede ser considerado válido, pues si bien el artículo citado podría resultar aplicable de forma subsidiaria, conviene destacar que algunos institutos propios del ámbito civilista adquieren modulaciones que deben ser observados cuando se trata de aplicarlas en el marco del derecho administrativo. Ello, dado que no obstante que esta rama del derecho ha recurrido en diversas oportunidades al derecho civil y se ha nutrido de instituciones reguladas por este, resulta necesario remarcar que se ha desprendido de ese vínculo y ha evolucionado en el avance de principios, criterios, institutos y reglas de interpretación que le resultan propios **(87)**.

Este criterio de separación de ámbitos de acción había sido reconocido ya en la letra del Código Civil de Vélez Sarsfield, cuando en su art. 2611 —relativo a las restricciones y límites del dominio— establecía: “Las restricciones al dominio privado solo en el interés público, son regidas por el derecho administrativo” **(88)**.

Asimismo, en el marco del actual Código Civil y Comercial de la Nación, puede mencionarse el art. 237 que, con relación a la determinación y caracteres de las cosas del Estado y su uso y goce, dispone: “Los bienes públicos del Estado son inenajenables, inembargables e imprescriptibles. Las personas tienen su uso y goce, sujeto a las disposiciones generales y locales. La Constitución nacional, la legislación federal y el derecho público local determinan el carácter nacional, provincial o municipal de los bienes enumerados en los dos artículos 235 y 236”.

En igual sentido cabe recordar lo relativo a la teoría de la responsabilidad del Estado, que ha tenido evolución propia a lo largo de los años, pasando por diferentes etapas y criterios en torno a ella **(89)**. En consecuencia, han surgido conceptos como el de “falta de servicio” para

(85) El artículo en cuestión dispone: "La nulidad absoluta puede declararse por el juez, aún sin mediar petición de parte, si es manifiesta en el momento de dictar sentencia. Puede alegarse por el Ministerio Público y por cualquier interesado excepto por la parte que invoque la propia torpeza para logar un provecho. No puede sanearse por la confirmación del acto, ni por la prescripción".

(86) LLAMBÍAS, ob. cit., p. 550.

(87) BALBÍN, Carlos, "Manual de Derecho Administrativo", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, 3ª ed. ampliada, p. 55.

(88) A mayor abundamiento, puede mencionarse que la nota a ese artículo destacaba que "Las restricciones impuestas al dominio por solo el interés público, por la salubridad o seguridad del pueblo, o en consideración a la religión, aunque se ven en casi todos los códigos, son extrañas al Derecho civil (...) Las leyes u ordenanzas sobre la alineación de los edificios, establecimientos de fábricas, bosques propios para la marina, cultivo de tabaco por el estanco de ese ramo de comercio, etc., no crean relaciones de derecho entre los particulares, y no pueden, por lo tanto, entrar en un Código Civil".

(89) USLENGHI, Alejandro, "Lineamientos de la responsabilidad del Estado por actividad ilícita", en Responsabilidad del Estado y del funcionario público, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, junio de 2000, Buenos Aires, ps. 49-58.

determinar una responsabilidad de base objetiva, es decir, la falta del sistema o del aparato administrativo **(90)** que resulta ajena al derecho privado. Como consecuencia de ello, no resulta extraño que el Código Civil y Comercial de la Nación haya remitido las cuestiones vinculadas a esta materia al derecho administrativo **(91)**.

Otros institutos nacidos al amparo de la legislación civil observan caracteres específicos cuando son aplicados en el marco del derecho administrativo. Por ejemplo, la parcela del derecho dedicada al estudio de los contratos también merece un tratamiento diferenciado cuando se encuentra involucrada la Administración Pública, ya que, ellos se rigen por sus propios requisitos y principios. Pueden citarse entre ellos, la necesidad que en la celebración intervenga una persona jurídica estatal **(92)**, su objeto esté constituido por un fin público y contenga cláusulas exorbitantes del derecho privado **(93)** y que en cuestiones vinculadas con franquicias o concesiones de privilegios por parte del Estado, en caso de duda la interpretación debe ser en contra de los concesionarios **(94)**.

Asimismo, en materia de contrataciones la Administración debe seguir un procedimiento administrativo específico denominado licitación pública, que se encuentra orientado a satisfacer el bien común mediante la selección de la oferta más conveniente **(95)**.

Como consecuencia de ello, no se advierte que la ley 19.549 se vea impedida de prescindir de lo normado por el Código Civil y Comercial y establecer un plazo de prescripción para estos actos administrativos cuya sanción es la nulidad absoluta. Cabe afirmar, una vez más, que lo que debe ponderarse en estos casos es el derecho satisfecho y su vinculación con los principios que dimanan de la Constitución nacional y los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos.

IV.2. Fundamento por el cual deben adecuarse determinados principios generales a cuestiones regidas por el derecho administrativo. El caso de las nulidades absolutas

Tal como fuera adelantado, algunos institutos del derecho adquieren modulaciones propias en la órbita del derecho administrativo. La cuestión relativa a las nulidades absolutas resulta ser también un supuesto alcanzado por ello.

Antes de avanzar en el tema, es importante recordar que la Administración puede revocar sus propios actos en los supuestos receptados por la Ley de Procedimientos Administrativos, lo que supone una diferencia importante con el derecho civil, en donde los particulares en principio carecen de esa facultad.

Sin embargo, tales supuestos en materia de actos administrativos irregulares no resultan ser absolutos pues encuentran una limitante en la letra del art. 17 de ese cuerpo normativo. Esa limitación debe respetarse aun cuando se trate de actos viciados de nulidad absoluta. Por lo tanto, aquí encontramos una primera excepción: la Administración debe revocar sus actos aún en sede administrativa, pero no puede hacerlo si el acto se encuentra firme, consentido y ha generado derechos subjetivos que se encuentran en cumplimiento. Se observa que el principio de juridicidad cede en favor de los derechos nacidos en cabeza del particular.

(90) PERRINO, Pablo, "La responsabilidad del Estado por la omisión del ejercicio de sus funciones de vigilancia", LA LEY 2011-715-E. Cita online: LA LEY AR/DOC/1812/2011.

(91) El art. 1765 de ese cuerpo normativo dispone: "La responsabilidad del Estado se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda". Cabe recordar que con fecha 02/07/2014 fue sancionada la ley 26.944 que en su artículo estipula que regirá "... la responsabilidad del Estado por los daños que su actividad o inactividad produzca a los bienes o derechos de las personas".

(92) CS, "Pluspetrol Energy SA c. Ente Nacional Regulador de la Electricidad", Fallos 330:2286 (2007). Del dictamen de la Procuradora Fiscal, Laura M. Monti, que la Corte reproduce.

(93) CS, "Cinplast c. Empresa Nacional de Telecomunicaciones", Fallos 316:212 (1993).

(94) CS, "Hotel Internacional Iguazú", Fallos 308:618 (1986).

(95) COMADIRA, Julio P., "Estudios de Derecho Administrativo", Ed. Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2019, ps. 315-16.

Esta primera restricción al poder revocatorio apareció receptada en el antiguo fallo "Carman de Cantón" que consideró que no existían antecedentes que autorizaran a suponer que podía existir un crédito en favor de la Administración para revisar su propia actuación, aun cuando el acto pudiera resultar irregular por presentar errores **(96)**. De esta forma surgió la noción de cosa juzgada administrativa.

Más adelante, en "Ganadera Los Lagos" se analizaron los elementos que en ese momento debía reunir el acto administrativo y entendió que si este estaba viciado de nulidad absoluta no podía ser declarado nulo de oficio sin petición de parte. Por lo tanto, un acto podía mantenerse vigente en ausencia de pedido del interesado **(97)**. El Tribunal consideró, entonces, que los institutos del derecho civil debían aplicarse al derecho administrativo por vía analógica y no por vía directa, abandonando así la postura que había mantenido con anterioridad y que disponía la aplicación directa de estos **(98)**.

La Corte razonó que podían aplicarse las disposiciones del derecho civil pero adaptándolas a los principios del derecho administrativo. En virtud de ello, el instituto de las nulidades absolutas debía modularse con las especificidades de esta última rama del derecho, en la cual la idea rectora que debe primar es el interés público.

Décadas más tarde fue dictada la ley 19.549 que contiene los arts. 17 y 27 ya referenciados (y el 7 que dispone cuales son los elementos esenciales del acto administrativo). Allí quedó plasmado en qué supuestos la Administración estaba limitada para ejercer su potestad revocatoria en su propia sede y debía recurrir a la instancia judicial. Es decir, que ante un acto administrativo portador de una nulidad absoluta, la acción no podría prescribir jamás. Si la Administración no puede ejercer su potestad en sede administrativa, lo hará en el plano judicial.

La explicación para ello, desde la visión del derecho privado, sería que en la privación de los efectos del acto que ha sido otorgado en contra de la ley, la voluntad privada no podrá ser considerada como causa de efectos de la ley y el acto no podrá producir los efectos deseados **(99)**. El vicio grave del que adolece el acto justifica, la imprescriptibilidad de la acción.

Sin embargo, esta idea no resulta aplicable a los actos que dicta la Administración cuando se encuentran comprometidos derechos esenciales y existe ausencia de conocimiento del vicio por parte del beneficiario, pues el poder estatal no persigue en su accionar fines propios (es decir, egoístas). Su actuación se encuentra siempre orientada a la satisfacción del bienestar general, siguiendo una directiva que proviene desde el propio preámbulo de la Constitución nacional **(100)**.

El otorgamiento de un plazo para revocar su actuación en este tipo de supuestos puede encontrarse justificada en virtud del volumen de su actividad y la complejidad en la elaboración de sus decisiones. No obstante, transcurrido ese plazo (que puede resultar más o menos extenso según determine la legislación), el mantenimiento del poder revocatorio en cabeza de la Administración parece encontrarse reñido con la idea de atender el bien común, y en particular la situación de los más desfavorecidos.

El restablecimiento del imperio de la juridicidad cuando se ha satisfecho un derecho esencial solo produce retrotraer a esa situación de necesidad al individuo que ha visto mejorada su situación personal. Acción con la cual la Administración generaría un daño que no encuentra justificación en la razón de ser de su propia actividad.

IV.3. Por qué no pueden aplicarse los criterios generales en materia de nulidades absolutas al art. 27 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos cuando se trata de derechos fundamentales no disponibles

Como ha quedado expuesto, la ley 19.549 otorgó el marco legal para entender las facul-

(96) CS, "Carman de Cantón c. Nación Argentina", Fallos 175:368 (1936).

(97) CS, "Ganadera Los Lagos SA c. Nación Argentina", Fallos 190:142 (1941).

(98) CS, "Empresa Constructora PH Schmidt SA c. Provincia de Mendoza", Fallos 179:249 (1937).

(99) RIVERA, Julio C., "Instituciones de Derecho Civil. Parte General", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2004, t. II, p. 879.

(100) COMADIRA, "Curso...", ob. cit., p. 789.

tades y limitaciones del poder revocatorio de la Administración. De ella resulta claro que no puede afectar en sede administrativa derechos subjetivos de los particulares que se estén cumpliendo. No obstante estas limitaciones, la jurisprudencia de nuestro máximo tribunal ha reconocido, en ciertas oportunidades, amplias facultades a la Administración para revocar sus decisiones, aun cuando ello afectara derechos adquiridos por los individuos **(101)**.

La Corte ha entendido, también, que la actividad revocatoria resulta suficientemente justificada por la necesidad de restablecer sin dilaciones el imperio de la juridicidad, comprometida por la presencia de un acto afectado por una nulidad absoluta, de lo que se deriva que no pueda adquirir estabilidad al igual que los actos regulares y que no pueda derivarse de ellos derechos subjetivos válidos frente al orden público comprometido **(102)**.

Ese criterio pareció abandonarse cuando, en una sentencia posterior, consideró que el principio general no es el de restablecer sin dilaciones el imperio de la juridicidad, sino el de la estabilidad de los actos administrativos. Además de que la facultad revocatoria de la que dispone la Administración debe ser interpretada en forma restrictiva, pues lo contrario importaría la frustración de la regla que consiste en la protección de propiedad y la seguridad jurídica **(103)**.

Pero, a pesar de ese avance, años más tarde volvió a fallar entendiendo que las facultades administrativas para revocar actos administrativos resultan amplias **(104)**.

Sin perjuicio que estos fallos se refieren a la actividad revocatoria de la Administración en su propia sede, nada obstaría que algunas consideraciones se extiendan al ámbito judicial. En efecto, es preciso considerar que la Administración no debe perseguir el restablecimiento del imperio de la juridicidad solamente por considerar que el acto se encuentra afectado por una nulidad absoluta. Antes bien, resulta imperativo evaluar qué tipo de derecho ha satisfecho la autoridad estatal con su actuación para entender si debe privilegiarse o no la estabilidad del acto.

La actividad estatal, cuyo objetivo y fundamento es la búsqueda de la satisfacción del interés general, no puede regirse por los parámetros utilizados para evaluar las sanciones que corresponden a los actos jurídicos en el marco del derecho privado, en donde priman los intereses particulares. En virtud de ello, no pueden resultar aplicables las mismas consecuencias asignadas a las nulidades absolutas en el marco del derecho civil a los actos administrativos que se analizan en este trabajo, debido a que aquellas deben adecuarse y modularse a la especificidad técnica de la rama administrativa.

IV.4. Conclusiones

Como se ha expuesto, la regla que debe considerarse es el de la estabilidad de los actos administrativos, pues ello conlleva el respeto por los derechos de propiedad y seguridad jurídica.

Pero, además, debe ponderarse que la finalidad de la actuación de la Administración es el bien común, el cual solo puede lograrse con la concreción de derechos de los individuos de la sociedad que integran. Esta finalidad determina una clara diferenciación respecto de los aspectos que deben considerarse al momento de analizar la actuación de la Administración y la de los particulares. Mientras la primera persigue el bien común, y por lo tanto, tomará sus decisiones buscando brindar soluciones y respuestas al cuerpo social en su conjunto, los segundos, en cambio, actuarán tratando de satisfacer sus propios objetivos y preferencias.

Como consecuencia de ello, no resulta posible analizar y juzgar todos esos actos a la luz de las mismas reglas y principios. De ello, se desprende que no pueden aplicarse reglas gene-

(101) CS, "Rodríguez Blanco de Serrao, I. C. c. Resolución del Ministerio del Interior", Fallos 304:898 (1982).

(102) CS, "SA Furlotti Setien Hnos. c. INV", Fallos 314:322 (1991); CS, "Astilleros Mestrina SA de CYRNICYF c. Estado Nacional - Ministerio de Economía", A 414. XLIV. ROR (2010).

(103) CS, "Kek c. Municipalidad de Coronel Du Graty", Fallos 338:212 (2015).

(104) CS, "Talleres Navales Dársena Norte SACIyN", Fallos 341:1679 (2018).

rales en materia de nulidades cuando impiden que exista una limitación temporal del ejercicio de la facultad revocatoria de la Administración ante el dictado de un acto administrativo que consagra un derecho esencial que ha logrado, a través de una prestación real y efectiva, mejorar la situación del individuo y concretizar y reafirmar su dignidad personal.

Al mismo tiempo, todo ello debe evaluarse a la luz del principio de dignidad de la persona, principio que por su calidad de tal no depende del derecho positivo para su validez **(105)** y debe ser observado por la Administración en toda su actividad.

V. El funcionamiento eficiente de los poderes del Estado y su vinculación con la limitación del poder revocatorio en el tiempo

V.1. Los principios de la organización administrativa. Eficiencia en el accionar de los poderes del Estado

Nuestra Constitución nacional no dispone de cláusulas específicas relacionadas con la organización de la Administración Pública, sino que los principios jurídicos que nutren la materia surgen de manera implícita tanto del ordenamiento constitucional como legal **(106)**. Dentro de ellos se encuentran, entre otros, la jerarquía y la competencia. Sin embargo, puede destacarse uno que podría calificarse como "rector" y que sería aquel que dispone que la finalidad de la Administración es el servicio a sus ciudadanos que justifica su existencia y debe regir su actividad **(107)**.

En las últimas décadas han aparecido algunos enfoques que han incidido en el funcionamiento de la maquinaria estatal (lo que podría denominarse la burocracia tradicional); dentro de esas nuevas visiones pueden encontrarse la búsqueda de la eficiencia por parte de la Administración **(108)**.

Aquí la noción de eficiencia se entiende como "capacidad de disponer de alguien o de algo para conseguir un efecto determinado" **(109)**.

Así, puede considerarse que la Administración evolucionó en un proceso de acercamiento con los sujetos destinatarios de sus decisiones. Por ejemplo, ha surgido la idea de legalidad encargo, es decir, una ampliación de la legalidad cuyo logro debe perseguir la Administración en función de atender las necesidades de la sociedad en determinado contexto social o histórico **(110)**.

La idea de eficiencia se vincula a esa capacidad de disponer de los medios necesarios para alcanzar un determinado resultado, los cuales resultan ser tanto materiales como humanos. En un caso se trata del presupuesto y en otro de los funcionarios públicos que permiten movilizar todo el aparato estatal para la consecución de sus fines.

En el caso del presupuesto, dado que los recursos de los que dispone el poder estatal son limitados, se predica la utilización más adecuada y racional de ellos.

Para el supuesto de los funcionarios públicos, resulta saludable abogar por una mayor capacitación a los fines que puedan ejercer sus tareas de la forma más eficaz posible, adoptando las decisiones más adecuadas para cumplir con los fines del poder administrador.

(105) CIANCIARDO, Juan, "Principios y reglas: Una aproximación desde los criterios de distinción", Boletín mexicano de Derecho Comparado, 108, año XXXVI, 2003, p. 904.

(106) IVANEGA, Miriam M., "Los principios de la organización administrativa", en Documentación Administrativa, 267-168, INAP, España, 2004, p. 189.

(107) MURATORIO, Jorge I., "Centralización, descentralización, concentración, desconcentración (Algunos aspectos del régimen jurídico de los entes descentralizados)", en Organización administrativa, función pública y dominio público, Ed. RAP, Buenos Aires, 2005, p. 222.

(108) IVANEGA, Miriam M., "Reflexiones acerca del ciudadano y la Administración Pública", en obra colectiva en Homenaje al Profesor Hebert Schmidt Assmann, Universidad del Rosario, Bogotá, ps. 55-56.

(109) Definición de la Real Academia Española (https://dle.rae.es/eficiencia?m=form, consulta realizada el 06/04/2021).

(110) MONTI, Laura, "La jerarquía y la competencia como principios de la organización administrativa", en Organización administrativa, función pública y dominio público, Ed. RAP, 2005, Buenos Aires, p. 118.

V.2. Los recursos materiales del Estado son limitados. El presupuesto

La Administración dispone de recursos materiales que integran el presupuesto, el cual consiste en el cálculo de sus ingresos y gastos y autoriza estos últimos para un período futuro que, por lo general, es de un año **(111)**. En el orden federal la cuestión presupuestaria es regida por la ley 24.156 y debe ser aprobada por el Poder Legislativo.

La ley de presupuesto se presenta, entonces, como la norma que contendrá las principales decisiones y acciones que la Administración desarrollará en un período determinado. El gasto público reflejará cuáles serán las necesidades públicas que serán satisfechas en el período correspondiente al ejercicio presupuestario **(112)**.

El presupuesto permite conocer tanto los ingresos de que dispone el Estado como los gastos que deberá afrontar. Pero, además, a través de la ley de presupuesto se podrá conocer cuáles son las políticas que desarrollará durante un determinado período y cuáles serán las necesidades de su población que intentará satisfacer. Cuando mayores sean los ingresos de los que disponga la Administración, mayor cantidad y mejor calidad de políticas podrá implementar para garantizar el pleno desarrollo de sus ciudadanos, especialmente en aquellos que se encuentren en situaciones de vulnerabilidad.

El mayor o menor volumen del ingreso, claro está, no resulta igual en un país que en otro (o en el caso de nuestro país, una provincia u otra). Solo por brindar un ejemplo, podría mencionarse que los ingresos disponibles no serán similares en un país que atraviesa un conflicto bélico o en uno que se encuentra en tiempos de paz. Por lo tanto, el aumento de recursos resulta una finalidad esencial de las diferentes administraciones para poder avanzar en la satisfacción de las necesidades de los particulares.

Sin embargo, la falta de recursos no puede resultar —en principio— óbice para que no se satisfagan derechos mínimos indispensables para el desarrollo de toda persona. El Estado debe buscar soluciones que resulten adecuadas, no solamente desde los montos invertidos, sino especialmente a través de medidas idóneas para satisfacer las necesidades planteadas dentro de sus posibilidades **(113)**.

Es decir, no solo importan las erogaciones que puede realizar un Estado para maximizar la satisfacción de derechos, sino también la búsqueda de soluciones adecuadas para lograr ese fin, las cuales pueden incluso resultar menos costosas.

V.3. Los recursos humanos del Estado. La necesidad de contar con funcionarios debidamente capacitados e idóneos a fin de reducir el dictado de actos administrativos irregulares

De la misma forma que las administraciones deben dispone de recursos suficientes para atender los requerimientos de los particulares, también resulta necesario contar con funcionarios debidamente calificados para atender aquellos. En especial, y en relación con el objeto de este trabajo, considero que resulta preciso contar con profesionales del derecho que cuenten con una formación adecuada para el desarrollo de la función pública.

Este extremo no resulta antojadizo, un abogado mejor preparado se encontrará en mejores circunstancias para analizar las cuestiones traídas a su conocimiento y desaconsejar el dictado de un acto administrativo que pueda adolecer de un vicio en alguno de sus elementos esenciales.

Además, un letrado con una formación más vasta y especializada en derecho administrativo podrá ejercer un mejor y más profundo control de las cuestiones jurídicas involucradas en el acto administrativo que deba dictarse, como también dispondrá de mayores herramientas para analizar con precisión la ausencia de vicios en sus elementos esenciales. Este control se verifica, por lo general, a través del dictamen de

(111) VILLEGAS, Héctor B., "Curso de finanzas, derecho financiero y tributario", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2003, p. 125.

(112) IVANEGA, Miriam M., "Política, Burocracia y Función Pública", en Organización administrativa, función pública y dominio público, Ed. RAP, Buenos Aires, 2005, p. 930.

(113) CS, "Q. C., S. Y. c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo", Fallos 335:452 (2012).

los servicios jurídicos permanentes, que es considerado esencial por el art. 7º de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos cuando el acto pudiese afectar derechos subjetivos e intereses legítimos. La Corte se ha expresado en sentido que deben observarse los procedimientos previstos legalmente **(114)**.

Cabe destacar, asimismo, que el debido procedimiento previo exige que sean cumplidos en forma oportuna los pasos que han sido calificados como esenciales, pues un cumplimiento tardío no resulta hábil para materializar la garantía del particular en sede administrativa **(115)**.

El dictamen jurídico implica, entonces, controlar los hechos, la normativa, la competencia, pero también ayuda a alcanzar el principio de transparencia y con ello garantizar los derechos de los ciudadanos **(116)**.

Por ello, un cuerpo de abogados debidamente capacitado permitiría reducir el dictado de actos administrativos irregulares, a través de un mejor asesoramiento. Con ello, la Administración podría desarrollar una tarea más eficiente y utilizar sus recursos de manera más adecuada para la satisfacción de los derechos esenciales, en especial de aquellos que se encuentran en situaciones más desfavorecidas.

V.4. Conclusiones

Conforme lo expuesto en este capítulo, puede afirmarse que la Administración dispone de recursos materiales que resultan limitados para las necesidades que debe atender. En ese marco, su disponibilidad de fondos se encuentra limitada por los ingresos que se contabilizan en la ley de presupuesto.

No obstante ello, esas limitaciones materiales no pueden impedir la satisfacción de los derechos mínimos esenciales de los particulares, en especial de aquellos menos favorecidos. Para alcanzar ese objetivo, la Administración debe adoptar medidas aptas y eficientes que inclusive pueden implicar un costo menor que la sola asignación de una partida presupuestaria.

La actividad estatal debe desarrollarse de una forma que permita alcanzar los objetivos con las posibilidades materiales disponibles y tratando de evitar el dictado de actos administrativos viciados de gravedad en sus elementos esenciales. Además, se debe considerar a aquellos que soportan las cargas públicas, pues el Estado depende de lo que recibe para brindar las prestaciones que otorga **(117)**.

Para ello, el Estado debe contar con funcionarios idóneos y debidamente preparados en el campo de la Abogacía Pública para brindar un asesoramiento adecuado que evite —o al menos disminuya— el dictado de actos administrativos que luego deba impugnar en sede judicial con el consecuente insumo de tiempo y costos que ello implicaría.

La capacitación continua, por supuesto, no solamente debe alcanzar a los profesionales del derecho sino a todo el personal de la Administración, para que de esta forma pueda lograrse una mejor utilización de los fondos públicos.

VI. Conclusiones finales

Se formularán aquí las conclusiones finales del presente trabajo. A los fines de considerarlas, destaco que el objeto del análisis es considerar la conveniencia de otorgar a la Administración un plazo perentorio para que pueda revocar sus actos administrativos estables favorables que adolezcan de una nulidad absoluta toda vez que estos consagren un derecho esencial en favor de personas humanas.

El análisis se ha basado en cuatro puntos: (i) el acto administrativo y su vinculación con los derechos fundamentales no disponibles; (ii) el principio de confianza legítima y su aplicación al tema que se trata en el presente traba-

(114) CS, "Comunidad Indígena del Pueblo Wichi Hoktek T'Oi c. Secretaría de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable", Fallos 325:1744 (2002); CS, "Cáceres Carvajal, Héctor O. c. EN -Ministerio de Seguridad — PNA", Fallos 344:802 (2021). Del dictamen de la Procuradora Fiscal, Laura M. Monti, que la Corte reproduce.

(115) CANDA, Fabián, "El incumplimiento de los procedimientos esenciales previos al dictado del acto administrativo y la teoría de la subsanación", Revista de Derecho Administrativo, 233, 2002. (Cita Digital: ED-DCCLXVIII-199).

(116) IVANEGA, Miriam M., "Control público", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2016, p. 190.

(117) SCHMIDT — ASSMANN, ob. cit., p. 76.

jo; (iii) la autonomía del derecho administrativo y la adecuación de la temática relativa al sistema de nulidades en esta parcela del derecho; (iv) la aplicación de las ideas aquí esgrimidas y su relación con un funcionamiento eficiente de los poderes del Estado.

Luego de evaluar los cuatros aspectos referenciados y de acuerdo con los argumentos expuestos, entiendo que resultaría apropiado y conveniente otorgar ese plazo concluyente al poder administrador. Los fundamentos para ello resultan variados y se expondrán a continuación:

a) El primer fundamento reside en considerar la naturaleza del derecho que se encuentra comprometido con la actuación estatal. Es decir, resulta determinante apreciar que es lo que ese acto le ha asegurado al particular o qué necesidad le ha satisfecho. En atención a ello, no pueden ponderarse los mismos principios y valores cuando la Administración actúa, por ejemplo, otorgando a un individuo un tratamiento médico que respecto de aquellos supuestos en que interviene en una licitación pública y adjudica un contrato de obra pública a una empresa u otra. En un caso se está satisfaciendo una necesidad esencial de toda persona (el acceso a la salud), en el otro se está ejerciendo una potestad de selección que permite colocar en cabeza del destinatario un derecho patrimonial (además de las obligaciones respectivas).

Ambas conductas, por supuesto, resultan esenciales para que la Administración cumpla con su razón de ser: la satisfacción del interés general. Sin embargo, la finalidad perseguida en el primer supuesto se encuentra íntimamente vinculada con la dignidad de la persona, aquel sustrato del que no puede ser despojada sin que se aniquile su propio ser. En el segundo, sin perjuicio de la importancia de esa actividad estatal, se relaciona con aspectos esencialmente materiales y por tanto, disponibles, mutables, transigibles y renunciables.

La dignidad del hombre se encuentra en un plano superior al del resto de los derechos y constituye una obligación inherente de la actividad administrativa (más allá de resultar un derecho de toda persona humana). Limitar el poder revocatorio de la Administración (o al menos la facultad de solicitarla) contribuye a avanzar en esa dirección cuando lo que se defiende es un derecho esencial no disponible de una persona humana. Además, esa protección debe resultar mayor cuando el destinatario del acto administrativo irregular se encuentra en situación de vulnerabilidad o pertenece a un colectivo que merece una especial protección.

b) En segundo lugar, se encuentra el principio de confianza legítima, del cual se ha explicado su recepción tanto en el derecho comparado como nacional. Aquí deben considerarse las legítimas expectativas del individuo, valorar la confianza que deposita en el accionar del Estado, el cual se presume legítimo. Asimismo, resulta necesario amparar los derechos adquiridos a la luz de una decisión adoptada sin que exista una actitud reprochable en su conducta (en cuyo caso el acto sería revocable).

Esos derechos, por cierto, no pueden ser quitados con el fundamento de que el acto resulta ilegal, y que por lo tanto, debe restablecerse el imperio de la juridicidad. Pues si bien esa ilegalidad justifica que se lo discuta, tal cuestionamiento no puede permanecer abierto indefinidamente porque implicaría que el derecho consolidado en cabeza del destinario se encuentre siempre en un estado de zozobra.

Destaco que la Administración se encuentra facultada para impugnar los actos pero siempre dentro de un límite temporal, que impida que esa facultad se encuentre abierta *sine die*. Además del derecho consagrado, debe considerarse no solo la legalidad sino también la seguridad jurídica a la que los individuos también tienen derecho.

Otorgar una potestad revocatoria ilimitada genera un importante desequilibrio con las garantías de los particulares. Es decir, se otorga a la Administración un poder atendiendo exclusivamente a una juridicidad formal, sin reparar en la juridicidad material, en la esencia de los derechos que se hallan comprometidos en esa actuación.

Como fue analizado en el capítulo respectivo, a partir de 1994 puede hablarse de una Constitución nacional convencionalizada, imbuida de principios y valores vinculados con el derecho internacional de los derechos humanos y que deben ser observados en el desempeño administrativo diario.

Esos principios y valores son las bases mismas del derecho administrativo y, por lo tanto, la juridicidad material que debe guiar a la Administración a la hora de elegir un curso de acción. Un accionar exclusivamente formal puede considerarse correcto desde un aspecto exclusivamente técnico, pero prescinde de contemplar la materialidad de los derechos que deben atenderse en concordancia con esos principios y valores esenciales.

Por lo tanto, limitando la facultad revocatoria de la Administración se lograría una mayor compatibilidad de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos con la propia Constitución nacional convencionalizada.

c) En tercer orden se desarrolló la idea de la imprescriptibilidad de las nulidades absolutas y su vinculación con la autonomía científica del derecho administrativo.

Corresponde aquí reiterar que la finalidad de la actuación de la Administración es la satisfacción del interés general, de lograr el bien común. Esta cuestión resulta una marcada diferenciación con las conductas regidas por el derecho privado, en donde prima la autonomía de la voluntad y la búsqueda de la satisfacción de intereses individuales.

Asimismo, no pueden asimilarse los titulares de las relaciones jurídicas en uno y otro caso. En el derecho privado, nos encontramos ante la acción de personas humanas en su esfera individual; en el ámbito del derecho público uno de los sujetos intervinientes es la propia Administración que por sus características —y por la finalidad que desarrolla— no resulta asimilable a los individuos particulares. Es más, a diferencia de estos, justamente se encuentra facultada —en ciertos supuestos— a revocar sus propios actos.

En virtud de ello y por las razones expuestas oportunamente, no le resultan aplicables los principios generales establecidos en el Código Civil y Comercial de la Nación para los supuestos analizados en este trabajo. Si bien en su origen el derecho administrativo se nutrió de ideas y conceptos del derecho civil, su evolución ha derivado en la aparición de reglas y principios propios.

En consecuencia, ante determinadas situaciones particulares y propias de una rama del derecho las cuestiones no pueden responderse con principios generales. Es preciso analizar ante qué tipo de relación jurídica nos encontramos, para poder brindar la respuesta adecuada. Y en atención a todo lo expuesto, no podría sostenerse válidamente que las reglas atinentes a las nulidades absolutas puedan utilizarse en el caso de los actos administrativos que motivan este trabajo, en especial en lo tocante a la imprescriptibilidad para solicitarla.

Sostener la idea contraria implicaría soslayar, además, los dos aspectos precedentemente analizados: la naturaleza del derecho consagrado al momento de dictar el acto administrativo y el principio de confianza legítima. En la primera cuestión porque resultaría en la posibilidad del aniquilamiento de ese derecho por parte de la Administración, en el segundo porque destruiría la genuina confianza y legítimas expectativas depositadas por el particular en el accionar de aquella.

d) El último aspecto analizado se relaciona con el funcionamiento eficiente del Estado. Este trabajo no pretende sostener una posición ingenua respecto de la idea de protección o mantenimiento per se de los actos administrativos irregulares. No se busca alentar de forma masiva la actividad irregular de la Administración y que ante cualquier acto nulo como los que se han descripto deba —por cumplimiento de un plazo de prescripción— soportar la erogación respectiva. Por el contrario, se pretende contar con funcionarios altamente calificados que permitan reducir la posibilidad que la Administración incurra en una actividad ilícita.

Con ello se lograría que la actuación administrativa se desarrolle de forma más eficiente, evitando gastos que permitan que el presupuesto (que como se ha analizado resulta limitado) pueda volcarse en políticas públicas que satisfagan las necesidades sociales; en especial de aquellos sectores que se encuentran en una situación de vulnerabilidad.

Además, una mejor calificación de los profesionales intervinientes en las áreas técnicas tendería a aplicar de forma práctica y concreta las ideas relacionadas a la juridicidad material que aquí se mencionan. Ello, pues los dictámenes que en con-

secuencia se dicten lograrían una mayor y mejor motivación y fundamentación para canalizar la actividad de la Administración en este sentido.

e) Por último, estimo conveniente realizar una reflexión final. Los temas desarrollados en el presente trabajo tienden a pensar en la idea de una humanización —si se me permite el término— del derecho administrativo. Es decir, analizar qué derecho resulta aplicable en función de qué tipo de situación se encuentra bajo análisis.

No se trata de considerar solamente que debe ser restablecida la juridicidad como un fin en sí mismo, sino apreciar el contenido por encima de la forma. Una idea de ello aparece consagrada en el art. 2º, inc. 2º de la ley 26.854, que considera válida la medida cautelar dictada por un juez incompetente cuando se encuentren afectados sectores socialmente vulnerables acreditados en el proceso, comprometida la vida digna conforme la Convención Americana de Derechos Humanos, la salud, un derecho de naturaleza alimentaria o ambiental.

Algo similar —aunque se trata de una norma de derecho privado— puede encontrarse en el art. 2448 del Cód. Civ. y Com. que recepta la posibilidad que el causante de una sucesión disponga de una mejora a favor de un heredero con discapacidad más allá de su porción disponible **(118)**.

Puede apreciarse que el derecho evoluciona para intentar encontrar soluciones considerando la verdad objetiva y material, por encima de aplicar mecánicamente cuestiones formales que podrían contribuir a soluciones inequitativas.

En tal sentido, es dable recordar que a ley 19.549 fue sancionada hace casi medio siglo y en un contexto político, social y económico muy diferente del actual y solo ha recibido unas pocas modificaciones durante ese tiempo. Por ello, a la luz de la evolución que ha experimentado nuestro derecho a lo largo de las últimas décadas, es que entiendo que una nueva visión más humanista y concordante con la Constitución nacional convencionalizada encontrar recepción, para garantizar de manera más eficaz los derechos fundamentales de los particulares.

Como modo de conclusión y en función de todo lo expuesto, advierto que no existirían impedimentos para establecer un plazo perentorio para que la Administración pueda solicitar la revocación de actos administrativos irregulares que concreticen derechos esenciales. Ello, contribuiría al afianzamiento de los principios de previsibilidad y seguridad jurídica, pero sobre todo a concretizar de forma efectiva la noción de dignidad humana como elemento rector de la actividad administrativa.

Por el contrario, mantener vigente la idea de una facultad revocatoria ilimitada en el tiempo exhibiría la hipertrofia de la Administración para revocar sus propias decisiones. Ese accionar, no solo implicaría dejar sin efecto derechos —esenciales— oportunamente reconocidos, sino también el desconocimiento de situaciones favorables al particular consolidadas en el tiempo, lo que implicaría contradecir el fin del propio poder estatal: la satisfacción del interés general.

Por otra parte, resultaría deseable que la Administración dicte la menor cantidad de actos irregulares posibles, como así también que las personas o grupos sociales en situación de vulnerabilidad se reduzcan de forma considerable (por encontrar mejores condiciones de vida en nuestra sociedad), por lo que la esfera de aplicación de ese plazo perentorio se vería reducida.

La limitación al poder estatal que aquí se propone no solo importaría restringir la discrecionalidad de la Administración, sino que se encontraría íntimamente vinculada con el "deber jurídico fundamental —que imponen los instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional— de respetar la dignidad de la persona" **(119)**.

(118) El artículo citado establece: "Mejora a favor de heredero con discapacidad. El causante puede disponer, por el medio que estime conveniente, incluso mediante un fideicomiso, además, de la poción disponible, de un tercio de las porciones legítimas para aplicarlas como mejor estricta a descendientes o ascendientes con discapacidad. A estos efectos, se considera persona con discapacidad, a toda persona que padece de una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que con relación a su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral".

(119) SAMMARTINO, "Amparo...", ob. cit., p. 156.

El acto administrativo en la jurisprudencia administrativa de la Procuración del Tesoro de la Nación

Gustavo E. Silva Tamayo

Sumario: I. Introducción.— II. Los requisitos o elementos esenciales del acto administrativo.— III. El sistema de invalidez de los actos administrativos.— IV. Los vicios del acto administrativo.— V. Caracteres del acto administrativo. Esenciales y no esenciales.— VI. Vías de hecho.— VII. Silencio.— VIII. Revocación del acto nulo.— IX. Revocación del acto regular.— X. Conclusión.

I. Introducción

Como es sabido, en nuestro país y en el orden nacional, la Procuración del Tesoro de la Nación ("PTN") es el órgano máximo de asesoramiento jurídico del Poder Ejecutivo Nacional de quienes dependen la Administración Central y Descentralizada.

En tal sentido, el propósito de este trabajo es el de rescatar sistemáticamente los criterios elaborados por ese organismo al desplegar sus funciones asesoras en torno de la figura del acto administrativo —central para el estudio del derecho administrativo— **(1)**, desde hace decenios y hasta la actualidad. Las referencias teóricas que efectuamos —solo en algunos casos y de manera sucinta—, las hemos considerado necesarias para la introducción a determinados temas o el análisis de ciertos dictámenes.

Por razones de espacio, no nos vamos a extender sobre el origen histórico de la institución **(2)**, desde su creación en 1863 al presente pero sí, deseamos resaltar dos cuestiones:

a) Su intervención obligatoria en los recursos que se interpongan contra actos emanados de ministros o secretarios de la Presidencia de la Nación, cuando se tratare de cuestiones jurídicas complejas o se procurase de establecer jurisprudencia uniforme o el interés económico comprometido justificare su intervención (art. 92, dec. 1759/1972, t.o. 2017, reglamentario de la Ley Nacional 19.549 de Procedimientos Administrativos —en adelante "LNPA" y "RLNPA", respectivamente—).

b) Su integración, en carácter de director, del Cuerpo de Abogados del Estado, conformado por todos los servicios permanentes de asesoramiento jurídico de la Administración Central y Descentralizada. En tal esquema, los servicios jurídicos dependen técnicamente de la Procuración del Tesoro y están obligados a seguir la jurisprudencia administrativa que emana de sus dictámenes (ley 12.954, art. 6º).

(1) Al punto de dominarlo según las palabras de Otto Mayer (v. "Derecho Administrativo Alemán", traducción de Horacio H. Heredia y Ernesto Krotoschin, Ed. Depalma, 1982, Buenos Aires, 2ª ed., t. I, p. 125).

(2) Sobre esta cuestión puede consultarse el excelente trabajo de FOLLARI, Rodolfo S., "Reseña sobre el origen y evolución de la Procuración del Tesoro" en 120 años de la Procuración del Tesoro 1863-1983, Ed. Eudeba, Buenos Aires, 1983, ps. 107 y ss.

Efectuadas estas aclaraciones introductorias, debemos referirnos someramente a la construcción del concepto de acto administrativo por parte del derecho francés, a partir del proceso revolucionario.

Esta elaboración, como es sabido, se debió a necesidades políticas más que jurídicas: delimitar negativamente el campo de actuación de los jueces para confiar las controversias relacionadas con la actividad administrativa **(3)**, al Consejo de Estado, órgano creado por Napoleón para cumplir funciones en el seno de la Administración, primero como cuerpo asesor del soberano (justicia *retenida*) y luego, otorgándole el ejercicio de funciones materialmente jurisdiccionales (justicia *delegada*). En este contexto, se concibió al acto administrativo como una decisión ejecutoria (*décision exécutoire*) equiparable a la sentencia judicial **(4)**.

Por obra de la doctrina alemana —de principios del siglo pasado especialmente—, se elaboró otra caracterización que concibió al acto administrativo como una declaración de voluntad orgánica que realiza un órgano de la Administración con sometimiento al derecho administrativo y que produce efectos jurídicos. Con el tiempo fue afinándose la idea para incluirse en esta concepción a otras expresiones de voluntad, como las que exteriorizan un juicio de valor u opinión o una simple constatación.

La PTN se enroló, desde antaño, en esta postura *declaracionista*.

Así, en un asesoramiento previo a la vigencia de la LNPA, había opinado que el acto administrativo comprende no solo la manifestación de voluntad, sino la certificación de hechos llegados a su conocimiento, por lo que un certificado debía ser considerado como tal y exigírsele, consecuentemente, los recaudos previstos por dicha ley **(5)**.

Recientemente ha sostenido este criterio en un asesoramiento en el que sostuvo, con cita de Comadira, que "...la explicitación intelectiva en la que el acto administrativo consiste puede referirse también a un juicio de valor o bien a una simple constatación, constituyendo, así, declaraciones de juicio u opinión o bien de conocimiento" **(6)**.

Si bien la LNPA no contiene una definición del acto administrativo, todos los autores mayoritariamente entienden que se enrola en la teoría de la declaración de voluntad —y esto no solo por su reconocida adscripción a la obra del profesor Marienhoff, inscripto en esta tendencia—, sino por cuanto la letra de su art. 14, inc. a) habla de la "voluntad excluida" de la Administración, por los vicios de error esencial, dolo en cuanto se tengan como existentes hechos o antecedentes inexistentes o falsos, violencia física o moral y simulación absoluta. Algunos de estos supuestos han sido tratados por la PTN, como enseguida habremos de ver.

II. Los requisitos o elementos esenciales del acto administrativo

Previo a analizar los requisitos esenciales del acto en los asesoramientos de la Procuración, consideramos interesante referirnos a la cuestión que se plantea en torno a si los dictámenes notificados, pueden considerarse actos administrativos.

La línea tradicional de la PTN es que tales dictámenes carecían de idoneidad para ser considerados actos tácitos (es decir, aquellos que presuponen la existencia de otro) **(7)**. Sin embargo, en otro parecer distinguió ese organismo las hipótesis en las que hubieran sido ordenados por el órgano competente para dictar el acto, confiriéndole tal carácter **(8)**.

Volviendo a los elementos o requisitos esenciales tenemos que, con relación a la *competencia,* la PTN ha sostenido, recientemente, que es el conjunto de funciones que un órgano o ente público pueden ejercer legítimamente y deter-

(3) De acuerdo: GARRIDO FALLA, Fernando, "Tratado de Derecho Administrativo, Parte General", Ed. Tecnos, Madrid, 1994, 12ª ed., p. 406.

(4) Ver y ampliar en SILVA TAMAYO, Gustavo E., "La voluntad en los actos administrativos", Ed. RAP, Buenos Aires, 2013, 1ª ed., ps. 97-13.

(5) Dictámenes, 156: 64.

(6) Dictámenes, 303: 4448.

(7) Dictámenes, 198: 230.

(8) Dictámenes, 214: 183.

mina la medida de las actividades que corresponden a cada uno de ellos **(9)**. Es una aptitud legal o una distribución de tareas que reviste carácter objetivo y que, además, de constituir un elemento esencial del acto administrativo es, junto a la jerarquía, uno de los principios rectores de la organización administrativa **(10)**. Finalmente, en el mismo asesoramiento, señaló que en cuanto a su atribución, debía aplicarse analógicamente la jurisprudencia de la CS que establece que, en cuanto a su atribución, las leyes sobre jurisdicción y competencia son aplicables de inmediato a las causas pendientes en atención al carácter de orden público que les es propio **(11)**.

Respecto a la *causa,* ha señalado la PTN, antes del dictado de la LNPA, que se halla referida a circunstancias de hecho y de derecho que, por ser verificables, no pueden ser discrecionales **(12)** y que la LNPA se ha enrolado en una concepción *objetivista* que la considera como elemento del acto administrativo **(13)** encontrándose comprendidas, dentro de los antecedentes de derecho, las reglamentaciones dictadas por la propia Administración que integran el bloque de legalidad **(14)**. Y, en cuanto a los antecedentes de hecho, ha precisado que la discrecionalidad debe sustentarse en la real existencia de los que se invoquen como causa del acto **(15)**. De este modo, teniendo en cuenta que a menudo el acto administrativo depende la observancia de un juicio técnico previo **(16)** (la mal llamada *discrecionalidad técnica*), el órgano asesor ha sostenido invariablemente que no se expide sobre aspectos técnicos ni económico-financieros por ser materias ajenas a su competencia **(17)**, por cuanto "...los informes técnicos merecen plena fe siempre que sean serios, precisos y razonables, no adolezcan de arbitrariedad y no aparezcan elementos de juicio que destruyan su valor" **(18)**.

En torno al *objeto,* la PTN ha sostenido que debe decidir todas las peticiones formuladas **(19)** y también las no propuestas por las partes, tal como surge del art. 7º, inc. c) de la LNPA **(20)**.

En un asesoramiento reciente **(21)** ha puesto de resalto la existencia de un vínculo estrecho entre la causa y el objeto que impide que este último sea considerado en forma aislada en punto a su validez; y, por el contrario, que reclama una correspondencia con los antecedentes de derecho que justifican el dictado del acto.

En lo que respecta al *procedimiento,* la PTN, ha dejado sentado desde antaño —y en forma reiterada—, que el dictamen jurídico no puede constituir una mera relación de antecedentes, ni una colección de afirmaciones dogmáticas, sino el análisis exhaustivo y profundo de una situación jurídica determinada a la luz de las normas vigentes y de los principios que la informan, a efectos de recomendar conductas acordes con la Justicia y el interés legítimo de quien formula la consulta **(22)**. Incluso, la Procuración ha emitido dictamen previo respecto de actos que puedan afectar a la hacienda pública como, por ejemplo, en los procesos de reestructuración de la deuda soberana **(23)**, criterio que nos parece encomiable ante la desaparición de los controles previos exógenos que ha impuesto la ley 24.156 dejando en gran medida inerme al patrimonio estatal **(24)**.

(9) Dictámenes, 311: 244.

(10) Ídem.

(11) Ibídem.

(12) Dictámenes, 114: 376

(13) Dictámenes, 197: 182.

(14) Dictámenes, 100: 192, 102: 213, 130: 132.

(15) Dictámenes, 164: 292.

(16) VITTA, Cino, "Diritto Amministrativo", Unione Tipografico, Torino, 1948, 3ª ed., t. I, ps. 305-307.

(17) Dictámenes, 204:47 y 159; 207:578; 243:663; 251:541 y 851, entre otros.

(18) Dictámenes, 207: 343, 233: 525, 252: 349, 253: 167.

(19) Dictámenes, 204: 61.

(20) Dictámenes, 163: 137.

(21) IF-2020-28204159-APN-PTN.

(22) Dictámenes, 233: 92, entre muchos otros.

(23) Dictámenes, 236: 86, entre muchos otros.

(24) Ver al respecto: SILVA TAMAYO, Gustavo E., "Los controles previos y el gasto público nacional" en La Ley, Revista Jurídica Argentina, Suplemento de la Universidad del Salvador, marzo de 2007.

Sobre la *motivación,* la PTN ha expuesto reiteradamente que todo acto del Estado debe tener justificación y que los emanados en ejercicio de facultades discrecionales exigen que sea adecuada **(25)**.

También que "[l]a motivación de una decisión adoptada por una autoridad pública debe considerarse inherente a la forma de gobierno que nos rige. Es, por ello, que la falta de fundamentos permite —en ciertas circunstancias— calificar de acto arbitrario y, por lo tanto, susceptible de ser anulado" **(26)**.

Asimismo, dictaminó que "el modo normal en que el Poder Administrador expresa la causa o motivo del acto es mediante su motivación, que no es más que la constancia de que en el caso concreto existen las circunstancias que justifican el dictado del acto administrativo" **(27)**.

Además ha dicho que "el cumplimiento del requisito de la motivación de los actos administrativos se relaciona con la observancia del principio de legalidad al que la Administración se encuentra sometida: este obliga a dar razones que expliquen la necesidad de la medida adoptada, la que exterioriza su razonabilidad" **(28)**. Y que "[l]a motivación consiste en la fundamentación fáctica y jurídica mediante la cual la Administración intenta demostrar la legitimidad y oportunidad de su decisión, transformándose, además, en el principal punto de partida para el inicio del control de legitimidad" **(29)**.

En un asesoramiento novedoso sostuvo que la fundamentación fáctica, es decir, la explicación de cuáles son los hechos probados y cómo determinan la parte resolutiva del acto, es un recaudo esencial que el acto debe satisfacer y que también debe verificarse una fundamentación normativa, ya que, el acto debe explicitar en su motivación las razones por las cuales su objeto está en concordancia con el orden jurídico. La mera mención de normas jurídicas no establece su conexión con los hechos de la causa, por sí sola; eso debe demostrarlo la Administración **(30)**.

Agregó en esa misma oportunidad: "En nuestro Derecho existe, además, coincidencia en cuanto a la estrecha conexión que media con la finalidad, al punto que se interpreta que, más allá de la fórmula contenida en el art. 7º, inc. e) de la Ley Nacional 19.549 de Procedimientos Administrativos, la motivación no solo es la exteriorización de la causa, sino también la de los fines del acto" **(31)**.

En torno a la *finalidad,* tradicionalmente la Procuración se había ocupado de opinar, en punto a la razonabilidad del acto, a la que alude de la segunda parte del inc. f) de la LNPA, exponiendo que esta, lejos de definirse como un criterio meramente personal y subjetivo de la autoridad que dicta el acto administrativo, se debe caracterizar como una motivación coherente con los Principios Generales de Derecho y los propios del derecho administrativo **(32)**. Por ello, es que el acto resulta ajustado a derecho cuando tiene fundamento de legalidad y de razonabilidad **(33)**.

En el flamante asesoramiento ya citado, el órgano asesor ha opinado que todo acto debe cumplir con los fines previstos por la norma que confiere atribuciones para su dictado: el decisor no puede usar su poder para fines distintos de los contemplados en aquella; la violación a este mandato legal da origen al vicio de desviación de poder, así caracterizado tanto en nuestro medio como en la doctrina de otros ámbitos **(34)**.

Dijo también en esa oportunidad que resulta de aplicación la regla de la especialidad, según la cual los órganos o entes administrativos no pueden, sin incurrir en desviación de poder, ir más allá de las normas que disponen sus atribuciones **(35)**.

(25) Dictámenes, 185: 188.

(26) Dictámenes, 191:25, 84: 154, 103:105, entre otros.

(27) Dictámenes, 199: 98.

(28) Dictámenes, 233:278.

(29) Dictámenes, 236: 91.

(30) IF-2020-28204159-APN-PTN.

(31) Ídem.

(32) Dictámenes, 217: 115.

(33) Dictámenes, 231: 338.

(34) IF-2020-28204159-APN-PTN.

(35) Ídem.

Finalmente, respecto a la *forma,* con relación a la publicidad, la PTN opinó que los actos administrativos no notificados regularmente carecen de ejecutoriedad y no corren los términos para recurrirlos, pudiendo ser revocados en cualquier momento por el órgano que los dictó o por su superior, sin responsabilidad **(36)**.

Vinculado a la doctrina de los actos tácitos e implícitos, la PTN opinó, antes de la entrada en vigor de la LNPA, que, si bien es cierto que el art. 8º de la LNPA exige que el acto administrativo sea expreso y escrito, antes de la vigencia de dicha ley, el órgano asesor había aceptado la existencia de ese tipo de actos cuando la conducta seguida por el órgano administrativo competente para dictarlo permitiera, sin dudas, inferir el sentido de su decisión. Sin embargo, en otro parecer, aclaró que se imponía un criterio restrictivo de la admisión de actos tácitos de manifestación de la voluntad administrativa, cuando esa manifestación no resultara indudable **(37)**.

Y, más cercanamente en el tiempo, tuvo oportunidad de precisar que el acto implícito es aquel que está incluido en un acto —administrativo o de administración—, expreso pero de distinto contenido **(38)**.

III. El sistema de invalidez de los actos administrativos

La Procuración ha opinado que el régimen de invalidez del acto administrativo, a diferencia de los que ocurre en el derecho privado, no depende de cuál elemento se encuentra viciado, sino de la importancia de la violación al ordenamiento jurídico **(39)**.

Recordemos que la LNPA distingue entre actos nulos y anulables y que los vicios que dan lugar a la calificación de un acto como nulo aparecen enunciados en su art. 14, sin establecerse criterio alguno para su determinación y limitándose a prever, para esos casos, la sanción máxima. Por su parte, el art. 15 de la ley dispone que el acto será anulable cuando presente un defecto que no llegue a impedir la existencia de alguno de sus elementos esenciales **(40)**.

El Alto órgano asesor ha precisado que es criterio mayoritario que la distinción finca —a diferencia de lo que ocurre en el derecho privado—, en la mayor o menor importancia ("gravedad") del vicio que se presenta; y, con ello, de la relevancia del incumplimiento del ordenamiento jurídico que el defecto representa, reflejado en su propia doctrina **(41)**.

Pero expuso también en la opinión reciente varias veces referida **(42)**, con citas de Cassagne, Gordillo y Balbín que, para otras opiniones, la clasificación se encuentra relacionada con la violación al orden público administrativo criterio seguido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación **(43)**. De allí concluyó el organismo de asesoramiento máximo del Poder Ejecutivo Nacional que se trata de notas que no se autoexcluyen en tanto la gravedad del vicio es la que permite apreciar si ha mediado una violación al orden público administrativo.

Y tuvo oportunidad para recordar que, en cuanto a los actos nulos: a) la ley los considera afectados de "nulidad absoluta"; son irregulares y carecen de estabilidad, debiendo ser revocados en sede administrativa, excepto si se encontraren firmes y hubieren generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo (art. 17 de la LNPA); b) no son saneables por confirmación o ratificación; c) la acción es imprescriptible, pero sujeta al plazo de caducidad previsto por el art. 25 de la LNPA; y d) los efectos de la declaración de nulidad son retroactivos (*ex tunc*) **(44)**.

(36) Dictámenes, 232: 122.

(37) Dictámenes, 198: 230.

(38) Dictámenes, 312: 220.

(39) Dictámenes, 198: 115.

(40) Hemos tratado in extenso esta cuestión en nuestro trabajo "Las nulidades en el Código Civil y Comercial y en la Ley de Procedimientos Administrativos", LA LEY, 2015-B, Revista Jurídica Argentina, Buenos Aires, ps. 1-10. Este se halla publicado también en "El derecho administrativo y el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación" (obra colectiva de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales), Ed. La Ley - Thomson Reuters, Buenos Aires, 2019, ps. 329 y ss.

(41) Dictámenes, 283: 436, entre otros.

(42) IF-2020-28204159-APN-PTN.

(43) Fallos 306:1138, "Sudamericana de Intercambio c. La Nación Argentina—Ministerio de Economía s/ daños y perjuicios".

(44) IF-2020-28204159-APN-PTN.

Al opinar sobre la procedencia de conferir efectos retroactivos a la declaración de invalidez de un acto afectado por nulidad absoluta, la PTN, en un caso en el que se cuestionó la baja de un agente, interpretó que ese era el modo que permitía colocarlo en una situación similar a la que se encontraba al momento del acto nulificado **(45)**.

En cuanto a los actos anulables, es doctrina del organismo asesor que las irregularidades de menor gravedad conducen a la anulación y que, en caso de duda, debe estarse a la consecuencia menos grave, o sea, que solo se le confiera tratamiento como acto anulable pues debe jugar la presunción a favor de la consecuencia más leve, que permite la conservación del acto **(46)**.

IV. Los vicios del acto administrativo

En lo tocante a los vicios, tenemos que el art. 14, inc. a) de la LNPA contempla, típicos defectos de la voluntad, que no se encuentran entre los requisitos enunciados en el art. 7º y ello se debe a que la fuente doctrinaria de la ley, como adelantamos, considera que la voluntad psicológica del agente es un requisito presupuesto de la existencia y validez del acto **(47)**.

IV.1. Error

La PTN no registra muchos antecedentes y los que pueden referenciarse son anteriores al dictado de la LNPA.

En cuanto al error de hecho sostuvo, por ejemplo, que una resolución se encontraba viciada por error esencial en la causa del acto si, de haber conocido la Administración con exactitud los hechos, no hubiera incluido al peticionante **(48)**.

Mayores referencias se encuentran en cuanto al error de derecho, sea vinculándolo con la causa **(49)**, con la posibilidad de revocación en sede administrativa cuando es "grave" **(50)** o con la imposibilidad de ejercer tal potestad revocatoria y su consecuente anulabilidad si presenta una simple irregularidad consistente en una mención errónea del derecho aplicable o con la mera anulabilidad por la aplicación de una norma cuyo texto es confuso o susceptible distintas interpretaciones **(51)**.

IV.2. Dolo

Tampoco se cuenta con numerosos pareceres de la PTN en torno a este vicio. En un caso distinguió entre el dolo producido por los administrados en los actos unilaterales y el dolo de los funcionarios competentes para dictar el acto, declarando intrascendente al primero **(52)**.

En otra ocasión, para habilitar la revocación en sede administrativa de un beneficio de pensión, sostuvo que una omisión revestía trascendencia en el caso si indujo a la Administración a emitir el acto **(53)**.

Al efectuar el análisis de un supuesto de comercialización de sustancias con un sujeto no inscripto en el Registro Nacional de Precursores Químicos, dependiente de la Secretaría de Programación para la Prevención de la Drogadicción y la Lucha contra el Narcotráfico, entendió que la infracción se cometía por la sola verificación del hecho externo de la violación de la normativa aplicable sin tener en cuenta si hubiera mediado dolo o culpa por parte del infractor o si existieron eximentes subjetivos como el error involuntario **(54)**.

IV.3. Violencia

Aunque no son profusos los antecedentes respecto a este vicio, revisten particular interés dos supuestos en los que la PTN fue llamada a opinar.

(45) Dictámenes, 191: 1.

(46) Dictámenes, 198: 115.

(47) Media cierta inconsistencia en cuanto a las fuentes de la LNPA en este punto, según lo hemos explicado en otra oportunidad (ver: "La voluntad...", ob. cit., ps. 110-111).

(48) Dictámenes, 123: 256.

(49) Dictámenes, 163: 87, entre otros.

(50) Dictámenes, 179: 95.

(51) Dictámenes, 211: 334.

(52) Dictámenes, 113: 120.

(53) Dictámenes, 131: 490.

(54) Dictámenes, 285: 217.

En un caso consideró ilógico que un funcionario renunciase voluntariamente a un cargo superior para aceptar uno inferior, estimando que esa renuncia no había sido libremente presentada, correspondiendo declarar en sede administrativa la nulidad de la resolución que la tuvo por aceptada **(55)**.

En otro estimó difícilmente explicable que un agente solicitase voluntariamente ser colocado en un nivel extraescalafonario inferior, aceptando la consiguiente reducción de su sueldo, para seguir desempeñándose en la misma dependencia, sin ninguna otra ventaja alternativa. Opinó, así, que la solicitud no había sido libremente solicitada, mediando violencia moral que autorizaba la revocación en sede administrativa **(56)**.

Es interesante advertir que, en ambas ocasiones, la violencia intimidatoria se tuvo por acreditada sobre la base de presunciones, con el razonamiento lógico—deductivo que se obtiene a partir de los indicios, quizás ante la deficiente o nula posibilidad de los interesados de obtener y aportar pruebas directas.

IV.4. Competencia

Ha opinado la PTN que, dado que el acto ministerial adolecía del vicio de incompetencia en razón del grado cabía caracterizar a la mencionada resolución como un acto anulable que, por lo tanto, podía ser saneado mediante ratificación **(57)**.

IV.5. Causa

El órgano asesor se ha pronunciado en reiteradas oportunidades respecto al vicio en la causa del acto administrativo.

Así opinó, en un asesoramiento anterior a la entrada en vigencia de la LNPA, que media vicio en la causa, no solo en el objeto, cuando no existe correspondencia entre el derecho objetivo vigente y los actos administrativos individuales, es decir, si se configura una inobservancia del "principio de legalidad" en la actividad administrativa **(58)**.

También sostuvo, con relación al requisito de la "causa como antecedente de derecho", que si al emitirse un acto se ha errado en la invocación de la ley específica que regula la materia, este no es nulo, ya que, el art. 14 de la LNPA no prevé la sanción de nulidad en tal hipótesis **(59)**.

IV.6. Objeto

Recientemente ha expresado la PTN que existe un vínculo estrecho entre la causa y el objeto que impide que este último sea considerado en forma aislada en punto a su validez; y, por el contrario, reclama una correspondencia con los antecedentes de derecho que justifican el dictado del acto. De no configurarse esa consistencia se configurará el denominado "vicio de violación de la ley" **(60)**.

Tiene dicho también el organismo asesor que el acto que ha aplicado inadecuadamente las normas correspondientes resulta nulo, por encontrarse viciado su objeto **(61)**. Y que "[e]l objeto que persigue el instrumento resulta jurídicamente imposible en los términos del art. 7º, inc. c) de la ley 19.549... Esa circunstancia vicia el instrumento de tal forma que lo torna nulo de nulidad absoluta e insanable en los términos del art. 14, inc. b) de la ley mencionada toda vez que falta uno de los requisitos esenciales que se requieren para la validez del acto administrativo, como es el de contar con un objeto jurídicamente posible, es decir, lícito. La ilicitud del objeto obliga a la Administración, custodia de la legitimidad de su propio accionar, a revocar la declaración efectuada por la ex funcionaria" **(62)**.

También opinó la Procuración: "El contenido u objeto del acto administrativo consiste en la resolución o medida concreta que mediante el acto adopta la autoridad. Sus atributos son: certeza, licitud, posibilidad física y moralidad. De allí que

(55) Dictámenes, 140: 254.

(56) Dictámenes, 185: 139.

(57) Dictámenes, 268: 105.

(58) Dictámenes, 113:120

(59) Dictámenes, 209: 246.

(60) IF-2020-28204159-APN-PTN.

(61) Dictámenes, 206: 141

(62) Dictámenes, 233:278.

cuando en derecho administrativo se habla del vicio de violación de la ley se alude al que contraviene las reglas a que debe sujetarse el contenido u objeto del acto". Y que "la resolución en recurso ha sido dictada en violación al derecho aplicable; en consecuencia es nula por vicio en la causa y corresponde su revocación por razones de ilegitimidad [v. arts. 7º, inc. b, 14 y 17 de la Ley de Procedimientos Administrativos" **(63)**].

IV.7. Procedimiento

En asesoramientos previos al dictado de la LNPA, la PTN sostuvo que si no se había respetado un procedimiento establecido normativamente para llevar a cabo una designación, mediaba un vicio en un elemento esencial, resultando ser la consecuencia de su inobservancia, la nulidad de la actuación **(64)**.

En otro dictamen opinó que el incumplimiento del requisito previo de la licitación pública provocaba la invalidez del contrato celebrado, y daba lugar a su nulidad absoluta y manifiesta **(65)**.

También dijo que la omisión de las formalidades mencionadas en el art. 7º, inc. d) de la LNPA comporta la violación de un requisito esencial del acto administrativo, máxime si en el procedimiento se sustancia la aplicación de una sanción **(66)**.

En cuanto a la ausencia de dictamen jurídico previo, la PTN ha expresado que tal deficiencia puede considerarse superada si el dictamen es emitido antes de que la medida cause estado, es decir, antes de que sea recurrible **(67)**. También que, no obstante el carácter esencial del requisito del dictamen previo al dictado del acto administrativo, en algunos casos, su ausencia puede no acarrear la nulidad del acto, habiéndosele asignado la condición de trámite omisible y, en consecuencia, salvable si la cuestión era arreglada a derecho **(68)**. Y, asimismo, que la eventual ausencia del requisito podía considerarse subsanada con las intervenciones posteriores del servicio jurídico respecto de la decisión adoptada, ello desde la perspectiva que proporciona el principio de conservación de los valores jurídicos, no procediendo invocar la nulidad por la nulidad misma **(69)**.

IV.8. Motivación

Respecto a este recaudo, la Procuración del Tesoro ha sostenido: "La motivación de una decisión adoptada por una autoridad pública debe considerarse inherente a la forma de gobierno que nos rige. Es, por ello, que la falta de fundamentos permite —en ciertas circunstancias— calificar de acto arbitrario y, por lo tanto, susceptible de ser anulado" **(70)**.

Y también dictaminó: "El modo normal en que el Poder Administrador expresa la causa o motivo del acto es mediante su motivación, que no es más que la constancia de que en el caso concreto existen las circunstancias que justifican el dictado del acto administrativo" **(71)**.

Esa casa ha expuesto: "El cumplimiento del requisito de la motivación de los actos administrativos se relaciona con la observancia del principio de legalidad al que la Administración se encuentra sometida: este obliga a dar razones que expliquen la necesidad de la medida adoptada, la que exterioriza su razonabilidad" **(72)**.

Y también ha señalado: "La motivación consiste en la fundamentación fáctica y jurídica mediante la cual la Administración intenta demostrar la legitimidad y oportunidad de su decisión, transformándose, además, en el principal punto de partida para el inicio del control de legitimidad" **(73)**.

IV.9. Finalidad

La Procuración ha opinado que el interés público podría encontrarse gravemente afectado,

(63) Dictámenes, 243: 154.

(64) Dictámenes, 125: 137.

(65) Dictámenes, 201: 131.

(66) Dictámenes, 221: 124.

(67) Dictámenes, 198: 101.

(68) Dictámenes, 220: 44.

(69) Dictámenes, 234: 156.

(70) Dictámenes, 191:25, entre otros.

(71) Dictámenes, 199: 98.

(72) Dictámenes, 233:278.

(73) Dictámenes, 236: 91.

y con ello configurarse la desviación de poder, ante un acto generador de un desprendimiento patrimonial estatal concretado sobre la base un precio irrisorio **(74)**.

En otro dictamen de data más cercana, luego de recordar el criterio mayoritario de que la desviación de poder trasunta un contenido o elemento subjetivo, caracterizado por la voluntad de lograr un determinado objetivo incompatible con los fines de la ley aplicable a una determinada situación jurídica, y con ello su dificultosa constatación, podía, sin embargo, apreciarse, valorando las circunstancias que habían rodeado una tramitación **(75)**.

Seguidamente, en esa misma intervención —y con cita de Gordillo—, tuvo por configurado el vicio desde la observación empírica de que este, de ordinario, se presenta acompañado de otros vicios que permiten descubrirlo y potenciarlo (causa, objeto) habida cuenta de la *sinergia* que se produce entre todos ellos **(76)**.

IV.10. Publicidad

Los efectos de los actos jurídicos, tratándose de actos de alcance particular, se generan a partir de la notificación al interesado (art. 11, LNPA) o, tratándose de actos de alcance general, a partir de su publicación (norma citada).

Sin publicidad, el acto carece de virtualidad alguna y la PTN ha tenido oportunidad de señalar que los actos administrativos no notificados regularmente carecen de ejecutoriedad y no corren los plazos para recurrirlos, pudiendo ser revocados en cualquier momento por el órgano que los dictó sin que ello le genere responsabilidad **(77)**.

Refiriéndose a la publicación de una resolución del ex Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos, la Procuración señaló que esta podría tener virtualidad tan solo para la eficacia de dicho acto, pero no para su validez. Recordó que la doctrina y la jurisprudencia, en criterio receptado por la LNPA distinguen mayoritariamente entre ambos conceptos, que son distintos, en tanto la publicidad hace a la eficacia, mientras que la validez supone la existencia de todos sus elementos esenciales y se relaciona con el sistema de nulidades de la LNPA **(78)**.

En un caso muy peculiar, el Ministerio de Justicia consultó sobre la viabilidad de un proyecto de resolución que disponía la publicación de los dictámenes de su servicio jurídico, como orientación para las distintas dependencias en cuanto a la legalidad y razonabilidad de la actuación administrativa, sentando excepciones respecto a la información "reservada". La PTN opinó que si bien la difusión de los dictámenes podía constituir una guía útil para la gestión administrativa, ello no podía suplir los dictámenes que, en cada caso, debían emitirse **(79)**.

También ese alto organismo asesor entendió que la actividad desplegada por la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) referida a la determinación de los tributos reconoce como exclusivos destinatarios a los particulares contribuyentes y sus actos que emite con ese objeto poseen presunción de legitimidad, ejecutoriedad, ejecutividad y estabilidad **(80)**.

V. Caracteres del acto administrativo. Esenciales y no esenciales

V.1. Presunción de legitimidad, ejecutoriedad y ejecutividad

Los caracteres del acto administrativo integran un conjunto de notas que lo tipifican y marcan su diferencia con los actos jurídicos de derecho privado.

Como ha interpretado la Corte Suprema, la LNPA, contiene normas de fondo, además, de las procedimentales y procesales.

Así, en su art. 12, no solo consagra la presunción de legitimidad del acto administrativo, sino que también determina que este posee fuerza ejecutoria que la autoriza a ponerlo en prácti-

(74) Dictámenes, 184: 36.

(75) IF-2020-28204159-APN-PTN.

(76) Ídem.

(77) Dictámenes, 232: 122.

(78) Dictámenes, 236: 037.

(79) Dictámenes, 253: 506.

(80) Dictámenes, 237: 476.

ca por sus propios medios, salvo que la ley o la naturaleza del acto exigieran la intervención del juez.

¿Qué ha opinado la PTN al respecto?

En un asesoramiento de cierta data dijo que la presunción de legitimidad sustenta la obligación y el deber del administrado de cumplir el acto, sin perjuicio de los reclamos y recursos que se creyere autorizado a interponer: al no hacerlo su conducta se convierte en el antecedente que brinda justificación al reproche (en el caso se trataba de una sanción de cesantía) **(81)**.

Más tarde señaló que el Banco de la Nación Argentina se encuentra bajo la esfera de la Administración Pública y, por lo tanto, los actos que emite en ejercicio de sus atribuciones que le son propias gozan de presunción de legitimidad y, por consiguiente, solo son susceptibles de invalidarse en el supuesto de que adolezcan de vicios que afecten su regularidad **(82)**.

También que los vicios manifiestos, que no requieren de una investigación de hecho para detectarlos, provocan una nulidad igualmente manifiesta, categoría que cumple una función esencial para el mantenimiento del principio de legalidad y comporta una eficaz protección contra la ejecución de actos administrativos que presentan vicios notorios, los que carecen de presunción de legitimidad **(83)**.

La presunción de legitimidad que establece el art. 12 de la LNPA es *iuris tantum* o simple (y no *iure et de iure* o absoluta) por lo que admite prueba en contrario y debe ceder ante la comprobación de vicios graves en el acto **(84)**. Así, para la Procuración, la presunción de legitimidad de los actos administrativos —que es garantía de seguridad y estabilidad—. cede cuando aquellos adolecen de vicios formales o sustanciales, o han sido dictados sobre la base de presupuestos fácticos manifiestamente irregulares, reconocidos o fehacientemente comprobados **(85)**.

También ha entendido el órgano asesor, que la actividad desplegada por la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) referida a la determinación de los tributos reconoce como exclusivos destinatarios a los particulares contribuyentes y los actos que emite poseen presunción de legitimidad (y los demás caracteres) **(86)**.

Con cita de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación [“Alcántara Díaz Colodrero” **(87)**] opinó la PTN que, en virtud de la presunción de legitimidad que ostentan los actos administrativos, se presume que toda la actividad de la Administración guarda correspondencia con el ordenamiento jurídico, presunción que subsiste en tanto no se declare lo contrario por el órgano competente **(88)**.

Y que dada, la presunción de legitimidad que gozan los actos administrativos, el que reclama una decisión de la Administración debe probar el hecho en que la sustenta. La prueba, en este caso, sostuvo, está a cargo del interesado que es quien procura el reconocimiento del hecho que invoca para que sea luego el fundamento del posterior acto administrativo que dicte la autoridad competente para resolver **(89)**.

Respecto a la ejecutoriedad, con cita de jurisprudencia del Máximo Tribunal, la PTN entendió que el acto unilateral del órgano aprobante es el que le da eficacia jurídica a la convención y que la aprobación otorga ejecutoriedad a un acto que es válido desde su origen, con lo que

(81) Dictámenes, 199: 138.

(82) Dictámenes, 233: 372.

(83) Dictámenes, 234: 472.

(84) Cfr. por todos: MARIENHOFF, Miguel S., "Tratado de Derecho Administrativo", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 3ª ed., t. II, p. 372; HUTCHINSON, Tomás, "Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. Ley 19.549. Comentada, anotada y concordada con las normas provinciales", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1985, t. I, p. 245; CASSAGNE, Juan C., "El acto administrativo. Teoría y régimen jurídico", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2012, 1ª ed., p. 360; COMADIRA, Julio R., "Procedimientos Administrativos. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, Anotada y Comentada", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2012, p. 234.

(85) Dictámenes, 236: 091.

(86) Dictámenes, 237: 358.

(87) Fallos 319: 1476.

(88) Dictámenes, 245: 501.

(89) Dictámenes, 266: 296.

asimiló eficacia con ejecutoriedad (en el caso se trataba de la aprobación ministerial para que una institución pudiera utilizar la denominación de "Colegio Universitario" en el marco de la ley 24.521 de Educación Superior) **(90)**.

Consideró, asimismo, la Procuración que no correspondía suspender en sede administrativa los efectos de una sanción que la ex Secretaría de Industria, Comercio y Minería le aplicara a YPF SA si: a) existía un pronunciamiento judicial favorable a la validez del acto cuya suspensión se solicitaba; b) el recurso de queja interpuesto ante la CS no había sido aún admitido; c) existía un interés público en que YPF no realizase conductas antijurídicas; y d) aunque la empresa había invocado una nulidad absoluta, esta había sido desestimada **(91)**.

En un caso en el que Aguas Argentinas SA cuestionaba una multa impuesta por el Ente Tripartito de Obras y Servicios Sanitarios (ETOSS) omitiendo el depósito previo requerido para la admisión formal del recurso, opinó que sostener que las multas no firmes no deben ser pagadas contradice el principio de legitimidad de los actos (art. 12, LNPA) desnaturaliza la función constrictora de toda multa y vulnera el pliego **(92)**.

También respecto al ETOSS expuso que, de acuerdo con el marco regulatorio aplicable, sus decisiones poseían los caracteres propios de los actos administrativos: por ende, gozaban del principio de presunción de legitimidad y del principio de ejecutoriedad; de donde se destaca la obligación del concesionario de depositar el importe de la multa que se le imponga, independientemente de que deduzca, o no, recurso alguno contra esa decisión **(93)**.

Entendió, en otro asesoramiento, que no existía violación alguna al derecho de defensa del particular ni se había transgredido el debido proceso adjetivo si —a través de la resolución de la Sedronar que decidió suspenderlo en el Registro Nacional de Precursores Químicos, en resguardo de la salud pública comprometida—, dicha entidad había considerado indispensable tal proceder, siendo aplicable el art. 12 de la LNPA el que, luego de consagrar la presunción de legitimidad del acto administrativo y su fuerza ejecutoria, faculta a la Administración a suspender su ejecución, entre otros motivos, por razones de interés público **(94)**.

Asimismo, estimó que la presunción de legitimidad y ejecutoriedad se extiende también a los actos de interpretación contractual que la Administración unilateralmente realice en los términos del art. 12, inc. a) del Régimen de Contrataciones de la Administración Pública Nacional (RCAN) **(95)**.

La ejecutividad, a menudo confundida con la ejecutoriedad, juega en el plano procesal, siendo ejecutivo aquel acto que, dictado, con todos los recaudos legales, resulta ser título hábil para iniciar el proceso de ejecución.

En el asesoramiento citado, la PTN sostuvo que, entre otros caracteres, la actividad desplegada por la AFIP se traducía en actos que poseían ejecutividad **(96)**.

V.2. Irretroactividad

Respecto a la *irretroactividad* de la que, se dice, se trata de una regla —o principio general—, consideramos necesario formular algunas aclaraciones antes de abordar el repertorio de la PTN **(97)**.

En la antigua jurisprudencia de la Corte se había afirmado que el principio de irretroactividad se refería exclusivamente a las relaciones de derecho privado, por lo que, a *contrario sensu*, resultaba admisible concebir la retroactividad del acto administrativo. Esta exégesis fue mutando gradualmente llegando luego el tribunal a sostener que, en el ámbito del derecho administra-

(90) Dictámenes, 234: 265.

(91) Dictámenes, 240: 180.

(92) Dictámenes, 243: 563.

(93) Dictámenes, 244: 772.

(94) Dictámenes, 291: 147.

(95) Dictámenes, 304: 291.

(96) Dictámenes, 237: 476.

(97) Nos hemos ocupado de esta cuestión en nuestro trabajo "Los actos administrativos con relación al tiempo", Temas de Derecho Administrativo, Erreius, Buenos Aires, mayo 2017, ps. 295-323, al que nos remitimos.

tivo, la ley retroactiva —y, por lo tanto, también el acto administrativo—, no podía afectar derechos adquiridos.

Por su parte, los autores administrativistas, aún antes del dictado de la LNPA, se habían pronunciado, con sustento en la doctrina de los "derechos adquiridos", por la no retroactividad, como principio, de los actos administrativos. La retroactividad, sin embargo, resultaba admisible: a) si se tratase de la revocación o anulación de actos ilegítimos; b) por su propia naturaleza, como cuando el acto fuera confirmatorio o interpretativo de otro dictado con anterioridad; y c) cuando sin afectar a terceros fuera más beneficioso para él o los destinatarios.

Luego de la entrada en vigencia de la LNPA la posibilidad de conferir efectos retroactivos al acto, y sus límites, aparecen consagrados en su art. 13: "El acto administrativo podrá tener efectos retroactivos —siempre que no lesionaren derechos adquiridos— cuando se dictare en sustitución de otro revocado o cuando favoreciere al administrado".

Vale decir que el texto procedimental siguió un esquema similar al del Código de Vélez para establecer los límites a la retroactividad de los actos administrativos, sin tomar en cuenta el criterio del art. 3º reformado por la ley 17.711, senda errónea que no ha abandonado el Cód. Civ. y Com. en su art. 7º.

De manera similar, para los actos de alcance general, el art. 83 del RLNPA, establece: "Los actos administrativos de alcance general podrán ser derogados, total o parcialmente, y reemplazados por otros, de oficio o a petición de parte y aun mediante recurso en los casos en que este fuere procedente. Todo ello sin perjuicio de los derechos adquiridos al amparo de las normas anteriores y con indemnización de los daños efectivamente sufridos por los administrados".

La regla de la no retroactividad, en consecuencia, es aplicable tanto a los actos administrativos de alcance individual, como a los reglamentos o actos administrativos de alcance general cuyos efectos, de acuerdo con el art. 103 de la reglamentación a la LNPA, se producen solo a partir de su publicación. Cabe acotar que los reglamentos, al igual que las leyes, pueden ser derogados total o parcialmente por la Administración en cualquier momento, no rigiendo el principio de estabilidad o la cosa juzgada administrativa.

Para Comadira, el art. 13 de la LNPA, al igual que el art. 83 de su reglamentación, coinciden con el criterio del Código Civil **(98)**. Tal concordancia es marcada también por Cassagne quien estima que la irretroactividad constituye un Principio General de Derecho **(99)**. Por su parte, Balbín considera que la irretroactividad del acto administrativo es otro de sus caracteres, que debe sumarse a los mencionados en el art. 12 de la LNPA, "...sin perjuicio de las excepciones que pesan sobre este principio general" **(100)**.

¿Qué ha opinado la PTN?

Ha dicho el órgano asesor máximo del PEN que la irretroactividad de los actos administrativos constituye uno de los principios de nuestro ordenamiento jurídico, por lo tanto, la excepción debe resultar de una declaración o de alguna otra forma inequívoca, toda vez que la regla es la irretroactividad **(101)**.

También que el efecto normal de un acto administrativo nace para el futuro a partir de su notificación válida. Pero que hay diversos supuestos en los que puede válidamente producir efectos retroactivos. Ello puede ocurrir, por texto expreso del acto, cuando favorece al particular, no se lesionan derechos de terceros y haya sustento fáctico suficiente para dar validez en el pasado a lo que el acto resuelve **(102)**.

VI. Vías de hecho

La LNPA, impone a la Administración, en su art. 9º abstenerse de: a) comportamientos materiales lesivos de derechos o garantías cons-

(98) COMADIRA, Julio R., "Procedimientos...", ob. cit., p. 273.

(99) CASSAGNE, Juan C., "El acto...", ob. cit., p. 385.

(100) BALBÍN, Carlos F., "Tratado de Derecho Administrativo", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, 2ª ed., t. II, p. 121.

(101) Dictámenes, 241: 79.

(102) Dictámenes, 283: 404.

titucionales; y b) de ejecutar actos estando pendiente algún recurso, que posea efecto suspensivo por disposición expresa (no es esta la regla, como sabemos) o que habiendo sido resuelto no hubiese sido notificado.

La vía de hecho típica, como ha dicho con acierto la doctrina, es la prevista en el primer supuesto; la ley equipara a la figura la hipótesis prevista en segundo lugar.

Se trata de una irregularidad grosera cometida por la Administración contra el derecho de propiedad o cualquier otro garantizado por la Constitución Nacional.

La PTN, en un caso en el que el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires pretendía aplicar una ley local para impedir que Lotería Nacional SE revocara permisos o concesiones vinculadas con la explotación del juego, consideró que si las autoridades locales pretendían aplicar una normativa en perjuicio del Estado Nacional o de sus entes descentralizados, estarían ejerciendo vías de hecho que permitirían que aquel arbitrase las medidas necesarias para hacerlas cesar **(103)**.

VII. Silencio

La regla contenida en el art. 10 de la LNPA determina que, ante pretensiones que requieran de la Administración un pronunciamiento concreto, su silencio o ambigüedad se considerarán como negativa, pudiendo solo acordarse al silencio un sentido positivo en caso de que una disposición expresa así lo estableciese. En ese sentido lo había considerado la PTN respecto del art. 102 de la reglamentación a la Ley de Contabilidad (dec. 5720/1972) que disponía: "La conformidad definitiva se acordará dentro de los 7 días de la entrega de los elementos o de prestados los servicios, o del plazo que se fije en las cláusulas particulares cuando los análisis o pruebas especiales que corresponda efectuar hayan de sobrepasar aquel término. En caso de silencio, una vez vencido dicho plazo, el adjudicatario podrá intimar el pronunciamiento sobre el rechazo o la conformidad definitiva, la cual se tendrá por acordada si no se manifestara en el término de 2 días de recibida la intimación" **(104)**.

Más recientemente, en un caso en el que la empresa Aguas Argentinas SA cuestionaba sanciones que le había aplicado el ex ETOSS, la PTN, ante la falta de impulso del trámite, formuló una serie de consideraciones respecto de la figura del silencio.

Consideró en primer término que, frente a la inactividad de la autoridad administrativa el interesado contaba con la facultad de acudir a la vía judicial, como si se hubiese dictado una resolución expresa. Y que, una vez producido el silencio denegatorio, el particular están en condiciones de iniciar la demanda en cualquier momento con el límite del plazo de prescripción.

Recordó también que el art. 26 de la LNPA, fija como regla común al instituto del silencio, que la demanda podrá iniciarse en cualquier momento cuando el acto adquiera carácter definitivo por haber transcurrido los plazos previstos en el art. 10, sin perjuicio de lo que corresponda en materia de prescripción. Sostuvo que al decir "sin perjuicio de lo que corresponda en materia de prescripción", el artículo permite afirmar que, a partir del silencio denegatorio, cesan las causales interruptivas o suspensivas del curso de la prescripción y se produce el reinicio o la continuación de su cómputo. En el caso, la causal interruptiva había cesado una vez operada la denegatoria tácita por el vencimiento del plazo previsto para resolver. Como el plazo de inacción, computado a partir del vencimiento del plazo de treinta días para resolver había sobrepasado cualquiera de los previstos por el ordenamiento jurídico (más de 14 años), la resolución del ETOSS había quedado firme, correspondiendo el archivo de las actuaciones **(105)**.

VIII. Revocación del acto nulo

La LNPA, en su art. 17, después de considerar irregular al acto administrativo viciado de "nulidad absoluta", consagra expresamente el deber

(103) Dictámenes, 255: 471.

(104) Dictámenes, 217: 62.

(105) Dictámenes, 306: 194.

de revocar o sustituir, por razones de ilegitimidad esa clase de actos **(106)**.

La revocación por razones de ilegitimidad es, entonces, un medio con el que cuenta la Administración para preservar el imperio de la juridicidad afectada por un vicio de tal importancia que determina la nulidad absoluta del acto administrativo [como lo ha expresado la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el conocido fallo "Furlotti Setien" **(107)**]. Como dice Marienhoff, a través de ella, el órgano administrativo "...ejerce una potestad de policía sobre sus propios actos, restableciendo, así, el orden jurídico violado" **(108)**.

El art. 17 de LNPA establece, en su primera parte, el deber —y la obligación— de revocar, o sustituir, en su propia sede (por sí y ante sí) los actos portadores de ese tipo de vicios, a los que considera "irregulares". Pero, a continuación, en su segunda parte, aclara que, si este tipo de actos se encontrare firme y consentido y hubiere generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo, es necesaria la intervención del juez para obtener su anulación. Este supuesto de la necesidad de obtener una declaración judicial de nulidad a través de la denominada "acción de lesividad", trasunta un límite a la potestad revocatoria de la Administración frente a actos nulos de nulidad absoluta.

Como señalamos *supra*, numerosos dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación han precisado que la existencia de un vicio grave en alguno de los elementos del acto administrativo lo torna nulo, de nulidad absoluta en tanto un vicio de menor entidad provoca solo la anulabilidad (que algunos autores denominan "nulidad relativa", pese a que la LNPA no utiliza tal *nomen iuris*).

Sobre esta cuestión, la PTN ha señalado que lo dispuesto en el art. 17 de la LNPA es una excepción al principio de revocabilidad del acto administrativo irregular, que obliga a la Administración a pedir la anulación de su propio acto en sede judicial, mediante una acción (denominada de "lesividad") en la que va a ser parte como demandado el beneficiario del acto. Y como se trata de una excepción, su procedencia debe, analizarse en forma restringida, porque se encuentra en juego el principio de legalidad del obrar administrativo **(109)**.

El límite, según el organismo asesor está dado por la circunstancia de que el derecho subjetivo generado por el acto se esté cumpliendo, o sea, que el acto haya sido ejecutado o haya comenzado a ejecutarse **(110)**. En consecuencia, según este mismo asesoramiento, la potestad revocatoria de oficio de la Administración procede siempre en los actos irregulares en los que los titulares de los derechos subjetivos derivados de ellos no los hayan ejercitado o cumplido.

Debemos tener presente que la deficiente técnica del articulado de la LNPA, en cuanto a los supuestos de excepciones solamente referidas expresamente a la estabilidad del acto "regular", ha sido suplido primero por la labor doctrinaria que indicó al respecto que tales excepciones autorizadoras de la revocación del acto regular resultaban igualmente aplicables a la revocación del acto irregular, con mayor razón aun ya que, de no ser así, habría mayor rigor para revocar un acto nulo que uno regular **(111)**. Este criterio fue seguido por la CS en "Almagro, Gabriela c. Universidad Nacional de Córdoba" **(112)** y por la PTN en numerosos asesoramientos **(113)**.

Por ello, es que, aun cuando el acto irregular hubiese quedado firme y generado derechos que se estén cumpliendo, la Administración debe revocarlo de oficio si se configura alguno

(106) El Profesor Comadira llama "anulación de oficio" a la revocación por razones de ilegitimidad pues prefiere reservar el término "revocación" para la extinción de actos administrativos llevada a cabo por la Administración por razones de oportunidad, mérito o conveniencia (ver, "Procedimientos...", ob. cit., p. 340).

(107) Fallos, 314: 322.

(108) MARIENHOFF, Miguel S., "Tratado...", ob. cit., t. II, ps. 630-631.

(109) Dictámenes, 220: 44.

(110) Ídem.

(111) Como primigeniamente lo señaló GARCÍA, Cándido, "Revocación y caducidad del acto administrativo", JA, Doctrina, 1974-884, opinión seguida por autores como Hutchinson y Cassagne.

(112) Fallos, 321: 169.

(113) Dictámenes, 235: 446, entre otros.

de los supuestos indicados para proceder a la extinción del acto regular.

La PTN ha puntualizado al respecto que, cuando la omisión del procedimiento de licitación pública en la celebración de un contrato adquiere carácter evidente y, por ende, de insoslayable conocimiento por parte del contratista en atención a la actuación de este en el procedimiento, el acuerdo deviene nulo de nulidad absoluta y manifiesta y el vicio determinante encuadrable en el art. 18 de la LNPA, aplicable por extensión a los supuestos de revocación del acto irregular. Ello toda vez que, en tales casos, no resulta admisible la invocación pode el particular del desconocimiento de los vicios que afectan el acto, dada la improcedencia de alegar la propia torpeza y la propia falta de diligencia **(114)**.

La Procuración ha sostenido que no bastaría con el mero conocimiento del vicio del acto que tenga el particular para que este carezca de estabilidad, sino que es necesaria una connivencia dolosa entre el funcionario y el particular, con relación al acto cuya revocación se trata **(115)**.

En otro asesoramiento opinó favorablemente con respecto a la revocación de un acto administrativo por el cual se había dado la titularidad en un cargo a una maestra que había renunciado meses atrás y pretendía, una vez notificada del acto, retractarse de su renuncia y desplazar a los docentes que la reemplazaban. La PTN señaló que si bien en el caso no podía hablarse de connivencia dolosa entre la Administración y la interesada, no resultaba menos cierto que la docente debía haber tenido conocimiento de que carecía de derecho a ser confirmada como titular, por lo que no se trataba de un comportamiento de buena fe, reconociendo, implícitamente el conocimiento del vicio **(116)**.

Dijo también la PTN que procedía la revocación en sede administrativa si, para confeccionar una liquidación a favor de un contratista de obra pública, se había aplicado una norma distinta (que reconocía una reparación integral) diferente de la invocada para rescindir el contrato pues, a pesar de que el acto administrativo hubiese generado derechos subjetivos que se estuviesen cumpliendo, el conocimiento del vicio por parte del interesado surgía de la confrontación del acto con el ordenamiento jurídico **(117)**.

Ante el dictado de una resolución en sede penal que hallaba partícipes de varios delitos a exfuncionarios y particulares, se consultó a la PTN acerca de la probabilidad de: a) perseguir el cobro del saldo impago por la venta del Predio Ferial de Palermo; o b) revisar la legalidad del decreto que había aprobado su compraventa. La Procuración consideró esta segunda alternativa dictaminando que, toda vez que el valor del predio formaba parte de los aspectos fácticos del acto, una valuación incorrecta de él que incidiera en el precio pactado, configuraba un vicio grave en la causa. Y, con cita de antecedentes de esa Casa, sostuvo que la transferencia de bienes estatales a precio vil resultaba ilícita, violándose el objeto. Además, la venta contradecía la finalidad prevista en el art. 60 de la ley 23.697 (venta de inmuebles innecesarios para el cumplimiento de sus funciones). Concluyó, entonces, que la viabilidad de la revocación por la propia Administración provenía de que la entidad de los vicios no podía generar una fundada invocación de su desconocimiento por la adjudicataria, tornándose aplicable la excepción a la irrevocabilidad de los actos regulares, aplicables a los irregulares **(118)**.

En lo atinente a la posibilidad de suspender el acto cuando no resultare factible su revocación en sede administrativa, la Procuración había sentado una línea restrictiva a esa posibilidad, entendiendo que esto implicaría obtener en la práctica lo que el art. 17 había querido evitar: que los derechos emergentes quedaran a merced de una decisión administrativa ulterior. Por eso consideró que solo resultaba procedente la medida cautelar dispuesta por el juez, que la Administración debía solicitar con carácter previo a deducir la acción de lesividad **(119)**.

(114) Dictámenes, 233: 329.

(115) Dictámenes, 180: 125, entre otros.

(116) Dictámenes, 180: 125.

(117) Dictámenes, 236: 091.

(118) Dictámenes, 277: 196.

(119) Dictámenes, 259: 11.

En un trascendente y novedoso parecer **(120)** la Procuración del Tesoro tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre varias cuestiones relacionadas con la revocación o la anulación del acto irregular. Por la importancia de esta opinión y la variedad de cuestiones involucradas en ella, debemos extendernos para abordarla cabalmente.

La Dirección de General de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Transporte consultó al organismo asesor si: a) la ex Secretaría de Transporte había incurrido en un exceso reglamentario al dictar una resolución (187/2006); y sí b) correspondía iniciar la acción de "nulidad" respecto de ese acto reglamentario.

En opinión del servicio jurídico, cabía revocar en sede administrativo dicho reglamento por cuanto, con fundamento en jurisprudencia de la Corte Suprema, mediaría un presunto conocimiento del vicio.

Es dable aclarar que, mediante el dictado del DNU 1683/2005, el PEN había aprobado un Programa de Obras, Trabajos Indispensables y Adquisición de Bienes para garantizar la rehabilitación de los servicios interurbanos ferroviarios de largo recorrido, incluyendo jurisdicciones provinciales y para fortalecer el Programa de Obras del Sistema de Público de Transporte Ferroviario de Pasajeros de Superficie y Subterráneo del Área Metropolitana de Buenos Aires. Dicho decreto de sustancia legislativa había instruido a la ex Secretaría de Transporte del ex Ministerio de Planificación, Inversión Pública y Servicios a aplicar el régimen de contratación establecido en los contratos de concesión, en sus *adendas* y en la normativa reglamentaria y complementaria respectiva, aplicándose la Ley 17.520 de Concesiones de Obra Pública por Peaje (art. 2º). La ex Secretaría de Transporte, dictó, entonces, la resolución cuestionada que aprobó un procedimiento especial para llevar a cabo las contrataciones.

En su parecer, luego de aclarar que no le cabía pronunciarse en abstracto sobre el presunto exceso del que podría padecer la resolución de marras, la Procuración entendió que por "acción de nulidad" el consultante quería aludir a la denominada *acción de lesividad*, por darse los presupuestos previstos en la segunda parte del art. 17 de la LNPA, según nos hemos referido más arriba.

El alto organismo asesor recordó también que las prerrogativas de la Administración deben ejercerse dentro de un procedimiento, su *cauce formal*, de resultas del cual se podía, eventualmente, revocar el *acto irregular estable* o bien, de no ser así posible, declararlo lesivo al interés general.

Esta declaración de nulidad, o anulación "no ejecutoria" era, como señaló esa Casa, el presupuesto lógico previo a iniciar la acción de lesividad, un requisito de admisibilidad para la pretensión anulatoria judicial.

Cuando no es posible para la Administración ejercer su potestad revocatoria, parece de toda lógica y así lo destacó la PTN, que se disponga la suspensión de los efectos del acto (art. 12, LNPA), cambiando de este modo su doctrina que estimaba improcedente la suspensión en sede administrativa e invariablemente la obligaba a solicitarla cautelarmente al juez.

También el organismo rector en materia jurídica puntualizó, en obsequio a su inveterada doctrina, que la Administración contaba con un cierto margen de apreciación para decidirse por la deducción o no deducción de la acción de lesividad, en tanto ella "...tiene aspectos de oportunidad, mérito y conveniencia" **(121)**, agregando que la evaluación podía reclamar que los potenciales afectados fuesen citados confiriéndoles intervención para que ser oídos (art. 1º, inc. f, LNPA).

En torno a esta jurisprudencia de la Procuración entendemos necesario aclarar que, en toda actuación administrativa aparecen entremezclados, en mayor o menor medida, aspectos reglados y discrecionales, por lo que lo correcto es

(120) Dictámenes, 307: 167. Hemos efectuado unas breves glosas a este dictamen (Ver: SILVA TAMAYO, Gustavo E., "Algunas reflexiones sobre las limitaciones a la revocación de actos en sede administrativa", del 18/06/2019 en Centro de Información Jurídica [CIJur], publicación del Ministerio Público de la Provincia de Buenos Aires, disponible en https://cijur.mpba.gov.ar).

(121) Dictámenes, 214: 68; 246:125, entre otros.

hablar de actos predominantemente reglados o predominantemente discrecionales **(122)**.

En ese orden, consideramos que el deber, según el caso, de revocar o requerir la declaración judicial de invalidez de un acto afectado de nulidad absoluta, integra la categoría de actos predominantemente reglados, por lo que el margen de apreciación discrecional o la oportunidad (sea que se asimilen ambos conceptos o que se trate a la segunda de una especie del primero) puede encontrar confines muy estrechos, especialmente cuando los vicios que lo aquejan superan lo meramente opinable en materia de interpretación de la ley y no ostentan apariencia de validez o legitimidad según lo decidido por nuestro Alto Tribunal en "Pustelnik" (1975).

Aunque la Procuración no se pronunció sobre el carácter (manifiesto o no manifiesto) del supuesto exceso reglamentario en el que habría incurrido la ex Secretaría de Transporte al dictar la resolución ST 187/2006, adunó otro argumento para considerar cuanto menos inviable su revocación en sede administrativa: el paso del tiempo. En efecto, desde su dictado hasta el momento en que se solicitó el asesoramiento habían pasado más de doce años, por lo que estrictas razones de seguridad jurídica —señala el organismo asesor—, desaconsejaban esa alternativa. Pudiendo, agregamos, incluso, resultar afectada la *confianza legítima* de los cocontratantes si es que no se pudiese acreditar el conocimiento del vicio o alguna connivencia dolosa con los órganos de la Administración.

Por último, la Procuración puso hincapié en una cuestión que no fue objeto de consulta pero que el órgano activo debía considerar, que es la facultad de derogar *en cualquier momento* el acto de alcance general, en tanto este participa de la esencia de las leyes y teniendo en consideración que nadie tiene derecho al mantenimiento de leyes o reglamentos.

En conclusión, más allá de que las prerrogativas que se conceden a la Administración en el art. 17 de la LNPA, tienen un predicamento loable, pues su ejercicio es revelador de que el Estado Nacional se encuentra al servicio de toda la comunidad y pregona la legalidad de su actuación, ellas reconocen los límites que este dictamen de la Procuración del Tesoro marca **(123)**.

IX. Revocación del acto regular

Aunque la LNPA no brinda en su art. 18 un concepto del acto regular puede extraerse, *a contrario sensu*, que, si según el art. 17 el acto irregular sería el afectado de nulidad absoluta, el regular sería aquel que no padece este tipo de vicios.

Es claro que, dentro del concepto entrarían no solo los actos que no padecen de vicios, sino también aquellos que estuvieran afectados por defectos que den lugar a una anulabilidad.

De acuerdo con el art. 18, el acto regular, afectado de un vicio que dé lugar a la anulabilidad o nulidad relativa, no puede ser extinguido en sede administrativa cuando ha sido notificado, hubiera generado derechos subjetivos, el interesado no conociera el vicio y la anulación causare perjuicios a sus derechos.

La Corte señaló en "Pustelnik" **(124)** que el acto administrativo regular, aun cuando traiga aparejados vicios en su legitimidad, ostenta cierto grado de legalidad que lo hace estable y le confiere presunción de legitimidad. Por lo tanto, la Administración no puede revocarlo por sí y ante sí, sino que debe demandar su declaración de nulidad al juez o bien revocarlo por razones de oportunidad, mérito o conveniencia.

Al lado de la revocación por razones de ilegitimidad tenemos la extinción del acto administrativo dispuesta por la Administración con el fin de adaptar su actuación a situaciones de hecho que pueden variar respecto a las tenidas en mira al momento de dictarlo o bien de una valoración distinta respecto a la idoneidad del acto para satisfacer el interés público (eficacia) a

(122) Tal es la doctrina que surge de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación (in re, "Consejo de Presidencia de la Delegación Bahía Blanca de la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos", Fallos 315: 1361).

(123) Sobre este dictamen, ver la opinión de COMADIRA, Fernando G., "La acción de lesividad", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2019, 1ª ed., ps. 129-130.

(124) Fallos, 293: 133.

la que puede llegar con el auxilio de disciplinas técnicas no jurídicas.

Como la revocación por razones de oportunidad se sustenta en la necesidad de extinguir un acto que ya no resulta idóneo para la satisfacción del interés público, no es posible su invocación para extinguir bajo su invocación, actos ilegítimos. En este sentido, la PTN consideró que un proyecto por el que se proponía la derogación de una resolución por cuestiones de oportunidad debía basarse en su irregularidad, pues la Administración está obligada a revocar en sede administrativa los actos nulos por razones de ilegitimidad **(125)**.

También se ha señalado que es condición para la procedencia de la revocación por oportunidad, mérito o conveniencia, con sustento en el art. 17 de la CN, la indemnización si ella ocasiona un perjuicio.

En este sentido, la PTN precisó que una resolución de un organismo administrativo que había dispuesto una serie de ascensos a su personal, era revocable en sede administrativa por la misma autoridad que la había dictado, por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, porque se trataba de un acto administrativo de alcance particular y al no haber sido notificado por los medios idóneos previstos en la LNPA no había generado derechos subjetivos ni daba derecho a indemnización a favor de los particulares **(126)**.

En un caso de especial relieve, se consultó a la PTN sobre la factibilidad de reducir una multa impuesta a una firma por parte del Instituto Nacional de Semillas al haberse detectado en una inspección su falta de inscripción en el registro pertinente. El organismo asesor distinguió: a) que no se propiciaba la revocación de la sanción impuesta sino su modificación (reducción de la multa); b) se trataba de un acto regular; y c) la estabilidad del acto regular se encontraba condicionada a que se verificasen los presupuestos del art. 18, LNPA pues estos pueden ser revocados, modificados o sustituidos de oficio si la revocación, modificación o sustitución del caso favorece al particular sin causar perjuicio a terceros. En el caso planteado: a) el acto propuesto no implicaba un perjuicio a la empresa sino que, por el contrario, atenuaba la sanción impuesta; b) el acto no había generado derechos subjetivos a favor del administrado sino que, por el contrario, le había impuesto el pago de una multa; y c) la regla de la estabilidad no se aplicaba en el caso concreto pues ella juega en contra de la Administración y a favor del administrado, por lo que siempre es posible revocar un acto cuando ello favorece al titular **(127)**.

X. Conclusión

Hemos intentado a lo largo de estas breves líneas sintetizar la doctrina vigente de la Procuración del Tesoro de la Nación, incluso la más reciente, en materia de acto administrativo reafirmando la centralidad que Mayer le confiriera con relación al derecho administrativo y, aún más, coincidiendo con desarrollos actuales, que destacan su función *institucional* **(128)**.

La innegable fluidez del derecho, en tanto fenómeno social, no debe en todo caso hacernos perder de vista que, resultando el acto administrativo el medio de relacionamiento más acabado de la Administración con los ciudadanos, este debe asentarse sobre bases más o menos firmes —muchas de ellas proporcionadas por los Principios Generales de Derecho—, que hacen a la juridicidad y a la seguridad jurídica, so pena de caerse en el desorden y caos social.

Precisamente, es a través de sus dictámenes que la Procuración del Tesoro contribuye a nutrir a la juridicidad y, con ello, a la seguridad jurídica, especialmente en torno a un concepto tan medular como el abordado en este escrito.

(125) Dictámenes, 231: 342.

(126) Dictámenes, 232: 122.

(127) Dictámenes, 246: 443.

(128) Ver: BOCANEGRA SIERRA, Raúl, "La teoría del acto administrativo", Ed. Iustel, Madrid, 2005, 1ª ed., ps. 176-30.

ESTUDIOS

Estado nacional, orden público y arbitraje (*)

Segunda parte

Jimena Vega Olmos

Sumario: I. Introducción.— II. Arbitrabilidad y orden público.— III. Conclusiones.

I. Introducción

El concepto de "orden público" es un concepto jurídico indeterminado respecto del cual se han ensayado diversas definiciones tanto a nivel local como internacional. El debate acerca de su contenido y alcance continúa y —como explica Gelli— quizás la única coincidencia que existe entre quienes han analizado y abordado el sentido, alcance y/o efectos del concepto de orden público es que esta expresión resulta indeterminada, imprecisa y difícil de fijar **(1)**. A la complejidad de esta materia —ya difícil en sí misma—se le suman los problemas que generan las imprecisiones, la diversidad y muchas veces la confusión de los términos utilizados **(2)**, el hecho de que en general su aplicación resulta de expresiones equívocas que admiten una variedad de interpretaciones, así como el hecho de que el concepto de orden público posee una gran connotación política y social **(3)**.

En este trabajo describiremos las principales teorías que se han esbozado para definir los alcances o contornos del orden público, tanto el orden público interno como del llamado "orden público internacional", concepto diferenciado del primero (y que no debe confundirse con este), de significativa gravitación en el tema que ocupa este trabajo en el caso de procedimientos internacionales que involucran al Estado.

I.1. El orden público interno. Concepciones sobre su alcance y significado

A pesar del gran esfuerzo doctrinario efectuado al efecto, sigue sin existir consenso respecto de cuál es el significado y alcance del concepto de "orden público". Diferentes autores han propuesto diversas definiciones que han identificado al orden público con nociones variadas, como ser, los principios fundamentales de la organización social, el derecho público, el interés público, la voluntad del legislador, las leyes imperativas, entre otras. En lo único que existiría coincidencia entre los autores que han abordado el tema es en considerar que su concepto se resiste a una definición precisa constituyendo "algo casi inasible" pues, como expresara, Bibi-

(*) Este trabajo se basa en la tesis de especialización sobre "El rol del orden público en los arbitrajes en que el Estado nacional es parte", presentada en el año 2014 para 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 tesis de especialización, por todo el tiempo, conocimiento y consejos dedicados. Dada su extensión, dicho trabajo se publica dividida en cuatro. En la segunda parte que aquí se publica se abordará el concepto de orden público y su relación con el carácter arbitrable de una disputa con el Estado nacional.

(1) GELLI, María Angélica, "Orden público en el derecho constitucional", LA LEY 2015-F-800.

(2) LALIVE, Pierre, "Transnational (or Truly International) Public Order and International Arbitration", en Pieter Sanders (ed.), Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration, vol. 3, ICCA Congress Series, New York, 1986, Kluwer Law International (1987), ps. 258-318.

(3) STRENGER, Irineu, "The application by the arbitrator of public policy ruled to the substance of the dispute", en Pieter Sanders (ed.), Comparative Arbitration Practice..., ob. cit., ps. 353-7.

loni, "los juristas más famosos no saben qué es esto de orden público" **(4)**.

I.1.a. Identificación del orden público con el derecho público

Uno de los primeros criterios que se ensayó para definir el concepto de orden público fue aquel que identificaba el orden público con el derecho público.

De acuerdo con esta postura será de orden público todo aquello que se rige por el derecho público. Muchos autores han criticado esta teoría en el entendimiento que el orden público y el derecho público no son conceptos que puedan confundirse o unificarse pues existen normas de derecho privado en las que también se encuentra interesado el orden público **(5)**. Además, como explica Ortiz Bustos, "lo público" del concepto de orden público no se identifica con "lo estatal" **(6)**. Por ello, orden público no es todo aquello que se vincula con el Estado o su actuación. Si bien la actuación estatal está (o debería estar) dirigida a la preservación del interés general, a la protección de la comunidad, a la consecución del bien común; el concepto de orden público va más allá de estas cuestiones y se identificaría con los principios fundamentales de la sociedad organizada. Por la misma razón, para este autor, orden público no es "derecho público".

Además, si en función del interés protegido, el derecho público y el interés público fueran lo mismo debería concluirse que alguno de ellos está de más y que el derecho público se encuentra inserto en el derecho privado pues —como se comprueba con la revisión de muchas de las normas de nuestro régimen jurídico— existen numerosas disposiciones de derecho privado que contienen normas de orden público y a pesar de no tener nada que ver con el derecho público **(7)**. En palabras de Bockstiegel: "Debe prestarse atención a la distinción entre orden público y derecho público. En la mayoría de los sistemas legales el derecho público típicamente será obligatorio, pero de ninguna manera será, por esa razón, automáticamente una parte de, o alcanzará el *status* de orden público" **(8)**.

En la doctrina local, esta distinción también fue planteada por diferentes autores. Linares sostenía que no era exacto que por el solo hecho de ser administrativa toda ley debiera ser considerada de orden público y agregaba que la norma sería de orden público sí y solo si se presentaran ciertas características definitorias del orden público **(9)**. Marienhoff opinaba de manera similar al afirmar que si bien muchas leyes administrativas eran de orden público no todas revestían ese carácter. Decía este autor que aun cuando las leyes administrativas son normas de derecho público, no son siempre de orden público, siendo ambos conceptos —derecho público y orden público— conceptos diferentes **(10)**.

Por ende, no corresponde identificar o confundir el concepto de orden público con el de derecho público, pues —como expresara un autor— el orden público "no pertenece a una materia en particular, sino que atraviesa el campo jurídico *in totum*" **(11)**.

---

(4) BIBILONI, Juan Antonio, "Reforma del Código Civil. Observaciones. Actas de la comisión", Ed. Guillermo Kraft, Buenos Aires, 1937, t. I, p. 129.

(5) DE LA FUENTE, Horacio, "Orden Público", Ed. Astrea, 2003; PIROVANO, Pablo A., "Orden Público en el contrato de arbitraje del Código Civil y Comercial", ED, 01/04/2015.

(6) ORTIZ BUSTOS, Belisario, "Reflexiones acerca del orden público", LA LEY 1981-D-834.

(7) LUQUI, Roberto E., "Reflexiones sobre el concepto de orden público", LLOnline, AR/DOC/283/2016.

(8) BOCKSTIEGEL, Karl Heinz, "Public policy as a limit to arbitration and its enforcement", IBA Journal of Dispute Resolution, volumen especial 2008, The New York Convention, 50 Years. Traducción libre del original en inglés.

(9) LINARES, Juan Francisco, "Derecho administrativo", Ed. Astrea, 1986, p. 60.

(10) MARIENHOFF, Miguel S., "Tratado de derecho administrativo", Ed. Abeledo Perrot, 3ª ed., 1983, t. I, ps. 231, 237-238.

(11) CHAMATROPULOS, Alejandro D., "Orden público y nudges en el Código Civil y Comercial (algunos aportes desde la economía del comportamiento)", RCCyC 2017 (noviembre), 23. Un claro ejemplo de esta afirmación es el hecho de que, como ejemplifica Chamatropulos en la obra citada, la noción de orden público se vincula, bajo el Código Civil y Comercial, con diversas materias y cuestiones como ser: 1. Art. 7º (Eficacia temporal), 2. Art. 144 (Inoponibilidad de la persona jurídica), 3. Art. 151 (Nombre), 4. Art. 279 (Objeto del acto jurídi-

I.1.b. Identificación del orden público con la voluntad del legislador

Otros autores han identificado el orden público con la voluntad del legislador, expresando que sería considerado de orden público aquello que el legislador así lo determine. En otras palabras, sería de orden público toda cuestión que el legislador establezca o declare que es de orden público.

Esta teoría aparece como incompleta puesto que no define o explica cuáles son los criterios o fundamentos que llevarían al legislador a calificar de esta manera a ciertas normas o asuntos **(12)**. Además, como explica Ortiz Bustos: "las declaraciones legislativas son superabundantes o inoficiosas. En una norma jurídica el interés de la comunidad organizada se presenta o no, y eso la caracteriza a pesar de la declaración en contrario o aunque tal declaración no exista" **(13)**. El mismo autor también sostiene que el orden público está más allá de lo exclusivamente normativo y a pesar de que pueda atribuirse a una norma naturaleza de orden público de ello no se infiere que dicha norma sea parte del orden público mismo pues el orden público trasciende no solo lo jurídico, sino también lo normativo **(14)**. Es que la imperatividad que se deriva de la calificación efectuada por el legislador debe sustentarse o fundarse en una causa que justifique su caracterización como orden público **(15)**.

Sobre el punto, expresa Grigera Naón que en Argentina no es suficiente que el legislador dogmáticamente caracterice una norma como de orden público si no existe un interés social subyacente que pueda ser considerado de orden público **(16)**. El autor también explica que los jueces son libres para evaluar la naturaleza de la norma en cuestión siendo posible que una norma calificada por el legislador como de orden público no sea así considerada por los jueces y viceversa **(17)**. Además, la caracterización de normas de orden público sin otra fundamentación que la decisión política para establecerlas despierta resistencia, particularmente si está asociada a gobiernos que no respetan el pluralismo o a las declaraciones de emergencias económicas o sociales o al intervencionismo estatal más allá de los límites impuestos por la constitución **(18)**. Es que si fuese suficiente una declaración legislativa para que una norma sea de orden público por la sola voluntad del Poder Le-

co), 5. Art. 386 (Criterios de distinción de la nulidad), 6. Art. 515 (Límites en los pactos de convivencia), 7. Art 958 (Libertad de contratación), 8. Art. 960 (Facultades de los jueces frente a los contratos), 9. Art. 1004 (Objeto de los contratos), 10. Art. 1014 (Causa ilícita en los contratos), 11. Art. 1644 (Prohibiciones en el contrato de transacción), 12. Art. 1649 (Definición del contrato de arbitraje), 13. Art. 2477 (Requisitos del testamento ológrafo), 14. Art. 2600 (Orden público en el Derecho Internacional Privado), 15. Art. 2612 (Asistencia procesal internacional), 16. Art. 2634 (Reconocimiento de emplazamiento filial constituido en el extranjero), 17. Art. 2637 (Reconocimiento de la adopción internacional); y 18. Art. 2651 (Autonomía de voluntad y reglas en los contratos que involucran el Derecho Internacional Privado).

(12) DE LA FUENTE, Horacio, "Orden Público", Ed. Astrea, 2003.

(13) ORTIZ BUSTOS, Belisario, "Reflexiones acerca del orden público", LA LEY 1981-D-834.

(14) Ver también, GONZÁLEZ DE COSSIO, Francisco, "Hacia una definición mexicana de 'orden público'", Revista del Club Español de Arbitraje, 4-2009, p. 45.

(15) LUQUI, Roberto E., "Reflexiones sobre el concepto de orden público", LLOnline, AR/DOC/283/2016.

(16) GRIGERA NAÓN, Horacio, "Public Policy and International Commercial Arbitration: the Argentine Perspective", Journal of International Arbitration, vol. 3, Kluwer Law International 1986, 2ª ed., ps. 7-28. Sin perjuicio de ello, el autor considera que la facultad de los jueces debe analizarse restrictivamente y que la interferencia de estos con el rol del legislador podría ser inconstitucional a menos que el legislador hubiera ejercitado sus poderes en violación de garantías constitucionales. En una línea similar se enrola Pirovano para quien el orden público no es una noción que puede configurarse "a partir de la declaración formal contenida en una ley" y el concepto de orden público depende de "las condiciones esenciales para el desarrollo armónico de la comunidad, es decir, las reglas mínimas de convivencia social... elementos objetivos que traduzcan preocupaciones fundamentales de la sociedad, siempre buscando no obstaculizar la eficacia de los derechos de terceros". Por estas razones, considera que la noción de orden público solo debe intervenir, en ordenamientos jurídicos basados en principios democráticos, con carácter aislado y excepcional (PIROVANO, Pablo A., "El orden público como excepción a la ejecución de sentencias extranjeras. a propósito del fallo 'Claren Corporation'", ED del 28 de mayo de 2014).

(17) LUQUI, Roberto E., "Reflexiones sobre el concepto de orden público", LLOnline, AR/DOC/283/2016.

(18) GELLI, María Angélica, "Orden público en el derecho constitucional", LA LEY 2015-F-800.

gislativo, el derecho positivo correría riesgo de desaparecer y así también una parte de la libertad **(19)**.

I.1.c. Identificación del orden público con las normas imperativas

Existe otro grupo de autores que identifica el orden público con el concepto de norma imperativa, es decir, aquella de la cual las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, no pueden disponer. Como ejemplo de quienes sostienen esta posición, Dalla Vía expresaba que el orden público comprende: "al conjunto de normas positivas absolutamente obligatorias, donde no cabe transigencia ni tolerancia, por afectar a los principios generales de una sociedad o a las garantías precisas y de su existencia, como por ejemplo las normas penales y la disposición que prohíbe la esclavitud" **(20)**. El orden público se confunde, entonces, con las normas imperativas, también llamadas "de orden público".

Sin embargo, el hecho de que una norma sea imperativa no determina, sin más, su identificación con el concepto de orden público. En efecto, las normas imperativas internas (es decir, aquellas normas que no pueden ser dejadas de lado por voluntad de las partes) en ninguna circunstancia deben ser automáticamente equiparadas con el orden público, pues de lo contrario el estado de derecho no sería otra cosa que lo que la ley dice que es **(21)**. En una línea similar, Llambías distinguía entre la imperatividad —la que solo se predica de leyes que no pueden ser dejadas sin efecto por acuerdo de partes— y el orden público que se refiere —para el autor— a los motivos o fundamentos por los cuales se establece o declara la imperatividad de esa ley **(22)**.

I.1.d. Identificación del orden público con los principios esenciales de la comunidad organizada

Para los seguidores de la doctrina de la organización social el orden público se identifica con los principios esenciales de la sociedad organizada. Así, por ejemplo, Baudry Lacantinerie expresaba que el orden público es el "conjunto de ideas sociales, políticas, morales, económicas, religiosas a veces, a cuya observancia cree una sociedad ligada su existencia" **(23)**. En la misma línea Capitant explicaba que el orden público está conformado por los principios "que tienen por objeto el mantenimiento de la ordenación u organización social" **(24)**.

Esta postura ha sido adoptada por la doctrina argentina mayoritaria, entre cuyos exponentes puede citarse a Salvat **(25)**, Llambías **(26)**, Orgaz **(27)**, y Ortiz Bustos **(28)**, entre otros. Llam-

(19) LUQUI, Roberto E., "Reflexiones sobre el concepto de orden público", LLOnline, AR/DOC/283/2016.

(20) DALLA VÍA, Alberto R., "Relevancia del orden público en la afirmación de la autonomía personal", 1998, JA 1998-III-1093.

(21) PAULSSON, Jan, "Unlawful laws and the authority of international tribunals", Lalive Lecture, Ginebra, 27 de mayo de 2009, FILJ, 2, vol. 23, otoño 2008, CIADI. Si bien Paulsson se refiere al concepto de orden público internacional y no al orden público interno, sus conclusiones respecto de las diferencias entre el orden público internacional y las normas imperativas son plenamente aplicables a la diferencia entre las normas imperativas y el orden público interno.

(22) LLAMBÍAS, Jorge J., "Tratado de Derecho Civil, Parte General", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1973, 5ª ed., t. I, ps. 162-3. Ver también, LUQUI, Roberto E., "Reflexiones sobre el concepto de orden público", LLOnline, AR/DOC/283/2016. El autor coincide con la postura de Gelli y Llambías en el sentido de que "[E]ntre el orden público y el derecho obligatorio o imperativo no existe una correspondencia recíproca que permita aplicar el principio de identidad...".

(23) Citado en DE LA FUENTE, Horacio, "Orden Público", Ed. Astrea, 2003.

(24) Ídem.

(25) Para Salvat, orden público significa el "conjunto de principios de orden superior, políticos, económicos, morales y algunas veces religiosos, a los cuales una sociedad considera estrechamente vinculada la existencia y conservación de la organización establecida" (SALVAT, Raymundo M., "Tratado de Derecho Civil, Parte General", t. I, p. 148).

(26) LLAMBÍAS, Jorge J., "Tratado de Derecho Civil, Parte General", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1973, 5ª ed., t. I, p. 158.

(27) ORGAZ, Alfredo, "Los límites de la autonomía de la voluntad", LA LEY 64-224.

(28) Para este autor, el orden público es una noción política que se identifica con el interés fundamental de la comunidad organizada. El concepto de "público" a estos fines no equivale a "estatal" sino que se vincula con el Estado como comunidad organizada y no con la persona de

bías, por ejemplo, definía al orden público como el "conjunto de principios eminentes, religiosos, morales, políticos y económicos, a los cuales se vincula con la digna subsistencia de la organización social establecida" **(29)**. En una línea similar se enrola Ortiz Bustos quien aclara que "el orden público se vincula íntimamente a la sociedad y se desvincula consecuentemente del Estado... El orden público es el 'alma mater' de la sociedad" **(30)**.

Consideraciones similares efectuó Vidal Taquini **(31)**, para quien el orden público está conformado por "principios que la sociedad considera viables para una convivencia entre hombres y mujeres que les permita un progreso económico-social por lo colectivo, y otros que hacen a la individualidad de las personas relativos a la libertad, la dignidad y a la seguridad de ellas partiendo de la normativa constitucional". Para este autor, el orden público es una noción superior que surge de la concesión de órdenes superiores éticos, sociales, filosóficos, políticos, económicos o religiosos predominantes en un momento y lugar determinados que se consideran indispensables para asegurar la conservación de la sociedad **(32)**.

En suma, para estos autores lo importante a los fines de definir el significado y alcance del orden público son los principios fundamentales, básicos o esenciales que subyacen a la organización social o a un régimen jurídico determinado **(33)**.

I.1.e. Identificación del orden público con el interés público o general

Para los seguidores de la teoría del interés general, el concepto de orden público se identifica con el interés general, social o colectivo. Por ejemplo, según Planiol el orden público es una "consideración de interés general que se encontraría comprometida si los particulares fueran libres de impedir su aplicación" **(34)**. En Argentina, Borda explicaba que una cuestión será de orden público cuando responda a un interés general, colectivo, por oposición a las cuestiones de orden privado en las cuales solo juega el interés particular **(35)**. Si bien con algunas salvedades **(36)**, De la Fuente se inclinó también por esta postura al entender que la doctrina del inte-

derecho público Estado. ORTIZ BUSTOS, Belisario, "Reflexiones acerca del orden público", LA LEY 1981-D-834.

(29) LLAMBÍAS, Jorge J., "Tratado de Derecho Civil, Parte General", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1973, 5ª ed., t. I.

(30) ORTIZ BUSTOS, Belisario, "Reflexiones acerca del orden público", LA LEY 1981-D-834.

(31) VIDAL TAQUINI, Carlos H., "El orden público y las relaciones personales", LA LEY del 11/03/2013.

(32) También puede citarse a Pirovano, para quien el orden público es un "concepto jurídico indeterminado... cuyo contenido solo puede ser delineado por las circunstancias de modo, tiempo y lugar que prevalezcan en el momento en que se realice su valoración" sobre la base de "las condiciones esenciales para el desarrollo armónico de la comunidad, es decir, las reglas mínimas de convivencia social... elementos objetivos que traduzcan las preocupaciones fundamentales de la sociedad" (PIROVANO, Pablo A., "Orden Público en el contrato de arbitraje del Código Civil y Comercial", ED, 01/04/2015). O, como expresa, Yacobucci, el orden público remite a una cierta identidad que caracteriza la vida de un pueblo, sus bienes, valores y fines, integra el orden y modo de ser de una comunidad determina, configurando así cierta identidad y dando basamento a su convivencia. En esta concepción, entonces, el orden público "expresa aquello que se presenta como identidad normativa de una sociedad, a partir de la cual se caracteriza y define. Por eso se concreta con un alto grado de indisponibilidad, se vale de instituciones y atiende a lo que se considera esencial para mantener la convivencia" (YACOBUCCI, Guillermo J., "Derecho penal y orden público", LA LEY, 09/11/2015).

(33) También se ha dicho que la noción de orden público está vinculada a un conjunto de principios jurídicos que constituyen la base de la organización social y que aseguran la realización de valores que el medio social reputa como fundamentales (cfr. TOBÍAS, Jorge W., comentario al art. 12, "Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético", director general Alterini, Jorge H., coordinador Alterini, Jorge E., t. I dirigido por Tobías, Jorge W., p. 93, nro. 4) para el pueblo, la Nación y la sociedad entera.

(34) Citado en DE LA FUENTE, Horacio, "Orden Público", Ed. Astrea, 2003.

(35) BORDA, Guillermo A., "Concepto de ley de orden público", LA LEY 58-999.

(36) El autor hace una crítica general de las posturas tradicionales sobre este tema, y afirma que las mismas omiten distinguir entre el bien jurídico tutelado y los mecanismos jurídicos de tutela. Para De la Fuente, las posturas tradicionales se limitan al análisis de lo que él denomina, el "orden público objeto" que, en su opinión constituiría el bien tutelado por el orden público entendido como institución o mecanismo jurídico de tutela. Para este autor el orden público tendría, entonces, un rol instrumental que no debe confundirse, sostiene, con el

rés general es la postura acertada atento a que el concepto de interés general es mucho más amplio que el de los principios esenciales de la organización social y que es la postura adoptada por nuestro derecho en tanto el antiguo art. 872 del Cód. Civil establecía la irrenunciabilidad de los derechos concedidos en miras del orden público como concepto opuesto al interés particular **(37)**.

I.1.f. El orden público como presupuesto esencial del ordenamiento jurídico

Finalmente, cabe referir también a la proposición de Luqui, quien luego de descartar la viabilidad de muchas de las teorías anteriores, considera que el orden público es un "presupuesto estructural del ordenamiento jurídico", un presupuesto necesario para que el derecho pueda funcionar como tal y alcanzar su finalidad. Según este autor, para la calificación de orden público no sería esencial la naturaleza de los intereses protegidos, ni su incidencia en la organización política del Estado o su relevancia en las instituciones básicas. Lo relevante es que se trataría de reglas que, de no ser respetadas, el derecho no podría ser lo que debe ser ni sería posible cumplir los propósitos para los que fue creado. En palabras del autor citado, orden público equivaldría a "las reglas del juego de un sistema jurídico determinado" que aseguran la realización de ese sistema u ordenamiento **(38)**.

De la descripción anterior y la multiplicidad de teorías y posturas que se han ofrecido es posible extraer la dificultad de establecer el contenido y sustancia del orden público, un concepto que a pesar de las significativas consecuencias jurídicas que tiene es fluido, vago e indeterminado.

I.2. El orden público internacional

En materia de reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos extranjeros tradicionalmente la doctrina ha distinguido dos especies de orden público: el orden público interno o nacional y el orden público internacional **(39)**. En función de esta distinción, justificada en los distintos objetivos que persiguen las relaciones domésticas e internacionales, lo que es considerado como parte del orden público interno no necesariamente forma parte del concepto de orden público internacional, siendo el concepto de orden público internacional mucho más acotado que el interno **(40)**.

El orden público interno o nacional ha sido definido como el conjunto de normas o principios preponderantemente aplicables a las relaciones jurídicas domésticas que no pueden reemplazarse o dejarse de lado por voluntad de las partes **(41)**. Esta categoría representa, entonces, los "estándares o reglas locales que no pueden ser alterados o derogados por las partes y aparecen como el límite externo a la libertad de las partes para contratar" **(42)**. En este contexto, esta definición de "orden público interno o nacional" se identificaría —de alguna manera— con el concepto de normas imperativas comentadas anteriormente. Se aclara "en este contexto" atento a que, como se explicó precedentemente, para una gran parte de la doctrina el concepto de "orden público" no es equivalente al de normas imperativas sino que se confunde con los principios básicos que subyacen a nuestra organización jurídica, económica y social.

---

orden público objeto. DE LA FUENTE, Horacio, "Orden Público", Ed. Astrea, 2003.

(37) Art. 872 del Cód. Civil. En la actualidad, la cuestión se encuentra regulada por el art. 944 del Cód. Civ. y Com. que establece la posibilidad de "renunciar a los derechos conferidos por la ley cuando la renuncia no está prohibida y solo afecta intereses privados" y que no se admite la renuncia anticipada de las defensas que puedan hacerse valer en juicio.

(38) LUQUI, Roberto E., "Reflexiones sobre el concepto de orden público", LLOnline, AR/DOC/283/2016.

(39) Existen otras clasificaciones del orden público (económico, social, político, de protección, de dirección, etc.) pero su análisis escapa al objeto de este trabajo, razón por la cual se omitirá el desarrollo de tales categorizaciones.

(40) VAN DEN BERG, Albert J., "The New York Arbitration Convention of 1958. Towards a Uniform Judicial Interpretation", 1981, p. 360.

(41) CAIVANO, Roque, "El control judicial del arbitraje", Ed. Abeledo Perrot, p. 385.

(42) BUCHANAN, Mark A., "Public policy and international commercial arbitration", 26 Am. Bus. L.J., 511 (1988). [traducción libre].

Por su parte, el orden público internacional ha sido definido como el conjunto, no de normas, sino de principios esenciales sobre los cuales se asienta el ordenamiento jurídico del país de reconocimiento y ejecución (o país "del foro"), los principios de moralidad y justicia que inspiran ese ordenamiento en particular **(43)**. En esta línea, el orden público internacional sería aquel que afecta los principios fundamentales que regulan la administración de justicia en el país del foro y es esencial para el orden moral, político o económico de dicho país **(44)**. O como también se ha dicho, se trata de una concepción universal, según la cual resultaría incompatible con el orden público un laudo que se interprete como contrario a los principios jurídicos y morales fundamentales o esenciales reconocidos por el conjunto de Estados civilizados **(45)**.

En general, la doctrina especializada ha interpretado que cuando, por ejemplo, el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación o la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras (ratificada por la Argentina y aprobada por ley 23.619, la "Convención de Nueva York"), mencionan el "orden público" como obstáculo para el reconocimiento y ejecución de una sentencia o laudo arbitral, se refieren al concepto de "orden público internacional", es decir, al conjunto de principios fundamentales de una comunidad organizada, los principios de "moralidad o justicia" o, en palabras de Feuillade, los "principios subyacentes a nuestras disposiciones, que estimamos inalienables" **(46)**.

Rivera comparte este criterio y explica que internacionalmente se reconoce que, en el ámbito de la Convención de Nueva York, el concepto de orden público relevante a los fines del reconocimiento de un laudo extranjero es el de orden público internacional no pudiendo identificarse el concepto ni con las leyes imperativas ni con el orden público interno **(47)**. Criterios similares plantea Estoup para quien "no cualquier violación del orden público interno del país receptor significa la pérdida de eficacia en la ejecución del laudo arbitral. El rechazo de la misma será justificado cuando el laudo se opone a principios que son considerados en el país receptor como reflejo de sus convicciones fundamentales o si no cuando estos tengan reconocimiento internacional o universal" **(48)**.

(43) CAIVANO, Roque, "El control judicial del arbitraje", Ed. Abeledo Perrot, p. 385.

(44) OTTO, Dirk — ELWAN, Omaia, comentario al art. V [2], en Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention, Wolters Kluwer, 2010, p. 366.

(45) GEDWILLO, Irina N., "El rol del orden público en el arbitraje", LA LEY, 26/04/2018, p. 6.

(46) FEUILLADE, Milton C., "La sentencia extranjera", Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, p. 174. Grigera Naón también comparte este criterio. Ver, por ejemplo, GRIGERA NAÓN, Horacio A., "Ratificación por la Argentina de la Convención de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales y extranjeros", LA LEY 1981-C-881. Al analizar las disposiciones de la Convención de Nueva York, en particular aquellas vinculadas con la validez de los laudos arbitrales dictados en el exterior, remarca en cada caso que la violación al orden público que dispara la aplicación de la excepción prevista en el art. V [2] de la Convención es la violación al orden público internacional argentino ("... la amplitud de facultades concedidas por el mismo art. II [3] de la Convención permite al juez, cualquiera sea el derecho aplicable al acuerdo arbitral conforme a la norma de conflicto prevista en el art. V i (a) de la Convención o en virtud de cualquier norma de derecho internacional privado supletoria que se estime aplicable, a tenerlo por nulo o inválido si viola el orden público internacional argentino o alguna norma sustantiva argentina aplicable a casos internacionales que prohíba el arbitraje extranjero y, en consecuencia, torne inválido al acuerdo arbitral que lo autorice... Así, los acuerdos arbitrales en violación del orden público internacional argentino ciertamente no serán considerados válidos o ejecutables por los tribunales argentinos... En otro orden de ideas, el art. V de la Convención ciertamente facilita el reconocimiento o la ejecución de laudos arbitrales extranjeros desde que la parte que se opone a cualquiera de tales efectos extraterritoriales deberá alegar y probar —para impedir tal reconocimiento o ejecución— que alguno de los obstáculos previstos en dicho art. V se encuentra presente. El tribunal del país de reconocimiento o ejecución solo puede aplicar de oficio alguna de las causales de rechazo previstas en el art. V [2] de la Convención, es decir, la incompatibilidad del laudo extranjero con el orden público internacional argentino o la circunstancia de que aquel decide una cuestión no arbitrable conforme al derecho argentino".

(47) RIVERA, Julio C., "El orden público en el arbitraje", disponible en http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revlad/cont/9/cnt/cnt9.pdf. Del mismo autor, ver también "Orden Público en el arbitraje comercial", LA LEY, 30/11/2015; y "Arbitraje comercial internacional y doméstico", Ed. Abeledo Perrot, 2014, ps. 968-9 y citas allí referidas.

(48) ESTOUP, Luis A., "La universalización del orden público interno en el arbitraje internacional. ¿Una defensa legítima?", LA LEY, 11/11/2004.

Adoptando un criterio más amplio, también se ha expresado que el orden público internacional argentino se conforma de los principios generales de moralidad y justicia en los que se basa la sociedad argentina o que son generalmente aceptados por esta, los principios esenciales que subyacen al sistema jurídico argentino, los principios esenciales de orden público social y económico que protegen (i) al individuo en cuanto participa de actividades económicas o laborales y (ii) la estructura económica y social del país, y los principios de derecho internacional público y *jus cogens* en la medida en que estos hayan sido o deban haber sido incorporados al derecho local **(49)**. También se ha dicho que el orden público no se identifica con cualidad de normas sino de principios y que para que un principio pueda ser considerado de orden público internacional debe tratarse de un principio básico, fundamental de nuestro ordenamiento normativo y por ende, el orden público internacional no puede equipararse con el derecho público o con las normas imperativas del país del juez de la ejecución **(50)**.

Esta visión del concepto de orden público es la que, en general, se aplica internacionalmente.

Así, explica la Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional que, a pesar de que el art. V [2] (b) de la Convención de Nueva York no lo establece expresamente, a los fines del reconocimiento de sentencias arbitrales extranjeras la visión predominante es que la mención del orden público en dicha disposición se refiere al orden público internacional del Estado de reconocimiento y que, en general, los tribunales de los distintos países signatarios suelen interpretar esta objeción de manera muy restrictiva **(51)**.

Ello debiera ser así ya que, como explica Grigera Naón **(52)** de conformidad con los principios de predictibilidad y "repose" respecto de situaciones ya resueltas a través de decisiones firmes, los jueces locales debieran considerar los principios del orden público argentino de manera prudente con el objeto de no afectar innecesariamente las expectativas de las partes de un procedimiento arbitral y la fluidez de las relaciones comerciales y económicas internacionales, a menos que existan intereses y políticas nacionales superiores subyacentes a las normas del derecho argentino que claramente deban prevalecer sobre la estabilidad de las decisiones en procesos internacionales.

Una concepción todavía más amplia es la adoptada por Paulsson, para quien la negativa a reconocer y/o ejecutar un laudo arbitral extranjero fundado en la supuesta contradicción con el orden público del país del foro solo se justifica si "la ejecución violara las nociones más básicas de moralidad y justicia del Estado del foro" **(53)**. Por su parte, Van den Berg sostiene que considerando la historia legislativa del art. V [2](b) de la Convención de Nueva York, la Convención ha

(49) GRIGERA NAÓN, Horacio, "Public Policy and Internacional Commercial Arbitration: the Argentine Perspective", ob. cit.

(50) GOLDSCHMIDT, Werner, "El orden público internacional en el derecho internacional privado", ED 109-889.

(51) UNCTAD, "Dispute Settlement. Internacional Commercial Arbitration. 5.7. Recognition and Enforcement of Arbitral Awards: The New York Convention", 2003, p. 38.

(52) GRIGERA NAÓN, Horacio, "Public Policy and International Commercial Arbitration: An Argentine View", en Peter Sanders (ed.), Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration, ICCA Congress Series, Kluwer Law International, 1986, t. NY 3, ps. 329-336.

(53) PAULSSON, Jan, "La ejecución de laudos arbitrales", en El Arbitraje Comercial Internacional. Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50° Aniversario, Tawil, Guido y Zuleta, Enrique (dirs.), Ed. Abeledo Perrot. En la misma línea se enrolan Mistelis y di Pietro, quienes expresan que la objeción de orden público debe ser interpretada restrictivamente y, por ende, sería válida solo cuando la sentencia o laudo extranjero violara el orden público internacional es decir, con cita a Parsons, las nociones más básicas de moralidad y justicia del Estado en el cual se promueve el reconocimiento (MISTELIS, Loukas A. — DI PIETRO, Domenico, "New York Convention, Article V [Grounds to refuse enforcement of foreign arbitral awards]", en MISTELIS, Loukas A. [ed.], Concise International Arbitration, Kluwer Law International, 2010). Ver, también, VAN DEN BERG, "The New York Arbitration Convention of 1958. Towards a Uniform Judicial Interpretation", 1981, p. 361 (quien explica que el concepto de orden público aplicable a esta cuestión está dado por las reglas fundamentales del derecho natural, los principios de la justicia universal, el jus cogens del derecho internacional y los principios generales de moralidad aceptados por las naciones civilizadas).

querido referirse al orden público internacional y no al orden público interno **(54)**.

Esta concepción es la que subyace a la legislación vigente en nuestro país. En efecto, en primer lugar, al regular la aplicación de las leyes extranjeras en el país, el art. 2600 del Cód. Civ. y Com. hace referencia, no a las normas imperativas o normas indisponibles para las partes, sino a "los principios fundamentales de orden público que inspiran el ordenamiento jurídico argentino" **(55)**.

En segundo lugar, la identificación del orden público internacional argentino con los principios básicos del ordenamiento jurídico argentino y no con las normas imperativas o "de orden público" queda corroborada también con la redacción actual del art. 517 del Cód. Proc. Civ. y Com. y su contraste con la redacción anterior. Como veremos más adelante, a los fines del reconocimiento de una sentencia extranjera el art. 517 en su redacción actual requiere que la sentencia o laudo "no afecte los principios del orden público argentino". Este texto se diferencia notablemente de la redacción anterior que preveía, como requisito para el reconocimiento de la sentencia extranjera, que esta "no contenga disposiciones contrarias al orden público interno".

La diferencia entre las distintas concepciones que subyacen a una y otra norma es notable. Mientras que el texto anterior del art. 517 hacía referencia expresamente a "disposiciones" y al "orden público interno", la redacción actual no solo elimina la referencia al orden público interno y la reemplaza por la de "orden público del derecho argentino" sino que, además, introduce la noción de "principios". De ello se deriva que la intención del legislador, en línea con la concepción imperante a nivel internacional, ha sido utilizar —en materia de reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras— el concepto de orden público internacional, es decir, los principios esenciales que subyacen al régimen jurídico argentino y no el concepto de normas imperativas o leyes de orden público.

Más recientemente, al regular las causales para rechazar el reconocimiento y ejecución de un lado, el art. 104 de la ley 27.449 sobre Arbitraje Comercial Internacional incluye aquellos casos en los que el reconocimiento o la ejecución del laudo "serían contrarios al orden público internacional argentino".

Esta conclusión se ve confirmada por la jurisprudencia local predominante ya que, la mayoría de las decisiones judiciales en las cuales se ha debatido el reconocimiento y/o ejecución de sentencias y laudos extranjeros han efectuado, como criterio de admisibilidad de las acciones de exequátur intentadas, una evaluación de las decisiones judiciales o arbitrales foráneas a la luz del orden público internacional argentino. Así, por ejemplo, en el fuero civil se ha expresado que es lógico interpretar que el legislador quiso referirse al orden público internacional pues, de lo contrario, "las sentencias extranjeras serían conocidas en muy contadas ocasiones" debiendo interpretar el criterio del art. 14,

(54) VAN DEN BERG, Albert Jan, "The New York Arbitration Convention of 1958. Towards a Uniform Judicial Interpretation", 1981, p. 361.

(55) Sobre este artículo, y en línea con lo expresado precedentemente, Fernández Arroyo puntualiza la necesidad de no confundir los conceptos de orden público interno y orden público internacional expresa que "debe tenerse en cuenta que para las relaciones jurídicas meramente internas el orden público está conformado por todas las normas que las partes no pueden derogar (normas coactivas o imperativas de derecho interno). En ese ámbito, los particulares pueden contradecir solamente las normas supletorias o dispositivas. En las relaciones internacionales, las normas coactivas se convierten en dispositivas. Piénsese que cuando la norma de conflicto manda a aplicar un derecho extranjero, está dejando de lado al derecho argentino "por completo", es decir, con sus normas coactivas y dispositivas, colocando en su lugar otro derecho con sus propias normas coactivas y dispositivas. De entrada, entonces, vemos que las normas coactivas son sustituibles, lo que no puede ocurrir en el ámbito interno. A su vez, en la materia contractual el ordenamiento permite a las partes designar de común acuerdo el derecho que desean se les aplique; es decir, que la sustitución completa del derecho propio se deja en manos de los particulares. Y si los particulares pueden dejar sin efecto un derecho "entero", con más razón pueden reemplazar normas puntuales del derecho aplicable (quien puede lo más, puede lo menos). Estamos, en tal caso, en el ámbito de la autonomía de la voluntad conflictual y material (Boggiano)" (FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. "Comentario al Título IV del Libro VI - Disposiciones de derecho internacional privado", en RIVERA, Julio C. — MEDINA, Graciela (dirs.), Código Civil y Comercial de la Nación, Comentado).

inc. 2º, del anterior Cód. Civil como "un conjunto de principios" **(56)**.

También se ha dicho que a los fines del procedimiento de reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras, son tres los aspectos que deben ser analizados: la autenticidad de la sentencia, la legalidad del proceso y la circunstancia de que la sentencia no contraríe el orden público internacional argentino **(57)**. Se ha resuelto, además, que en este tipo de casos no corresponde aplicar el derecho local sino verificar si la sentencia extranjera viola el orden público internacional entendido, no como un conjunto de disposiciones, sino como un conjunto de principios subyacentes. En otras palabras, lo que debe verificarse no es si en el país se hubiera aplicado la misma solución jurídica, sino que la sentencia no conculque o vulnere o desconozca los principios esenciales que subyacen a nuestro ordenamiento legal **(58)**.

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial se expidió de manera similar al sostener, por ejemplo, que a los fines del art. 517, inc. 9º, del Cód. Proc. Civ. y Com. el orden público debía conceptualizarse como el "conjunto de principios establecidos en defensa de la política legislativa local, que se encuentran en estado subyacente y surgen como freno al derecho extranjero que pueda distorsionarlos" quedando autorizado el juez, en el marco de una acción de exequátur, a verificar si la sentencia extranjera conculca los "principios generales que surgen del ordenamiento local", el "espíritu de la legislación" de nuestro país, "los principios del derecho argentino" **(59)**.

El mismo Tribunal en un fallo mucho más reciente ha expresado que de conformidad con la doctrina tradicional, el orden público es definido como el "conjunto de principios fundamentales en que se cimenta la organización social" y con cita a Salvat hizo referencia al conjunto de principios de orden superior a los cuales la sociedad considera estrechamente vinculada su existencia y conservación, como ser la separación de poderes, la libertad individual o la propiedad **(60)**. El concepto de orden público aplicado en este fallo, para analizar la posibilidad de someter a arbitraje una disputa, fue el de aquellos "principios que regulan la vida en sociedad y cuyas definiciones derraman sobre una comunidad para determinar las normas básicas con las que se desenvolverán en su vida diaria".

La Corte Suprema también hizo referencia al "orden público internacional" al analizar la eficacia extraterritorial en el país de sentencias dictadas en el exterior. Por ejemplo, en el con-

(56) CNCiv., sala C, "Botindari, Osvaldo H. y otros", 21 de octubre de 1980, ED 92-208.

(57) CNCiv., sala G, "Meier Astrid, Adelaida E. y otro", 21 de marzo de 1989, LA LEY 1989-E-475. En la misma línea, ver también, por ejemplo, CNCiv., sala M, "G., P. C. c. H., S. M.", 3 de febrero de 2011, SJA 08/06/2011 ("La declaración judicial en materia de exequátur versará básicamente sobre tres puntos: autenticidad, legalidad y orden público internacional [...] el tercer aspecto versa sobre la comprobación de que la sentencia extranjera no afecta normas de orden público internacional del país [...]"); CNCiv., sala E, "Cameron, Claudia E.", 3 de julio de 2001, LA LEY 2002-A-498; CNCiv., sala E, "F. S.", 10 de marzo de 1982, LA LEY 1982-C-20 (en el marco de una acción para el reconocimiento de una sentencia extranjera dictada en el exterior, se consideró que no era fundamental para nuestro orden público internacional que el divorcio sea decretado sobre la base de un hecho imputable a alguno de los esposos); CNCiv., sala B, "U., N. M.", 04/08/1989, LA LEY 1990-A-398 (también en el caso del reconocimiento de una sentencia de divorcio dictada en el exterior se analizó si el derecho americano aplicable a la disolución del vínculo se oponía, o no, al "orden público internacional argentino").

(58) CNCiv., sala C, "B. G., V. y otro", 14 de diciembre de 1982, LA LEY 1983-C-122.

(59) CNCom., sala E, "Ogden Entertainment Services Inc. c. Eijo, Néstor y otro", 20 de septiembre de 2004, del dictamen del Fiscal General Subrogante de Cámara al que remitió la Cámara. En el caso se rechazó la acción de exequátur por entender que la condena en costas dispuesta por el laudo arbitral que se intentaba ejecutar era desmesurada en proporción al éxito de la acción y lesionaba el derecho fundamental de acceso a la jurisdicción. Ver también, CNCom., sala D, "Stubrin, Max M. y otros c. Inversiones Morice SA", 22 de noviembre de 2004, SJA 02/02/2005, JA 2005-I-40 ("Cabe destacar, igualmente, que la evaluación en cuanto a si el derecho aplicable —elegido por las partes en virtud de su autonomía de la voluntad contractual— contraría algún orden debe efectuarse considerando el orden público internacional del país donde se pretenda ejecutar el laudo; no correspondiendo invocar la violación a un orden público interno de otro país, pretendiendo que este declare nulo el laudo arbitral").

(60) CNCom., sala D, "Francisco Ctibor SACIyF c. Wal-Mart Argentina SRL s/ ordinario", 20 de diciembre de 2016.

texto de un caso que involucraba un matrimonio dictado en el extranjero sostuvo el Máximo Tribunal: "En virtud del criterio de actualidad del orden público internacional, el orden jurídico argentino carece de interés actual en reaccionar frente a un matrimonio celebrado en el extranjero en tales condiciones" **(61)**.

Por su parte, en el caso "Riopar" el Tribunal observó también que la garantía del debido proceso consagrada en el art. 18 de la CN "integra el orden público internacional argentino" y que a esta debe ajustarse todo procedimiento jurisdiccional que se lleve a cabo localmente así como también todo procedimiento que concluya en la sentencia o resolución dictada por autoridad judicial extranjera con efectos extraterritoriales en la República Argentina **(62)**. Por estas razones concluyó el tribunal: "...la orden judicial de extinguir, sin debate, la hipoteca naval regularmente constituida y registrada en el Estado de la bandera que el buque y las barcazas tenían al tiempo de los hechos, coloca en indefensión a la parte beneficiada por la garantía real y afecta principios constitucionales que integran el orden público internacional argentino (arts. 17 y 18 de la CN), lo cual obsta al cumplimiento de la rogatoria".

Similares consideraciones fueron efectuadas por la Corte Suprema más recientemente en el caso "Aguinda Salazar c. Chevron Corporation" del 2013 **(63)**, en el cual, al rechazar la ejecución de una medida cautelar dictada por un tribunal extranjero, expresó: "[Q]ue esta Corte ha resuelto en diversas ocasiones que el principio del debido proceso adjetivo (art. 18 de la CN) integra el orden público internacional argentino, no solo en procedimientos de carácter penal (Fallos: 328:3193), sino también en aquellos que versan sobre derechos de contenido patrimonial (Fallos: 319:2411)... Por consiguiente, resulta aplicable al sub lite el criterio seguido en el ya citado precedente de Fallos: 319:2411, para concluir que la decisión tomada por la justicia del Ecuador de imponer medidas cautelares sobre los bienes de las sociedades demandadas, en razón de haberse decretado, sin audiencia previa, la inoponibilidad de su personalidad jurídica, las ha privado de este derecho, con afectación de principios que integran el orden público internacional argentino (arts. 17 y 18 de la CN), circunstancia que obsta al cumplimiento de la carta rogatoria".

Si bien, como vimos, el Máximo Tribunal se ha referido a la necesidad de verificar que la sentencia, laudo o procedimiento no sea contrario al orden público internacional argentino, en *obiter* en un precedente del año 2005 ("Pan American Energy LLC") efectuó una mención al orden público interno al expresar: "[C]abe recordar que la jurisprudencia ha resuelto unánimemente que la inhibitoria es imposible entre jueces de distintas naciones (SENTÍS MELENDO, Santiago, 'La sentencia extranjera [*exequatur*]', Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1958, ps. 223 y ss.; ver en tal sentido Fallos: 126:264). Por esa razón se ha sostenido que, en su caso, el demandado en extraña jurisdicción impedido de hacer valer la incidencia por vía de inhibitoria debe plantear su defensa por vía de declinatoria o esperar la petición de exequátur de la sentencia extranjera y oponer la falta del requisito de competencia del juez que la dictó (op. y loc. cit. y jurisprudencia citada en nota 46). Esta última es también la oportunidad para ponderar las cuestiones

(61) Ver, por ejemplo, Fallos 333:1759. Los mismos principios fueron aplicados en Fallos 330:1572 y Fallos 319:2779.

(62) Fallos 319:2411. Se trataba de un proceso en el cual se quería hacer valer la cancelación de una hipoteca naval resuelta judicialmente en Paraguay en la cual no se había dado al acreedor hipotecaria una efectiva posibilidad de plantear su oposición o defensa. En este fallo dijo la Corte Suprema: "4. Que la eficacia extraterritorial en la República Argentina de una resolución judicial dictada en la República del Paraguay, está condicionada a la satisfacción de ciertos requisitos contenidos en los tratados que unen a ambos Estados, algunos de los cuales pueden ser verificados de oficio por el juez requerido, entre ellos, la compatibilidad de lo actuado y resuelto con los principios y leyes de orden público del Estado en que se pida el reconocimiento o la ejecución... 5. Que el principio del debido proceso adjetivo está consagrado en el art. 18 de la Constitución nacional, integra el orden público internacional argentino y a él debe conformarse no solo todo procedimiento jurisdiccional que se lleve a cabo en jurisdicción argentina, sino también todo procedimiento que concluya en la sentencia o resolución dictada por autoridad judicial extranjera con efectos extraterritoriales en la República Argentina...".

(63) CS, "Aguinda Salazar, María c. Chevron Corporation s/ medidas precautorias", 4 de junio de 2013, A.253. XLIX.REX.

vinculadas a la eventual vulneración del orden público interno a las que entre otras alude el Estado Nacional a fs. 525/538" **(64)**.

Una referencia similar puede encontrarse en el precedente "Zapata Timberlake" del año 1988. Sin embargo, aun cuando en este caso el Máximo Tribunal utilizó el concepto de "orden público interno", en los hechos parece haber evaluado la sentencia extranjera a la luz de los principios del orden público internacional por cuanto no se dispuso la aplicación de la normativa local ni se refirió a su imperatividad sino que estableció como marco de referencia y análisis las reglas de nuestra Constitución nacional. En ese sentido, observó: "Lo referente al régimen de las causales de divorcio de nuestra legislación hace al orden público interno, pero no puede condicionarse el reconocimiento de las sentencias extranjeras que han disuelto vínculos matrimoniales, a que haya una absoluta identidad entre las de ambos países, ni la legislación argentina puede erigirse en norma universal sobre el tema, pues basta solo con que la causal admitida no sea contraria de alguna manera a las disposiciones constitucionales vigentes..." **(65)**.

En suma, tanto en la doctrina local e internacional como en nuestra jurisprudencia, existe una tendencia a interpretar que el concepto de orden público relevante a los fines de determinar la validez de un laudo arbitral o sentencia extranjera es el de "orden público internacional" identificado este como el conjunto de principios esenciales que subyacen al ordenamiento jurídico, en este caso, argentino y no el concepto de normas imperativas asociado con el orden público local.

Otro elemento relevante que debe ser considerado en el análisis, es el concepto de relatividad del orden público, relatividad que se expresa o manifiesta en diversos órdenes, tanto temporales como territoriales. Este principio hace que el contenido y alcance del orden público no sea uniforme en los distintos países ni inmutable en el tiempo, sino que varía y se adapta dependiendo de las circunstancias de tiempo y lugar. Como consecuencia de estas características, lo que puede ser contrario al orden público en un país puede no serlo en otro, y lo que pudo haber sido violatorio del orden público en una época, puede dejar de serlo a medida que las circunstancias cambian con el paso del tiempo.

El orden público, entonces, depende primero del juicio o mentalidad de la comunidad legal correspondiente. Lo que puede ser considerado como parte del orden público en un país puede no serlo en otra jurisdicción con un sistema económico, político, religioso, social y, por ende, legal diferente **(66)**. Esto hace imposible determinar en abstracto y de manera general el contenido del orden público, que es un concepto muy relativo que depende de la concepción de cada estado **(67)**.

A su vez, el orden público es también relativo en cuanto al tiempo y, como mencionamos, los valores, principios o estándares de la comunidad legal de que se trate no son invariables, sino que se desarrollan o cambian con el paso del tiempo. Dado que el orden público refleja tales valores y principios, su mutabilidad determina la necesaria mutabilidad del orden público. Sobre este punto, la Corte Suprema tuvo oportunidad de expresar que "el orden público internacional no es un concepto inmutable y definitivo sino esencialmente variable, pues expresa los principios esenciales que sustentan la organización jurídica de una comunidad dada, y su contenido depende en gran medida de las

(64) Fallos 328:789.

(65) Fallos 311:2247.

(66) BOCKSTIEGEL, Karl-Heinz, "Public policy and arbitrability", en Pieter Sanders (ed.), Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration, vol. 3, ICCA Congress Series, 1987, Kluwer Law International, ps. 177-204. En un caso de ejecución de un laudo arbitral, será el del foro pues el orden público que debe ser analizado a los fines del reconocimiento y ejecución de un laudo es el del país de ejecución. Sobre el punto se ha destacado, por ejemplo, que el art. V [2](b) de la Convención de Nueva York se refiere al orden público internacional del país de reconocimiento y ejecución y no exige a los signatarios reconocer o aplicar el orden público de otro Estado. Cfr. GAILLARD, Emmanuel — BERMANN, George, "Guide on the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards", UNCITRAL, 2016.

(67) HANOTIAU, Bernard — CAPRASSE, Olivier, "Public Policy in International Commercial Arbitration", en Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards — The New York Convention in Practice, Cameron May, 2008, p. 788.

opiniones y creencias que prevalecen en cada momento en un Estado determinado. De allí que la confrontación debe hacerse con un criterio de actualidad, noción que es ampliamente recibida en el derecho comparado" **(68)**. Esta relatividad es lo que aumenta la dificultad de definir sus contornos pues, como se ha sostenido, las verdaderas dificultades del orden público no se vinculan tanto con su noción sino con su contenido "de por sí variable en el tiempo y en el espacio; lo cual obsta a que pueda expresarse *a priori* un concepto absoluto de lo que puede denominarse el 'contenido' del orden público", razón por la cual, su contenido solo puede ser establecido en cada caso particular **(69)**.

Es importante considerar también, que en materia de reconocimiento y ejecución de laudos y sentencias extranjeras, la excepción de orden público debe ser interpretada restrictivamente. Sobre el punto, al referirse a la excepción de orden público prevista en el art. V [2](b) de la Convención de Nueva York, Paulsson sostiene que atento a la inexistencia de una definición precisa e invariable de orden público, la excepción de orden público solo debería ser aplicada de manera restrictiva o extraordinaria, operando "en las circunstancias más excepcionales" **(70)**, ante una infracción ostensible, flagrante, intolerable del orden público **(71)**. En efecto, la excepción de orden público debiera solo ser invocada en casos que involucren una violación de principios fundamentales y duraderos de justicia, pues de lo contrario la excepción en cuestión constituiría una herramienta injustificada del perdedor para resistir la ejecución del laudo arbitral **(72)**. La admisión desmedida de la excepción de orden público constituiría, además, una suerte de expansión por parte del estado de ejecución de su sistema legal quien, bajo pretexto de la supuesta violación del orden público nacional, dejaría sin efecto las soluciones adoptadas por tribunales judiciales o arbitrales foráneos, siempre que estas no reflejaran exactamente las soluciones previstas en el derecho local **(73)**.

(68) Fallos 319:2779.

(69) TRIGO REPRESAS, Félix A., "Orden público en el derecho de las obligaciones", LA LEY, 24/11/2015.

(70) PAULSSON, Jan, "Unlawful laws and the authority of international tribunals", Lalive Lecture, Ginebra, 27 de mayo de 2009, FILJ, 2, vol. 23, , otoño 2008, CIADI; PAULSSON, Jan, "La ejecución de laudos arbitrales", en El Arbitraje Comercial Internacional. Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50° Aniversario, Tawil, Guido y Zuleta, Enrique (dirs.), Ed. Abeledo Perrot. Ver también, UNCTAD, "Dispute Settlement. Internacional Commercial Arbitration. 5.7. Recognition and Enforcement of Arbitral Awards: The New York Convention", 2003, p. 38.

(71) RIVERA, Julio C., "Arbitraje Comercial, Internacional y Doméstico", Ed. Abeledo Perrot, 2014, p. 970. Sobre la aplicación excepcional de la excepción de orden público se ha dicho que "la invocación de la excepción de orden público es una válvula de seguridad que debe ser usada en aquellas circunstanciales excepcionales en las que sería imposible que un sistema legal reconozca un laudo y lo ejecute sin abandonar las bases fundamentales sobre las que se apoya" (GAILLARD, Emmanuel — BERMANN, George, "Guide on the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards", UNCITRAL, 2016) (traducción libre) .

(72) PAULSSON, Marike R. P., "The 1958 New York Convention in Action", Kluwer Law International, 2016, §7[03]A.

(73) En esta línea de pensamiento se enrola la Asociación de Derecho Internacional, cuyo Comité de Arbitraje Comercial Internacional emitió, en 2002, un informe llamado "Informe Final sobre Orden Público como Obstáculo para la Ejecución de Laudos Arbitrales" en el cual se brindaban ciertas pautas y lineamientos para una adecuada ponderación de los órdenes públicos nacionales frente a las decisiones foráneas cuya ejecución se solicitara en cada jurisdicción. Entre las recomendaciones incluidas en ese informe, el Comité de Arbitraje Comercial Internacional conformada por numerosos especialistas de distintos países, expresó que: (i) el reconocimiento y la ejecución de un laudo extranjero solo deben ser rechazados en circunstancias excepcionales; (ii) a los fines del reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros, el test a aplicar es el del "orden público internacional", test previsto y aceptado por las legislaciones de diversos países y por reconocidos autores; (iii) la violación de una norma imperativa o indisponible no es suficiente para impedir el reconocimiento y ejecución de un laudo extranjero. A ese fin, la norma imperativa debería referirse exactamente a la situación subyacente al caso y el reconocimiento debería afectar en forma manifiesta los intereses políticos, sociales y económicos esenciales protegidos por la norma de que se trate; y (iv) para obstaculizar el reconocimiento y ejecución de un laudo, la violación del orden público internacional debe ser relativamente obvia, manifiesta o clara. La necesidad de que la violación al orden público sea manifiesta también se encuentra prevista en el art. 5º de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado.

Si bien volveremos sobre este punto más adelante, anticipamos en esta oportunidad que, en general, esta postura es la que mejor se compadece no solo con la legislación vigente en el país sino también con el sistema de reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos extranjeros al que ha adherido la Argentina a través de la suscripción de numerosos instrumentos internacionales, incluyendo la Convención de Nueva York. Ello en la medida en que esta posición respeta la prórroga de jurisdicción en favor de tribunales arbitrales o judiciales extranjeros efectuada conforme lo permitido por la legislación local así como el compromiso internacionalmente asumido por la Argentina de respetar efectivamente las sentencias y laudos dictados en el exterior.

II. Arbitrabilidad y orden público

A diferencia de la jurisdicción judicial, que es imperativa y amplia, la jurisdicción arbitral es voluntaria y, además, limitada. Las limitaciones que se aplican a la jurisdicción arbitral derivan, por una parte, de la decisión de las partes al someterse a arbitraje y las cuestiones que decidieron resolver mediante este mecanismo. Por la otra, las limitaciones vienen impuestas por el ordenamiento jurídico en tanto este restringe las cuestiones que las partes están autorizadas a someter a arbitraje **(74)**. Es aquí, en materia de arbitrabilidad, donde el orden público juega su primer papel importante como límite a la efectividad de la prórroga de jurisdicción en favor de tribunales arbitrales, al incidir en el hecho de si una controversia puede o no ser sometida a arbitraje.

II.1. La cuestión con anterioridad a la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación

La incorporación del concepto de orden público al análisis de arbitrabilidad tiene, en nuestro país, origen pretoriano. En este sentido, si bien la jurisprudencia sobre el punto es escasa y no es uniforme, existen algunos precedentes, incluyendo fallos de la Corte Suprema, que han indicado que las cuestiones vinculadas con, o que afecten el orden público no pueden ser sometidas a arbitraje **(75)**.

Antes de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial, diversos autores criticaron esta postura al entender que carecía de fundamento legal **(76)**. Estos autores fundaban su crítica en que ni el Código Civil (en su momento) ni el Código Procesal Civil y Comercial establecían al orden público como un límite a la arbitrabilidad de una controversia. En efecto, los arts. 736 y 737 del Cód. Proc. Civ. y Com. fijan un principio muy amplio en materia de sometimiento de controversias a arbitraje al disponer que solo quedan excluidas del arbitraje, bajo pena de nulidad, "las cuestiones que no puedan ser objeto de transacción".

Por su parte, al regular el objeto de la transacción, el Código Civil enumeraba expresamente las cuestiones que no eran pasibles de este modo de extinción de obligaciones. Los artículos pertinentes del Código Civil (arts. 842 a 849) establecían, como principio, la transigibilidad de todos los derechos, exceptuando únicamente a la acción para acusar y pedir castigo de un delito, las cuestiones sobre la validez o nulidad del matrimonio (salvo que sean a favor de la validez), las herencias futuras, las cuestiones vinculadas a la patria potestad, el estado de familia y el derecho a reclamar el estado que corresponda a las personas por filiación natural o legítima.

Por otra parte, la ley 11.672 —al autorizar al Poder Ejecutivo a pactar la jurisdicción arbitral— tampoco impone limitaciones respectos de las cuestiones arbitrables.

Puede observarse, entonces, que hasta la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial, el marco legal aplicable no condicionaba la arbitrabilidad de una disputa a que en ella pudieran o no encontrarse involucradas cuestiones que atañan al orden público.

(74) CAIVANO, Roque, "Arbitrabilidad y Orden Público", Revista Foro Jurídico, PUCP, 12 (2013).

(75) Ver, por ejemplo, Fallos 178:293. Ver también, CNCom., sala A, "CRI Holding Inc., Sucursal Argentina c. Compañía Argentina de Comodoro Rivadavia Explotación de Petróleo SA", 05/10/2010, El Dial.com.

(76) Por ejemplo, RIVERA, Julio C., "Arbitrabilidad: cuestiones regidas por leyes de orden público", LA LEY 2011-A-555.

Sin embargo, como vimos, ya con anterioridad a la entrada en vigencia del nuevo Código dicho requisito había sido impuesto pretorianamente por la jurisprudencia de nuestros tribunales. Así, en el caso "Cía. Ítalo Argentina de Electricidad c. Gobierno Nacional" **(77)**, la Corte Suprema si bien resolvió en favor de la viabilidad de la prórroga de jurisdicción a favor de tribunales arbitrales en disputas en que el Estado nacional era parte, sostuvo que la prórroga no era viable en cuestiones que afectaran al orden público y que, por ello, no podían someterse a arbitraje las cuestiones que afectan al Estado nacional como poder público involucrando atribuciones de su soberanía. Sin perjuicio de ello, la Corte Suprema admitió la viabilidad del arbitraje en el caso al entender que la controversia (que giraba en torno a la discusión del precio de la unidad eléctrica vendida al Estado) no comprometía "ningún atributo de la soberanía" **(78)**. La Corte Suprema, como puede observarse, aplicó un criterio no expansivo del orden público y concluyó en favor de la arbitrabilidad de la disputa subyacente a dicho caso.

Cierta jurisprudencia reciente en torno a este punto, sin embargo, no tomó el criterio restrictivo adoptado por el Máximo Tribunal sino que —por el contrario— realizó una interpretación muy amplia del concepto de orden público poniendo en jaque la viabilidad y eficacia de la prórroga de jurisdicción en favor de tribunales arbitrales. Se hace referencia al fallo de la CNCom. en el caso "CRI Holding Inc. Sucursal Argentina c. Compañía Argentina de Comodoro Rivadavia Explotación de Petróleo SA" **(79)**. En este caso la cuestión se vinculó con la arbitrabilidad de ciertas cuestiones regidas por el Código de Minería.

La sociedad actora había demandado judicialmente a la Compañía Argentina de Comodoro Rivadavia Explotación de Petróleo SA a fin de que se obligue a esta a suscribir un compromiso arbitral, designar un árbitro y cumplir los demás actos que fueran necesarios para el sometimiento a arbitraje de la disputa que existía entre ambas. En los contratos suscriptos para el desarrollo y operación de un emprendimiento minero, ambas partes habían acordado someter a arbitraje las divergencias que pudieran surgir entre ellas.

En primera instancia se rechazó la demanda por entender que las cuestiones que se pretendía someter a decisión del tribunal arbitral no eran susceptibles de sometimiento a arbitraje, ya que, se vinculaban con cuestiones de orden público. La disputa se relacionaba con la vigencia de los contratos que unían a las partes y que la demandada habría pretendido desconocer invocando genéricamente las disposiciones del Código de Minería.

La sala A de la Cámara Comercial confirmó la sentencia de primera instancia rechazando la demanda y sostuvo que la pretensión de someter a decisión arbitral la disputa controvertía el orden público pues soslayaba la aplicación de las disposiciones del Código de Minería. En el voto del Dr. Garibotto, al que adhirieron los Dres. Monti y Kölliker Frers, se expresó: "...para el art. 21, Cód. Civil... existen dos tipos o categorías de normas: las que pueden ser dejadas sin efecto por las partes y las que no pueden serlo, que son las que el artículo califica como de orden público. Son estas últimas, que la doctrina clásica denomina leyes imperativas, aquellas

(77) Fallos 178:293.

(78) En el fallo citado, la Corte Suprema expresó: "Que la sumisión de una discusión jurídica a la decisión arbitral por convenio de las partes es, sin duda, una expresión de la autonomía de la voluntad y una prueba del respeto que ella impone, pero la libertad para contratar la solución arbitral en caso de diferencias tiene, sin embargo, un límite, y es el de que no pueden serle sometidas las cuestiones que afectan el orden público o social, como son las que se refieren, por ejemplo, al estado civil de las personas... Cuando una de las partes es el Estado, tampoco pueden ser sometidas al fallo de árbitros, con prescindencia de los jueces, las cuestiones que lo afecten como poder público o las atribuciones de la soberanía. Pero es evidente que el Estado puede actuar también como simple persona jurídica, que contrata como un ente de derecho privado... En el presente caso, el Estado ha convenido con una empresa la compra de energía eléctrica para las necesidades del puerto de la Capital, fijado los precios, la manera de la provisión, sus términos y condiciones. No se halla comprometido ningún atributo de la soberanía en la discusión que versa sobre el precio de la unidad eléctrica vendida, a contar de determinada fecha, que es la cuestión debatida...".

(79) CNCom., sala A, "CRI Holding Inc., Sucursal Argentina c. Compañía Argentina de Comodoro Rivadavia Explotación de Petróleo SA", 5 de octubre de 2010, El Dial.com.

cuyos preceptos no pueden ser obviados por la sola voluntad de los contratantes. Esta vinculación entre imperatividad y orden público ha sido explicada del modo siguiente: la imperatividad se relaciona con la autoridad de la ley y surge de la ley misma, mientras que el orden público es un conjunto de principios extrajurídicos, que califica ciertas leyes, exigiendo su imperatividad". En opinión del nombrado, era indudable calificar a la materia analizada como de orden público: "atento a que todo cuanto concierne a la actividad minera reconoce interés público —general— y se halla regulado por un régimen normativo específico e inalterable por la sola voluntad de las partes". En función de estas consideraciones, e invocando cierta "inveterada doctrina de la Corte Suprema Federal, que las cuestiones que afectan el orden público no pueden ser sometidas a juicio arbitral", el tribunal resolvió rechazar la demanda.

Respecto de este fallo en cuestión cabe realizar varias consideraciones. En primer lugar, como remarca Rivera en obra antes citada, el orden público no constituía, según el marco legal vigente al momento en que fue dictado el fallo, una limitación para la arbitrabilidad de controversias. Ninguna de las normas aplicables incorporaba al orden público como limitante sino que establecieron un principio amplio por el cual, salvo por las contadas excepciones expresamente establecidas en el Código Civil, todas las cuestiones eran susceptibles de ser sometidas a arbitraje. Asimismo, tampoco existía (ni existe) una "inveterada doctrina" de la Corte Suprema sobre la cuestión y de los fallos citados en la decisión comentada, solo uno ("Cía. Ítalo Argentina de Electricidad") se refería a esta cuestión, pero —contrariamente a lo resuelto en "CRI Holding"— el Máximo Tribunal no aplicó allí un criterio expansivo del concepto de orden público, sino todo lo contrario.

En segundo lugar, y más allá de la cuestión acerca de si el orden público es o no una limitante para la arbitrabilidad de una disputa, lo cierto es que la interpretación expansiva del concepto de orden público aplicado por el tribunal en el caso comentado aparece como desacertada. El tribunal asoció la noción de orden público a la supuesta imperatividad del Código de Minería y al "interés público" subyacente a la actividad minera, una actividad que el tribunal calificó como de interés general. Sin perjuicio de que se volverá sobre estos puntos más adelante, resulta incorrecto y peligroso identificar el concepto de orden público interno con el concepto de "norma imperativa".

El orden público, particularmente considerando el efecto limitativo que este concepto puede tener respecto de la libertad y la autonomía de la voluntad, debería ser identificado con los principios básicos que subyacen a nuestro ordenamiento jurídico. Es por ello, que disentimos con la opinión de quienes identifican el concepto de orden público con el de normas indisponibles o imperativas y disiento también con quienes consideran que la existencia de una de las llamadas "normas de orden público" determina la inviabilidad del sometimiento de una controversia a arbitraje. Ello pues, además de no compartir el criterio de orden público utilizado, la existencia de una norma imperativa solo debería determinar que si ella es parte de la legislación de fondo aplicable al arbitraje, ella deba ser aplicada por los árbitros para la resolución de la disputa pero no que la controversia no pueda ser objeto de resolución por un tribunal arbitral. Volveremos sobre esta cuestión más adelante.

II.2. La cuestión a partir de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación

La cuestión acerca de si el orden público constituye o no un limitante para la arbitrabilidad de una disputa tuvo recepción legal expresa con la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial que, entre diversas cuestiones, reguló de manera específica el arbitraje. En lo que hace al tema discutido en el presente, el art. 1649 del nuevo código estableció que existe contrato de arbitraje "cuando las partes deciden someter a la decisión de uno o más árbitros todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, de derecho privado en la que no se encuentre comprometido el orden público" **(80)**.

(80) La limitación vinculada al orden público no se encontraba incluida en el proyecto original sino que fue incorporada por el Poder Ejecutivo en las modificaciones al proyecto. En teoría, el propósito de la limitación fue limitar la posibilidad de recurrir al arbitraje en casos que involucraran al Estado nacional. Sin embargo, en la prác-

Por su parte, el art. 1651 excluyó del arbitraje las siguientes cuestiones: (a) las referidas al estado civil o la capacidad de las personas, (b) las cuestiones de familia, (c) las vinculadas a derechos de usuarios y consumidores, (d) los contratos por adhesión cualquiera sea su objeto y (e) las derivadas de relaciones laborales. Asimismo, de conformidad con este artículo, como regla general se encuentran excluidos de la regulación que el Código Civil y Comercial hace del arbitraje aquellos procedimientos arbitrales en los que el Estado nacional es parte. Sin perjuicio de ello y dado que serían aplicables en general a los casos que involucren al Estado nacional, a continuación se efectúan algunas observaciones sobre la que, creemos, es la correcta interpretación del alcance del art. 1649 del Cód. Civ. y Com.

El hecho de que el art. 1649 excluya del arbitraje aquellas cuestiones "en la[s] que se encuentre comprometido el orden público" no debe ser interpretado de manera amplia sino todo lo contrario puesto que una interpretación extensiva de esta restricción podría implicar la anulación de todo el sistema de arbitraje que el Código Civil y Comercial quiso regular de manera detallada. En primer lugar y como explica Rivera, la regla citada no permite interpretar que se encuentre excluida la arbitrabilidad de cuestiones regidas por leyes de orden público sino únicamente aquellas cuestiones o materias en las cuales el orden público se encuentre comprometido **(81)**.

Parodi postula una opinión similar y enfatiza la necesidad de realizar una distinción especial a fin de evitar errores en la apreciación del caso concreto pues el hecho de que una materia se encuentra regulada por normas de orden público, "no implica que dicha cuestión no pueda ser sometida a arbitraje. La arbitrabilidad no está determinada por las normas que debe aplicar el árbitro para resolver la disputa sino por la disponibilidad por las partes de los derechos involucrados" **(82)**.

Es decir, lo importante para determinar la exclusión o no de la arbitrabilidad de una materia no es la existencia de normas de orden público que rijan la cuestión sino la naturaleza de los intereses comprometidos. Si los intereses comprometidos en la causa son intereses puramente privados, y por ende, disponibles, no existe óbice para que la cuestión sea sometida a arbitraje a pesar de que pueda estar regida por una ley imperativa o "de orden público" puesto que lo esencial, como vimos, es la naturaleza de la cuestión en disputa y no la de las reglas o normas que aplican para su resolución **(83)**.

Conforme enseña Caivano, no se encuentra en discusión la atribución del legislador de limitar, restringir o prohibir el sometimiento a arbitraje de ciertas cuestiones. Sin embargo, no es posible inferir ese propósito exclusivamente del carácter imperativo que pueda tener una norma que consagra un derecho sustantivo. Según el autor citado, lo que el legislador quiso al establecer la imperatividad de una norma es que el titular del derecho reconocido en la ley no pueda ser privado de él, ni siquiera mediante un acto de renuncia voluntaria, pero de ello no se deriva que los conflictos que puedan suscitarse respecto de ese derecho estén sometidos a la jurisdicción irrenunciable del Poder Judicial **(84)**.

En suma, el hecho de que una cuestión se encuentre regida por normas de orden público no determina, por sí sola, la imposibilidad de someter una disputa a arbitraje. En la medida que

tica, esta limitación tiene únicamente el efecto de limitar los arbitrajes entre particulares ya que los arbitrajes en los cuales se encuentre involucrado el Estado nacional se encuentran expresamente excluidos de la normativa prevista en el Cód. Civ. y Com. de la Nación por el art. 1651 in fine de dicha norma.

(81) RIVERA, Julio C., "Arbitraje Comercial, Internacional y Doméstico", Ed. Abeledo Perrot, 2014, ps. 265-6. Para Rivera, el solo hecho de que una materia o cuestión esté regulada por ley de orden público no excluye su arbitrabilidad "en la medida en que los derechos involucrados estén disponibles para las partes" (RIVERA, Julio C., "Orden Público en el arbitraje comercial", LA LEY, 30/11/2015).

(82) RIVERA, Julio C. — MEDINA, Graciela (dirs.), Código Civil y Comercial de la Nación, Comentado, Comentario al artículo 1649 por Parodi, Gustavo.

(83) RIVERA, Julio C., "Arbitraje Comercial, Internacional y Doméstico", Ed. Abeledo Perrot, 2014, ps. 217-8. Ver también, RIVERA, Julio C., "El arbitraje en el Proyecto de Código sancionado por el Senado. Prejuicios y errores", LA LEY 2013-F-1069.

(84) CAIVANO, Roque J., "Arbitrabilidad y Orden Público", Revista Foro Jurídico, PUCP, 12 (2013), p. 76.

en la naturaleza de los intereses en juego no se encuentre comprometido el orden público, la cuestión podrá ser dirimida por árbitros pero estos deberán, para resolver la cuestión, aplicar las normas imperativas que pudieran ser aplicables **(85)**. En palabras de Uzal, "el hecho de que una cuestión entre partes esté sometida a reglas de orden público... no excluye el arbitraje, aunque constriñe al árbitro a aplicar tales normas de orden público, pues el solo hecho de que la normativa sea de orden público no excluye su arbitrabilidad, en la medida en los derechos que de ella emanan sean disponibles para las partes" **(86)**.

Al respecto, la Corte Suprema tiene dicho que los árbitros pueden resolver "toda cuestión que se les someta no siendo de las exceptuadas por la ley" y en la consideración de tales causas podrán tomar en consideración "todas las razones que se aduzcan, tanto legales como constitucionales" pues el hecho de que a los fines del análisis de la disputa "aparezca una razón de orden constitucional... no puede tener el efecto de desplazar al Tribunal Arbitral" **(87)**. Estas consideraciones son plenamente aplicables al tema en debate en tanto confirman que no es la naturaleza de las normas o razones involucradas en la resolución de una disputa lo que determina la arbitrabilidad o no de aquella, pues el árbitro se encuentra facultado (y obligado) a analizar esas cuestiones según las normas constitucionales o de orden público que puedan ser aplicables. Lo esencial es, reiteramos, la naturaleza de los intereses en juego y no el tipo de norma que pueda ser aplicable a su regulación.

Creemos que es en este sentido que debe interpretarse la regla fijada en el art. 1649 del Cód. Civ. y Com., puesto que —como se dijo— una interpretación amplia o extensiva de la limitación allí contenida, en tanto tendría como efecto la no arbitrabilidad de un sin número de cuestiones, aparecería como contradictoria con la intención del legislador de regular el arbitraje ante la realidad de su amplio desarrollo **(88)**.

III. Conclusiones

Lo repasado hasta aquí puede servir para dar una idea de lo compleja que es la determinación del alcance y contenido del concepto de orden público. Después de décadas de debate, tanto a nivel internacional, como a nivel local no existe una concepción uniforme de este término, a pesar de la relevancia que posee en numerosas materias, entre ellas, la que constituye el objeto de este trabajo.

Así, el orden público se ha asociado, y continúa siéndolo, a diversos significados según la teoría en la cual uno se enrole, alguna de las cuales por la extensión o y amplitud que brindan a este concepto, peligrosamente permitirían sostener que casi todo es orden público.

En el ámbito de los arbitrajes en que el Estado es parte, la definición de los límites del orden público es clave ya que, de este se deriva la eficacia misma de este mecanismo de resolución de disputas. Si todo, o casi todo, es orden público la eficacia del arbitraje peligraría significativamente ya sea desde su inicio, al limitarse de manera extrema las disputas arbitrables, o en sus etapas finales, al restringir el reconocimiento y ejecución de los laudos dictados en estos procedimientos.

(85) Ídem, p. 77.

(86) UZAL, María Elsa, "Breve panorama del arbitraje internacional en la Argentina", JA 2015-I-1138.

(87) Fallos 173:221.

(88) En este sentido, en los Fundamentos al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación se expresa: "El arbitraje se ha desarrollado internacional y nacionalmente como un modo de resolver litigios y su aceptación es creciente en los usos y prácticas de nuestro país. Ello justifica que se lo regule como contrato, lo cual es una novedad respecto de los proyectos de reformas anteriores".

La convencionalidad de la actividad administrativa

Pablo Á. Gutiérrez Colantuono

Sumario: I. La convencionalidad.— II. Nuestras administraciones públicas.— III. El impacto de la convencionalidad.— IV. Convencionalidad en sede de las administraciones públicas.— V. Nuevo salto cualitativo de la juridicidad administrativa.— VI. Tutela administrativa efectiva en seis afirmaciones.— VII. Recapitulación.— VIII. La expansión hacia la convencionalidad.

I. La convencionalidad

La dimensión constitucional, como se sabe, se ha visto notablemente ampliada desde la jurisdicción convencional. La introducción del denominado control de convencionalidad interno permite analizar la compatibilidad del derecho nacional con normas y criterios del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH en adelante).

Ambas dimensiones, constitucional y convencional, determinan los bordes de la nueva juridicidad de la actividad administrativa.

Simultáneamente el control de convencionalidad asume la forma de nueva garantía. Permite la protección y vigencia de aquellos derechos, garantías y libertades consagradas en el Pacto de San José de Costa Rica (PSJCR en adelante). Y la consiguiente tutela trasnacional en el ámbito de la Comisión y Corte Interamericanas (CIDH y Corte IDH en adelante) para las personas físicas **(1)**.

Todo ello sucede en el gran sistema constitucional en el cual las miradas sistémicas antes que fragmentarias se han de buscar continuamente en el diálogo constitucional y convencional. Las simetrías y sinergias son parte del gran desafío interpretativo que aparece en este nuevo sistema constitucional integrado **(2)**. De forma tal de no generar distorsiones internas entre el preexistente control de constitucionalidad de la actividad administrativa con el ahora control de convencionalidad en el propio ámbito de la relación ciudadanía administraciones.

La convencionalidad en el sistema interno habla de obligaciones con proyecciones concretas en los distintos poderes del estado. No se trata de meras referencias normativas o efectos interpretativos internos de aquellas decisiones que provienen del SIDH. La consideración de que estos rigen internamente bajo las condiciones de su vigencia **(3)**, importa incorporar estándares e interpretaciones propios de los órganos

(1) La Corte IDH, en su función consultiva, dejó claro que no se encuentran "legitimadas" en el SIDH las personas jurídicas diferenciándose de la tesis dominante en la Europa de los derechos humanos que sí las incluye como víctimas de la violación de los derechos humanos y, por ende, legitimada para ser parte por ante la justicia europea de los derechos humanos: Corte IDH, 22/02/16, "Titularidad de Derechos de las Personas Jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (Interpretación y Alcance del art. 1.2, en Relación con los arts. 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46 Y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como el art. 8.1.A Y B del Protocolo de San Salvador) solicitada por la República de Panamá, OC. 22/16.

(2) La CS se ha expresado en este sentido "Rodríguez Pereyra vs. Ejército Argentino s/ Daños y Perjuicios", 27/11/2012, Id SAIJ: FA12000216, cdos. 11 a 13 especialmente.

(3) La Argentina expresamente así lo ha establecido en su reforma constitucional del año 1994 al decir que los tratados de derechos humanos allí enunciados "(...) en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional (...)", Constitución Nacional Argentina, Reforma 1994, art. 75, inc. 22.

auténticos de aplicación e interpretación del sistema. Claro, dentro del ámbito competencial respectivo y de acuerdo con las reglas procesales internas. Las decisiones e interpretaciones de la Corte IDH — vía opiniones consultivas y sentencias **(4)** — generan efectos directos en los sistemas internos más allá que el estado haya sido parte en un caso determinado.

Es esto lo que sucede puertas adentro del orden constitucional argentino, entre otros. La jerarquía constitucional de determinados tratados de derechos humanos —reforma constitucional del año 1994— proyecta un sinnúmero de consecuencias. Y es este modelo el que recorre con ciertos matices a los países integrantes el SIDH. Es esencial comprenderlo para adentrarnos en el estudio del derecho administrativo constitucional y convencional de los derechos humanos.

Un nuevo lenguaje **(5)**, el de los derechos fundamentales, recorre horizontalmente las fuentes del derecho. Es este quizás el punto central en todo análisis de ordenamientos interconectados, en especial, desde los sistemas de derechos humanos.

Las consecuencias para las administraciones públicas y sus relaciones con la ciudadanía, punto de interés nuestro de estudio constante, no son menores: las competencias públicas han de expresar el nuevo entramado de derechos de los derechos humanos. De lo contrario, nos encontraríamos por fuera de los bordes de la constitucionalidad y convencionalidad.

II. Nuestras administraciones públicas

Latinoamérica posee una tradición de fuertes presidencialismos, característica de la distribución y ejercicio del poder. Junto a ello resulta indudable afirmar que las diversas interrupciones democráticas han dejado secuelas. Algunas de ellas han pervivido más allá de aquellos períodos de facto.

Ambos fenómenos, entre otros, han impactado **(6)** negativamente en determinadas zonas de las administraciones públicas. Rasgos autoritarios y amplia presencia "intervencionista reglamentaria" en tratar de "moldear un estilo de ciudadanía", son datos objetivos que pueden relevarse como consecuencia, en parte, de aquellas realidades **(7)**.

Y, por cierto, de un transitar de las administraciones públicas sin advertir la centralidad de las personas y sus circunstancias como estructurante de sus actividades y procedimientos.

Existen maneras de gestionar, de vincularse, de expresarse con dispositivos, mecanismos y metodologías que no siempre fortalecen la ampliación de la base democrática de estas.

---

(4) Las Opiniones Consultivas poseen una destacada trascendencia en el ámbito normativo del sistema americano. Basta leer detenidamente a algunas de ellas para que el lector pueda advertir la importancia de esta vía interpretativa de la Corte IDH y la incidencia directa de ellas en la real vigencia de los derechos humanos: la igualdad y no discriminación, por solo adelantar un ejemplo, como parte del derecho imperativo del derecho internacional de los derechos humanos, parece no admitir la posibilidad de que un Estado le quite eficacia interna por el solo hecho de no haber sido quien solicitó la respectiva opinión consultiva donde se estableció tal principio - el tratamiento que ha recibido por parte de la Corte Interamericana puede, entre otros, consultarse en la Corte IDH, 17/09/03, "Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados", solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, OC. 18/03, https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf. En esta actividad nos parece claro que, si la vía de interpretar los alcances de los tratados son las opiniones consultivas, y estas son solamente solicitadas por los Estados miembros, parece razonable entender que estas integran el contenido del control de convencionalidad que deberán ejercer los jueces independientemente de quién ha solicitado la consulta.

(5) "Los derechos introducen un nuevo lenguaje primero en el Consejo de Europa y luego en la Unión Europea, y en general en la integración europea (...)", tal como lo indican GARCÍA ROCA, Javier, SANTOLAYA, Pablo (Coords.), "La Europa de los Derechos. El convenio Europeo de Derechos Humanos", Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, 1ª ed, p. 17.

(6) Como enseña Cassese "(...) no se puede entender la Administración y su Derecho Administrativo si no se estudia la cultura administrativa de un país y sus valores cívicos (...). La siguiente tarea para los investigadores del Derecho Administrativo será volver a integrar la sociedad y la política en el estudio de la Administración, analizando los numerosos vínculos y conexiones entre la sociedad y las Administraciones, en lo que la política suele actuar de intermediario". CASSESE, Sabino, "Derecho Administrativo: historia y futuro", INAP-Derecho Global, Sevilla, 2014, 1ª ed., p. 455.

(7) Ver sobre el tema, entre otros, el caso CS, (2006), "Asociación Lucha por la identidad Travesti — Transexual" Fallos: 329:5266.

Uno de los principales desafíos de estos nuevos tiempos es la mayor democratización de las administraciones públicas. Ello en términos de mayor legitimidad que impregne la legalidad del obrar administrativo.

Cierto es que se abren los espacios y archivos al conocimiento de la ciudadanía, se refuerzan los mecanismos participativos, pero también es la notable ausencia de dispositivos de la gobernanza administrativa que se hagan cargo de la "devolución" del pensar y sentir de la ciudadanía. Falta aún el diseño de mecanismos que expresen la efectiva permeabilidad de la expresión ciudadana en el diseño de la política pública. Las administraciones públicas han de hacerse cargo de las consecuencias de la participación ciudadana, expresando fundadamente en sus decisiones las razones que valoran para disentir o acordar con la expresión de estas.

A nuestro criterio todo ello es parte de un proceso mayor al que hemos denominado zonas de baja calidad democrática. La tendencia a homogeneizar la relación ciudadanía-administraciones públicas, es parte de ello. Dispositivos pensados y usados por igual sin diferenciar la persona y/o las condiciones que la rodean. La ciudadanía es diversa cultural, social, constitucional y convencionalmente. De allí que hemos propuesto el abandono del término administrado en nuestra disciplina, ya que este destila, al menos inconscientemente desde lo cultural, la idea contraria.

La otra expresión a la que hemos aludido es la de "moldear" pautas culturales de comportamiento, soslayando el derecho a la autodeterminación de modelos de vida como expresión de la libertad y el derecho a la privacidad.

Por último y al igual que sucede culturalmente en otros poderes estatales, se sigue a menudo la lógica del "expediente" y el "trámite" más no aquella propia de la persona y las condiciones que la rodean.

III. El impacto de la convencionalidad

Es en este contexto que la rica doctrina expresada por la Corte IDH sea quizás el contrapeso de aquel autoritarismo e "intervencionismo" que anotábamos. O, al menos, explica su propia jurisprudencia evolutiva en este punto. Especialmente las construcciones jurisprudenciales de la Corte IDH referidas al rol de las administraciones públicas.

Una muestra clara de ello es la garantía de la tutela administrativa efectiva creada evolutivamente. A través de esta se refuerza un procedimiento administrativo que transcurre dentro de los estándares construidos y enriquecidos del debido proceso judicial. A la vez, la tutela administrativa efectiva, permite moldear unas administraciones públicas que deben ser reflejo, en parte, de aquello que en la construcción europea se ha denominado derecho a la buena administración **(8)**. La idea es generar un salto cualitativo cultural en la gestión de las diversas actividades y funciones de las administraciones públicas. Ambas construcciones —tutela administrativa efectiva y derecho a la buena administración— son aceleradores de ello.

(8) En el tema es referencia obligada la obra de Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, múltiples producciones científicas del autor se podrían citar, entre ellas: RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ Jaime, "El Buen Gobierno y la Buena Administración de Instituciones Públicas", Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2006, 1ª ed. En su pensar el Derecho a la Buena Administración es el derecho de toda persona a que el poder público atienda con objetividad los intereses generales, y es un derecho fundamental. Tal como afirman Hachem y Valencia Tello "El derecho fundamental a la buena Administración pública nació en el ambiente del derecho comunitario europeo y fue posteriormente perfeccionado y robustecido por el Derecho Administrativo iberoamericano (...) este derecho fue establecido por la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante CDFUE) en el año 2000, proclamada el 07/12/2000, reformada el 12/12/2007, ratificada el 13/12/2007, publicada el 18/12/2000 la original y el 14/12/2007 la reforma, entrada en vigor el 01/12/2009 y, posteriormente, fue desarrollado de forma más amplia por la Carta Iberoamericana de Derechos y Deberes del Ciudadano en relación con la Administración pública, de 2013 (...). En consecuencia, el derecho a la buena Administración pública busca agrupar todo el conjunto de derechos que tienen los ciudadanos frente a las Administraciones Públicas, con el objetivo de garantizar el pleno goce de los derechos fundamentales y, al mismo tiempo, reinterpretar las potestades de los poderes públicos dentro de las democracias constitucionales" (HACHEM WUNDER, Daniel, VALENCIA TELLO, Diana C., "Reflexiones sobre el derecho fundamental a la buena Administración pública en el derecho administrativo brasilero", Digital de Derecho Administrativo, nº 21, 2019, https://doi.org/10.18601/21452946.n21.05, p. 47 a 75).

El estudio de la actividad administrativa ha de partir desde la dignidad de las personas como centralidad. Sobre ella se construye cualquier expresión discrecional o no de las administraciones públicas, la limita y la explica. El poder público está limitado por la dignidad de la persona humana **(9)**, los límites se derivan de los derechos humanos en tanto atributos inherentes a la dignidad humana **(10)**. En otras palabras, la dignidad de la persona humana se constituye en el umbral mínimo a partir del cual deben diseñarse las diversas regulaciones para la adjudicación y/o distribución de bienes en una sociedad **(11)**.

Pero ciertamente ello no ha sido el único aporte en el área de nuestro derecho administrativo **(12)**, diversas construcciones de estándares por la Corte IDH atraviesan a nuestra disciplina. Hablamos de un derecho administrativo de la constitucionalidad y de la convencionalidad **(13)** como expresión de la interconexión de ordenamientos jurídicos. Tal como agudamente afirma Cassese:

"Los ordenamientos nacionales, cerrados tradicionalmente entre sí, no solo se han vuelto permeables respecto a ordenamientos jurídicos más extensos (europeo, global), sino que se han vuelto porosos y permiten intercambios, trasplantes, importaciones y exportaciones, imitaciones, adaptaciones mutuas, convergencias, interrelaciones, desarrollos paralelos, diálogo y aprendizaje común" **(14)**.

Aparece un nuevo rol de nuestras administraciones públicas en esa constitucionalidad convencionalizada o en la convencionalidad constitucionalizada: el rol preventivo de las administraciones públicas y sus proyecciones.

Las administraciones públicas, en tanto uno de los sujetos que se encuentran atravesados por las obligaciones generales de los arts. 1.1 y 2 del PSJCR, están llamadas a reformular sus dispositivos de manera de que estos permitan la permeabilidad suficiente a los estándares internacionales incorporados en el sistema interno bajo el nivel de constitucionalidad-convencionalidad. Aparece la dimensión preventiva de las administraciones públicas como expresión de la fusión en un mismo plano la doble dimensión, constitucional y convencional.

Todo ello remite a un tema principalísimo tal como es el control de convencionalidad interno que efectúan las autoridades estatales. Específicamente la aplicación por parte de las administraciones públicas del control de convencionalidad en su propia sede, objeto del estudio del derecho administrativo.

IV. Convencionalidad en sede de las administraciones públicas

Las miradas de subsistemas articulados en un gran espacio constitucional, dentro del cual se produce la internacionalización del orden interno, no siempre son compatibles entre sí por quienes operan y aplican dicho orden.

(9) "La dignidad humana debe ser el canon para la elaboración de las políticas públicas y para las dotaciones presupuestarias de forma que a partir de ella debieran articularse todas las políticas públicas propias de un sistema comprometido con la humanización de la realidad"- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Javier, "Derecho administrativo y derechos sociales fundamentales", Ius Humani, vol. 6, 2017, https://doi.org/10.31207/ih.v6i0.113, p. 502.

(10) Corte IDH, "Velásquez Rodríguez vs. Honduras, Fondo", 29/07/1988, Serie C nº 4, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf, cdo. 165.

(11) GARZÓN VALDÉS, Ernesto, Propuestas, ¿Cuál es la relevancia moral del concepto de dignidad humana?, Trotta, Madrid, 2011, p. 100.

(12) Cassagne ha explicado: "(...) La aparición de estos nuevos paradigmas, aplicados conforme a las exigencias de la razón práctica, trae consigo la caída de antiguos dogmas que estaban anclados en una concepción autoritaria del Derecho Administrativo, aunque la tarea de erradicarlos no corra pareja en los diferenciales sistemas comparados ni la transformación se proyecte de la misma manera en cuanto a su intensidad", CASSAGNE, Juan Carlos, "La proyección de los principios generales al acto administrativo", AR/DOC/2346/2012, p. 4.

(13) Gordillo ha sostenido "Cuando en 1962 definí al Derecho Administrativo excluyendo su calificación como derecho interno según era entonces habitual en la doctrina, como lo pueden ver en el Libro I del tomo 5, lo hice en base a fenómenos que ya se avizoraban en el horizonte. Con el tiempo han ido creciendo y multiplicándose los aspectos internacionales a cargo de organismos, tribunales judiciales o arbitrales externos". GORDILLO, Agustín, "La corrupción como delito de lesa humanidad", Jurídica de San Luís, n° 1, may. 2017, IJ-CCCXLIV-670).

(14) CASSESE, Sabino, ob. cit.

A veces se verifican, como es conocido, decisiones estatales que justificándose en "protecciones internas" se retiran del sistema o pretenden retomar aquello que ya no les pertenece por haber sido cedidas soberanamente a otras instancias internacionales **(15)**.

El contexto de tráficos fluidos e intensos entre el sistema "interno" y el "internacional" ha llevado a generar "roces" institucionales a partir de distintos criterios jurisprudenciales entre las Cortes internas e internacionales **(16)**. Estos, en nuestra opinión, se han producido por malentendidos o aplicaciones incorrectas de los principios de subsidiariedad y complementariedad.

De allí, en parte, la riqueza de estudiarse los impactos concretos en la dinámica de los poderes del control de convencionalidad y sus alcances.

En relación con las administraciones públicas se generan al menos las siguientes obligaciones:

a) supresión de normas (reglamentarias) y prácticas administrativas que infraccionan el SIDH,

b) emisión de normas y adopción de prácticas que efectivicen derechos y garantías, y

c) interpretación conforme a la juridicidad que expresa el control de convencionalidad.

El nuevo orden caracterizado por la convencionalidad del orden interno por el SIDH ha implicado encontrarnos ante nuevos fenómenos: derecho a nuevos derechos, derecho a nuevas garantías, nuevos deberes ciudadanos y nuevas obligaciones estatales.

Estamos en condiciones de afirmar que se ha producido un notable "ensanche" de la juridicidad en el ámbito de la actividad administrativa. Incluso podemos identificar una nueva zona de intersección de nuestras administraciones públicas con la ciudadanía **(17)**. Tal como ha in-

(15) En este sentido, bien es conocida la postura de Venezuela, quien en más de una vez ha repelido las órdenes emitidas por la Corte IDH en sus sentencias, bajo la técnica de quitarle sus efectos por conducto del control de constitucionalidad interno. Dictada estas en el orden internacional, la Sala Constitucional las examina efectuando un control de constitucionalidad que concluirá en que no se conforman con su propia constitución. Tal armado jurídico justifica, a su criterio, el incumplimiento de una sentencia internacional. Estamos frente a un Estado que, por las razones que ensaya, repudia por inconstitucional las sentencias de la Corte IDH declarándolas inejecutables en el orden interno. Ejemplifica el caso de la Corte IDH, 05/08/08, "Apitz Barbera y otros (Corte Primera de lo Contencioso Administrativo) vs. Venezuela, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas", Serie C nº 182, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_182_esp.pdf y el fallo dictado en el sistema interno — TSJ de Venezuela, Sala Constitucional, 18/12/08, exp. nº 08-1572. El mencionado país denunció el PSJCR, el 06 de septiembre de 2012. En línea opuesta puede citarse, entre cientos de casos, el Acuerdo del Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, 14/07/2011, que respecto del fallo de la Corte IDH, 23/11/09, "Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas", Serie C nº 209, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_209_esp.pdf, construye un esquema de interconexión de los sistemas internos e internacionales en la materia de derechos humanos con fluidez. En el fallo el Tribunal Mexicano: a) por unanimidad entendió como obligatoria y de cumplimiento pleno la sentencia dictada contra el país por parte de la Corte IDH, b) la mayoría de los jueces acuerdan que: 1. los criterios interpretativos de la Corte IDH en el resto de los casos son orientadores para el Poder Judicial de la Federación, 2. según el modelo procesal mexicano, todos los jueces del Poder Judicial de la Federación al conocer controversias constitucionales, acciones de inconstitucionalidad y de amparo, pueden ejercer de oficio el control de convencionalidad declarando la invalidez de una norma por ser contraria a los tratados internacionales que reconozcan derechos humanos, 3. el resto de los jueces en el ámbito de sus competencias podrán desaplicar dichas normas, solo para el caso concreto y no realizar declaración de invalidez alguna, y 4. el resto de las autoridades públicas que no ejercen funciones jurisdicciones les está impedido desaplicar norma alguna, menos aún para declarar su invalidez. No obstante, los jueces advierten la necesidad de que estas autoridades deben interpretar los derechos humanos de la manera que más favorezcan a la dignidad de las personas.

(16) Basta consultar Corte IDH Corte IDH, "Fontevecchia y D'amico vs. Argentina, S/ Resolución de Supervisión de Cumplimiento de Sentencia", 18/10/2017, o su anterior Corte IDH, "Gelman vs. Uruguay, Resolución Supervisión de Cumplimiento de Sentencia", 20/03/2013.

(17) "Esta se caracteriza por la co-construcción de una manera de vivir y gestionar los espacios públicos — sentido amplio, no restringido a lo edilicio y /o de infraestructura -, en que "cada parte" se integra en un todo desde su propio rol. La percepción del "entorno" y la calidad de vida es un tema de principalísimo orden en la temática de aquello que se ha denominado el "derecho a la ciudad", GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel, "El derecho a la ciudad y un anclaje posible desde el Pacto

dicado Jaime Rodríguez-Arana Muñoz: "(...) el Derecho Administrativo del siglo XXI es distinto del Derecho Administrativo del siglo pasado en la medida en que el sustrato político y social que le sirve de base es bien otro, como también es bien diferente el modelo de Estado actual" **(18)**.

V. Nuevo salto cualitativo de la juridicidad administrativa

Por nuestra parte hemos conceptualizado al control de convencionalidad hace ya un tiempo bajo estos alcances:

"Es un deber estatal y una garantía ciudadana. Es interno, diferenciándose del externo y propio que se desarrolla en la instancia internacional una vez agotado los recursos nacionales. Es desplegado de oficio principalmente por los jueces y demás autoridades que desarrollan materialmente actividad judicial. Las Administraciones Públicas deben en su ámbito de competencias propias aplicarlo. Es una herramienta idónea que dota de efectos útiles a todo el SIDH, incluyendo la ejecución de las sentencias en el plano interno. Su finalidad es el estudio de la compatibilidad entre el derecho común de los derechos humanos del SIDH (según es interpretado por la Corte IDH tanto en su función jurisdiccional como de opiniones consultivas) con el interno de los Estados miembros. Es simétrico y sinérgico del control de constitucionalidad".

El control de convencionalidad interno se transforma en una herramienta de prevención, operativizando el deber de garantía en el ámbito propio de las administraciones públicas. Es en el ámbito de las administraciones públicas donde aparece, como exteriorización del deber de garantía, la función preventiva.

Emerge, entonces, esta nueva actitud activa de las administraciones públicas en proteger y promocionar los compromisos internacionales. Toman la iniciativa para remover cualquier valla a la efectividad de los derechos.

Regla que se ve reflejada en los pronunciamientos de la Corte IDH en cuanto impone a los estados el deber de prevenir la violación de los derechos humanos.

Para la Corte IDH el deber de prevención abarca todas las medidas, de distinto carácter, que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a estos sean efectivamente consideradas y susceptibles de acarrear sanciones e indemnizaciones por sus consecuencias perjudiciales **(19)**.

Las administraciones públicas son uno de los poderes estatales que se unifican bajo la figura del estado obligado por el PSJCR. Para desde allí colegirse que posee un especial deber de remoción de todo tipo de medidas reglamentarias y comportamientos que violen los compromisos internacionales. También de adoptar comportamientos y medidas reglamentarias que prevengan futuras violaciones a los derechos humanos.

Nos encontramos así ante un nuevo rol de las administraciones públicas: su rol preventivo en la dinámica de los derechos fundamentales.

Tal como se ha explicado:

"La Corte ha interpretado que la adecuación de la normativa interna a los parámetros establecidos en la Convención implica la adopción de medidas en dos vertientes, a saber: a) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, y b) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías. La primera vertiente se satisface en la reforma, la derogación, o la anulación de las normas o prácticas que tengan esos alcances, según corresponda. La segunda, obliga al Estado a prevenir la recurrencia de violaciones a los derechos humanos

---

de San José de Costa Rica", Anuario Iberoamericano de Derecho Urbanístico, http://gutierrezcolantuono.com.ar/pdfs/Anuario-Iberoamericano-Desarrollo-Urbanistico-2018.pdf.

(18) RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ Jaime, ob. cit.

(19) Corte IDH, "Castillo González y otros vs. Venezuela, Fondo", 27/11/2012, Serie C No. 256, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_256_esp.pdf: Corte IDH, 16/11/09, "González y otras ("Campo Algodonero") vs. México, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas", Serie C No. 205, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf, párr. 252.

y, por eso, debe adoptar todas las medidas legales, administrativas y de otra índole que sean necesarias para evitar que hechos similares vuelvan a ocurrir en el futuro" **(20)**.

El control de convencionalidad impacta en la actividad de las administraciones públicas porque ellas han de ajustar su comportamiento a la convencionalidad, principio de juridicidad amplio. El salto de legalidad a juridicidad de nuestras administraciones públicas impactó en la evolución del control judicial **(21)**. Y ahora es el tiempo de un nuevo salto cualitativo en ese control, tanto interno de las administraciones públicas como externo **(22)**.

Ello así en tanto las administraciones públicas se encuentran atravesadas por el moderno constitucionalismo: aplicación, interpretación e impregnación constitucional y convencional al obrar de nuestras administraciones públicas.

Al ser simétrico lo constitucional con lo convencional, es claro que ese orden interno hoy está atravesado por el del orden de la convencionalidad. En efecto no puede aceptarse uno y rechazarse el otro, exigírsele a uno requisitos y efectos de su ejercicio diversos al otro. Se fortalecen y debilitan recíprocamente.

El control de convencionalidad y el de constitucionalidad son conectores de la mirada sistémica dentro de la multiplicidad de subsistemas.

De allí que nuestras administraciones públicas aplican, interpretan y son expresión de la impregnación de la convencionalidad. Aplican el PSJCR e internalizan estándares de buena fe de manera consistente con los criterios expresados por los órganos y organismos que aplican e interpretan en el sistema internacional.

La tarea de estas es constitucional y convencional. Aplican de oficio los parámetros de los derechos humanos ya que internamente su principio de oficialidad junto a la función tuitiva preventiva propia del PSJCR así lo indican. Ello las interpela a adoptar distintas medidas dentro del margen de su propia competencia para lograr en tiempo oportuno y de manera razonable la adopción de medidas que: a) promuevan y protejan los derechos fundamentales, b) prevengan posibles futuras responsabilidades internacionales.

(20) Corte IDH, "Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia", 18/10/2017, https://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/fontevecchia_18_10_17.pdf, párr. 85.

(21) "El sometimiento no solo a la ley sino al Derecho rebasa la mera relación del interés general con la legalidad. Es con todo el ordenamiento jurídico, encabezado por la Constitución y, por tanto, con los principios constitucionales y, por supuesto, con los principios generales del Derecho. El carácter pleno del sometimiento — con el que se refuerza el cometido servicial de la Administración - barre de un plumazo toda inmunidad de poder" (MEILÁN GIL, José, "Intereses generales e interés púbico desde la perspectiva del derecho público español", Direito Administrativo & Constitucional-A&C, nº Especial 10 años, 2003, p. 178).

(22) Al explicar el modelo actual del Derecho Administrativo de los Estados Unidos, Stewart afirma: "Las funciones del Derecho Administrativo van por tanto más allá de lo que era su núcleo originario, consistente en asegurar el cumplimiento de legalidad, y se extienden ahora a asegurar un objetivo más ambicioso, como es el de fomentar la capacidad de dar respuesta y, de garantizar también la rendición de cuentas, ante los intereses y los valores sociales." Previo a ello explica: "(...) El núcleo del Derecho Administrativo de EE.UU. persigue garantizar el imperio de la ley (el Estado de Derecho, o rule of law), el respeto a los derechos de los individuos, y la protección de la libertad y de la prosperidad de los ciudadanos, sirviéndose para ello del procedimiento administrativo y del control judicial, a fin de que las agencias actúen en el marco de los límites constitucionalmente establecidos y dentro del ámbito competencial y de las potestades que les hayan sido atribuidos por parte del legislador (...) En las últimas décadas, el Derecho Administrativo de los EE.UU. ha ampliado su alcance y funciones desarrollando un Derecho Administrativo que se basa en el modelo de representación de intereses (interest-representation model). En su virtud, se han elaborado nuevos criterios procedimentales más inclusivos y se ha fomentado la transparencia en la elaboración de las resoluciones administrativas y de las normas reglamentarias. También se ha ampliado el derecho a participar en los procedimientos de toma de decisiones y se ha incrementado el alcance del control judicial, lo que permite el acceso a los tribunales de una amplia gama de intereses sociales y económicos que van más allá de los directamente afectados por la regulación de que se trate. El alcance del control judicial se ha extendido para englobar, además, el enjuiciamiento sustantivo del ejercicio de potestades discrecionales de las agencias (...)." (STEWART, Richard, "El derecho administrativo de los Estados Unidos: ¿Un modelo para el derecho administrativo global?" en Kingsbury, Benedict — Stewart, Richard, Hacia el derecho administrativo global: fundamentos, principios y ámbitos de aplicación, Derecho Global, Sevilla, p. 218 a 219).

VI. Tutela administrativa efectiva en seis afirmaciones

Una de las proyecciones más concretas del orden de la convencionalidad es la exigencia a nivel interno de la garantía de la tutela administrativa efectiva creada, como se sabe, evolutivamente por la Corte IDH.

Aquí seis afirmaciones que la describen:

1. De acuerdo con el art. 8 del PSJCR, al sustanciarse cualquier tipo de proceso o actuación, la persona afectada tiene derecho a contar con una red de garantías mínimas que pueden dividirse en procedimentales (ser oído con las debidas garantías en un plazo razonable) y orgánicas (quien oye a la persona en ese trámite compuesto por las debidas garantías y llevado adelante con una duración razonable debe ser imparcial, independiente y encontrarse dotado de competencia con anterioridad al nacimiento del caso).

2. La norma que en una lectura literal aparentaba la aplicación del elenco de garantías tan solo a las relaciones entre el individuo y el estado en el ámbito de un proceso judicial, por medio de la correcta interpretación evolutiva del precepto adquirió una nueva dimensión. El principio evolutivo traccionó hacia la aplicación directa en el ámbito de las administraciones públicas las garantías del art. 8 bajo el nombre de tutela administrativa efectiva.

3. El estándar interpretativo que sintetiza este enfoque ha sido consagrado con extrema lucidez por la Corte IDH: "(...) se aplica al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, cualesquiera que ellas sean, a efecto de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos" **(23)**.

En efecto, si bien inicialmente la aplicación del art. 8 se extendió al caso de ejercicio de facultades materialmente jurisdiccionales **(24)** la Corte IDH siguió avanzando, y llegó al punto actual de su evolución en el cual aplica directamente esa norma ante el ejercicio de funciones materialmente administrativas **(25)**.

Este hito evolutivo se resume en que "(...) las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas" **(26)**. Las administraciones públicas no están relevadas del deber que para el estado supone el derecho humano de obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas.

1. De esta manera el art. 8 del PSJCR es un catálogo de garantías básicas exigibles en el desarrollo de cualquier actuación estatal que pueda afectar cualquier derecho.

2. El acto de definición de derechos u obligaciones, cualquiera sea la autoridad de la cual emane, atrae irremediablemente en su plenitud la aplicación directa de las garantías del art. 8. Cualquier autoridad pública se encuentra obligada a acatarlas siempre que su decisión conlleve definir el derecho de los solicitantes o las obligaciones de las personas.

3. La tutela administrativa efectiva es una garantía *ius* fundamental que no puede ser suspendida ni en tiempos de emergencia. Es expresión del derecho al recurso, en sentido evolutivo; por ende, no puede ser suspendido en etapas de emergencias **(27)**.

(23) Corte IDH, "Baena, Ricardo y Otros vs. Panamá, Excepciones Preliminares", 18/11/1999, Serie C No. 61, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_61_esp.pdf y Corte IDH, , "Tribunal Constitucional vs. Perú, Fondo, Reparaciones y Costas", 31/01/2001, Serie C No. 71, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_71_esp.pdf.

(24) Corte IDH, "Tribunal Constitucional vs. Perú, Fondo, Reparaciones y Costas", 31/01/2001, Serie C No. 71, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_71_esp.pdf.

(25) Corte IDH, "Claude Reyes y Otros vs. Chile s/ Fondo, Reparaciones y Costas", 19/09/2006, Serie C No. 151, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_151_esp.pdf.

(26) Corte IDH, "Baena, Ricardo y Otros vs. Panamá, Excepciones Preliminares", 18/11/1999, Serie C No. 61, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_61_esp.pdf.

(27) Ver, entre otras, Corte IDH, "Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (Arts. 27., 25 y 8 Convención Americana s/ Derechos Humanos)", 06/10/1987, solicitada por el Gobierno de la República Oriental del Uru-

VII. Recapitulación

El control de convencionalidad internacional en la propia sede de la Corte IDH, importa un nuevo control de la actividad de las administraciones públicas. Se ubica por fuera de las propias fronteras del estado parte y dentro del sistema de protección de los derechos humanos.

El control de convencionalidad interno, en la propia sede de las administraciones públicas, opera como control interno de estas por la aplicación espontánea y de buena fe que es esperable que suceda "fronteras adentro" en la actividad de los diversos poderes. Es decir, cumplimiento voluntario y espontáneo internamente de los compromisos asumidos por los estados: subsidiariedad y complementariedad **(28)**.

El control de convencionalidad en el ámbito de estas es simétrico con aquel que realiza el poder judicial: solo podrán desplegarlo en sus propias sedes dentro del "marco de sus propias competencias".

Son ellas parte de las autoridades obligadas a internalizar las obligaciones internacionales de manera espontánea, subsidiaria y complementaria.

Estas adjetivaciones no han de ser dichas al pasar, por el contrario, son el marco que explican los alcances de esta nueva actividad, su finalidad y, por cierto, sus límites: la prevención.

El SIDH ha destacado la actividad de prevención. Abarca todas las medidas de distinto carácter para primer la salvaguarda de los derechos humanos y asegurar que sus eventuales violaciones sean efectivamente consideradas y susceptibles de acarrear sanciones e indemnizaciones por sus consecuencias perjudiciales.

Esta es la novedad que nosotros hemos de querer aportar, sosteniendo sus fundamentos y características: dentro de las medidas de distinto carácter están las propias que deben adoptar las administraciones públicas. La prevención es una exteriorización del deber genérico de garantía el cual, en cabeza de estas, asume una dimensión no advertida suficientemente a nuestro criterio hasta el momento. El deber de respetar y adecuar, en los sistemas internos, las diversas obligaciones en materia de derechos humanos constituye un direccionamiento y un límite a la actividad estatal, sea de la naturaleza que fuere con indiferencia del órgano o funcionario que exprese dicho poder **(29)**. El derecho administrativo mucho tendrá por tematizar en los tiempos por venir sobre este enfoque.

En este punto la vigencia de las garantías en todo proceso se vincula directamente con un eje mayor de las convenciones de derechos humanos: la interdicción de la arbitrariedad.

El debido proceso proyecta sus consecuencias en todo el sistema jurídico interno, tanto en los planos individuales como más allá de estos. Estamos frente a una garantía de la jerarquía del derecho internacional sobre la cual los estados integrantes del PSJCR no pueden, ni deben, limitar con alcances procesales inadecuados. El debido proceso es un censor contra la arbitrariedad del poder y una herramienta del sistema democrático. De allí que asuma su jerarquía de principio general del derecho. La tutela administrativa efectiva es una expresión de ello.

---

guay, OC. 9/87, https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_09_esp.pdf.

(28) El estado "es el principal garante de los derechos humanos de las personas, de manera que, si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es el propio Estado quien tiene el deber de resolver el asunto a nivel interno y, en su caso, reparar, antes de tener que responder ante instancias internacionales como el Sistema Interamericano, lo cual deriva del carácter subsidiario que reviste el proceso internacional frente a los sistemas nacionales de garantías de los derechos humanos". Corte IDH, "Masacre de Santo Domingo vs. Colombia s/ Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones", 30/11/2012.

(29) Ha afirmado la Corte IDH "El respeto a los derechos humanos constituye un límite a la actividad estatal, lo cual vale para todo órgano o funcionario que se encuentre en una situación de poder, en razón de su carácter oficial, respecto de las demás personas. Es, así, ilícita, toda forma de ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos por la Convención", Corte IDH, 28/08/13, "Del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas", Serie C No. 268, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_268_esp.pdf.

El PSJCR garantiza los derechos de la persona, tanto en las esferas no judiciales como en las judiciales en todas las materias, siendo el estándar que atrae la aplicación de las garantías propias de su art. 8 la existencia de una actuación tendiente a determinar derechos y obligaciones. Es esa actividad y no el órgano que la aborda, desde donde se mira la aplicación de la tutela judicial efectiva que evolutivamente ha dejado paso a la tutela administrativa efectiva. Esta atraviesa las zonas de las administraciones públicas en tanto y en cuanto comporten determinación de derechos.

La infracción a tal postulado se vincula con el deber general de los arts. 1.1 y 2 en tanto la obligación de promover y preservar los derechos, removiendo cualquier obstáculo, y no tan solo bajo el deber de adecuar el ordenamiento interno.

La tutela administrativa efectiva es una expresión del derecho al recurso, en sentido evolutivo; por ende no puede ser suspendido en etapas de emergencias.

Existe una nueva dimensión de las administraciones públicas en el contexto actual: el control de convencionalidad interno. Desplegado de manera espontánea y complementaria se despliega la actividad preventiva. De manera tal que la juridicidad administrativa expresa el deber genérico de garantía como mandato convencional.

La actividad administrativa es y se asume constitucional y convencional. Expresa de manera oficiosa los parámetros de los derechos humanos, en base al principio de oficialidad que se proyecta desde la función tuitiva preventiva propia del PSJCR.

Esta función preventiva es expresión del deber de garantía genérico, concretada en el despliegue en su propia sede del control de convencionalidad interno. Ello sintetiza el rol preventivo de las administraciones públicas.

La heterogeneidad **(30)** marca la necesidad de dispositivos múltiples según las circunstancias que rodean a las personas y las propias protecciones constitucionales y convencionales.

La juridicidad se ha visto seriamente ensanchada a través del denominado *corpus iuri*s interamericano. Lo cierto es que la apertura internacional decidida desde los propios resortes soberanos nacionales redimensiona a las administraciones públicas, elevando notablemente su potencial en materia de derechos humanos. Estas pasan a ser todo menos abstencionistas, ya que deben comportarse activamente para incorporar espontáneamente los deberes regionales y universales de los derechos humanos. Poseen ellas un importante anclaje territorial y sociológico que justamente hablan de una actividad dinámica, flexible, abierta, directa y permanente. Tienen, a diferencia de otros poderes estatales, la alta "capacidad" de percibir e internalizar de manera inmediata aquellos cambios de la sociedad, sus necesidades y sus sentires. De esta manera son protagonistas en lograr condiciones de mejores convivencias ciudadanas. Comparativamente con el resto de los poderes estatales, son expresión de una mayor permeabilidad y ductilidad para afrontar el desafío que impone el nuevo orden.

Debe abandonarse la idea de pensarse a las administraciones públicas principalmente desde las funciones y lo orgánico, para incorporar en lo concreto la dinámica del lenguaje de los derechos y los deberes humanos para potenciar desde allí gobernanzas flexibles, dinámicas, horizontales y dialógicas. Tematizar consciente o inconscientemente valores constitucionales y convencionales "atrapados" estáticamente a estructuras orgánicas de poder, burocratiza más veces de lo esperado negativamente la realización, a nuestro criterio, del bienestar general.

El desafío pareciera ser imaginar el tránsito de un sistema de administraciones públicas renovadas, pensadas en pos de gestionar los intereses de la ciudadanía y su bienestar general, desde una gobernanza que sea ejecutada desde la idea colaborativa, bajo el principio de solidaridad.

---

(30) Siempre es interesante la lectura de la decisión de la Corte IDH "Furlán y Familiares vs. Argentina s/, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas" - 31/08/2012-. Allí se hace clara indicación al deber de atender a la persona y sus circunstancias al tiempo de garantizar la tutela administrativa y judicial efectiva.

Cabe recordar que tal como lo ha dicho la Corte IDH:

"De las obligaciones generales de respetar y garantizar los derechos derivan deberes especiales, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre" **(31)**.

A su vez las personas desde sus deberes para con la comunidad y la humanidad concurren en la gestión del bienestar general junto a las Administraciones Públicas. Estamos frente a la realización de aquel en tanto ampliación de derechos de la comunidad y humanidad toda en intersección con la finalidad del obrar administrativo que gestiona ese mismo interés.

Este nos parece uno de los puntos sobresalientes en el impacto interno del subsistema de derechos humanos centralizado en el PSJCR y que en los próximos tiempos mucho tendrá por tematizarse. Encierra, a nuestro criterio, al principio de solidaridad propio de la formulación social de los Estados constitucionales y convencionales de derecho.

La armonización de los derechos individuales desde el deber que la misma persona posee para con su comunidad y la humanidad nos permiten realizar el test de razonabilidad, por ejemplo, de la proporcionalidad de medidas adoptadas por las Administraciones Públicas en pos del bienestar general. Bienestar general que no es una abstracción, si no tal como lo hemos indicado, es objetivo deducible desde la constitucionalidad y convencionalidad bajo la centralidad de la dignidad de la persona.

VIII. La expansión hacia la convencionalidad

¿El derecho administrativo interno debe ser releído a la luz del derecho internacional de los derechos humanos de la jurisprudencia de la Corte IDH? **(32)**. Cassese **(33)**, al referirse a la evolución del derecho administrativo, tanto inglés como francés, afirma que estos están "(...) sometidos a la Convención Europea de Derechos Humanos, que ejerce sobre ellos una influencia directa e indirecta; la primera se logra tanto a través de la obligación de cumplimiento asumida por los Estados adheridos a la Convención, como por la técnica de cumplimiento asumida por los Estados adheridos a la Convención, como por la técnica de incorporación de esta a los derechos nacionales (...)".

El mandato regional de derechos humanos impone exigencias del nivel de la juridicidad interna como expresión de la actividad de las administraciones públicas. Las actividades clásicas conviven con la preventiva propia del rol preventivo que estas asumen en el orden interno internacional de los derechos humanos.

Tal como lo recuerda Rafael Valim **(34)**, "si bien en los siglos XVIII y XIX la libertad se entendía como una exigencia de la dignidad humana, ahora se piensa que la dignidad humana (materializada en principios socioeconómicos) es una condición para el ejercicio de la libertad" **(35)**.

Esta centralidad de la persona y su dignidad deben informar a todo el derecho administrativo.

Llamaremos a este fenómeno la administrativización de la convencionalidad interna de los derechos humanos en un contexto de creciente interdependencia interna internacional.

(31) Ver el caso de la Corte IDH, "Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Ihaka Honhat (nuestra tierra) vs. Argentina", 06/02/2020.

(32) El entonces juez Ramírez así lo ha interrogado, pero respecto del derecho penal interno en el voto razonado del caso Corte IDH, "Dacosta Cadogan vs. Barbados, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas", 24/09/2009, Serie C No. 204, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_204_esp.pdf.

(33) CASSESE, Sabino, ob. cit., p. 111.

(34) VALIM, Rafael, Trabajo inédito enviado para su publicación en la Revista Procuración del Tesoro, Revista Broquel de la Argentina.

(35) GARCÍA-PELAYO, Manuel, "As transformações do Estado contemporáneo", Forense, Rio de Janeiro, 2009, p. 14.

Esta administrativización de la convencionalidad requiere recoger y poner en valor las diversas experiencias en el hacer de las administraciones públicas.

Esta influencia desde la especificidad si se quiere metodológica de una rama del derecho público, el derecho administrativo, puede incluso guiar la actualización continua del propio principio evolutivo de los derechos humanos. Para, así, ajustar el texto convencional a las justas exigencias del bienestar general democrático en un tiempo determinado.

Se apunta con claridad: "La integración en la sistemática del Derecho Administrativo de los cambios habidos en las tareas administrativas ha de hacerse mediante una serie de pasos intermedios, condicionados más por la imaginación y la plausibilidad que por las rígidas deducciones dogmáticas" **(36)**.

El impacto desde el derecho administrativo hacia la centralidad del sistema constitucional y convencional permiten nutrirlo desde la dinámica material, directa, continua, permanente, abierta, flexible del accionar de las administraciones públicas en la relación con las personas. Ello genera la reactualización desde las necesidades que deben ser satisfechas de los diversos contenidos constitucionales y convencionales. De esta manera se actualiza el concepto y alcance del bienestar general en términos de realización colaborativa entre los deberes de las personas para con su comunidad y humanidad con las competencias públicas.

El concepto propio que hemos brindado del control de convencionalidad interno recoge esta mirada dinámica actualizada desde esta suerte de administrativización del sistema constitucional y convencional.

La tutela administrativa efectiva junto al derecho a la buena administración son algunas de las herramientas que proponen, a nuestro criterio, un salto cualitativo en la calidad institucional de nuestras administraciones públicas.

La primera viene a interdictar la actuación, no solo arbitraria de aquella, sino antes bien la prevención de que ello suceda. La "construcción" de las decisiones, muy especialmente en los sistemas fuertemente presidencialistas, desde el núcleo duro de las garantías englobadas en la tutela administrativa efectiva genera un atenuador de tal realidad latinoamericana.

El segundo, si bien sin reconocimiento convencional a nivel regional del SIDH, aquello que, si ha logrado la Europa de la Unión Europea, tiene en la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en relación con las administraciones públicas un marco de referencia **(37)**, tanto para legisladores como jueces, las administraciones públicas y la ciudadanía.

Pero lo fundamental es que generará antes o después una transformación cultural del hacer y ser administraciones públicas.

El derecho administrativo se redefinirá antes o después, pero lo hará, porque ha sido transformado el contexto desde el cual estudia metodológicamente esta porción del derecho público **(38)**.

---

(36) SCHMIDT-ASSMANN, "La Teoría general del derecho administrativo como sistema. Objeto y fundamentos de la construcción sistemática", Ed. Marcial Pons, Madrid, 2003, 1 ed., p. 179.

(37) Adoptada por la XXIII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno Ciudad de Panamá, 18 y 19 de octubre de 2013: "La presente Carta constituye un marco de referencia que posibilita, en la medida en que no se oponga a lo dispuesto en las legislaciones de cada uno de los países de la región, una ordenación de los derechos y deberes del ciudadano en relación con la Administración Pública, los cuales pueden adecuarse a las particularidades de las normas relacionadas a la Administración Pública y a la idiosincrasia de cada uno de los países iberoamericanos".

(38) En palabras de Pérez Hualde "El compromiso constitucional con nuevas formas de plantear la relación entre Estado y economía, la moderna percepción de los derechos fundamentales, del rol de la Administración y de los grandes grupos de poder globalizados frente a ellos, la internacionalización del derecho y de los procedimientos de prevención y solución de conflictos provocada por el desplazamiento de los centros de decisión y de fuentes normativas fuera de las fronteras de los Estados, nos aportan un panorama que obliga a una redefinición del campo de acción del Derecho Administrativo en general; y esto es así porque tampoco ha subsistido su visión como catálogo de garantías del individuo frente a la Administración ni la del Estado como su gendarme." (PÉREZ HUALDE, Alejandro, "La necesaria determinación de la desigualdad para el tratamiento equitativo de los derechos fundamenta-

Las administraciones públicas junto a la ciudadanía consciente de sus derechos y deberes humanos confluyen en hacer realidad un mandato universal y regional. Este consiste en que los derechos fundamentales representan la base indisponible de las democracias y la organización interna de los estados.

El derecho administrativo y su campo de acción trascienden las formulaciones encerradas exclusiva y excluyentemente en un territorio y desde una determinada organización interna de funciones de un estado: son expresiones de la convencionalidad constitucionalizada, representada en problemas, soluciones, interpretaciones e intensos tráficos de construcciones de múltiples ordenamientos jurídicos que conviven en un mismo sistema.

Problemas globales soluciones globales, desde la multilateralidad y la cooperación.

Problemas internos soluciones internas, desde la correcta articulación del principio de solidaridad y colaboración antes que desde el autoritarismo y el hiperindividualismo.

Las dimensiones internas y globales deben nutrirse recíprocamente. Caso contrario, sucederá la imposición de unos sobre otros, consolidando espacios hegemónicos.

El derecho administrativo ha de crear dispositivos que generen fluidez en la recíproca influencia bajo espacios dialógicos, abiertos, dinámicos, flexibles, plurales y colaborativos.

---

les", Anuario Iberoamericano de Derecho Administrativo Social, nº 2, 2019.) En palabras de Cassese "El punto de partida del Derecho Administrativo es simple: el Derecho Administrativo nace vinculado al Estado, a la ley y a los jueces. El Derecho Administrativo es un Derecho estatal, es la manifestación del poder vinculada a la ley y, para terminar, está sometido al control de los jueces." Para finalmente sostener una visión actual: "El Derecho Administrativo es cada vez menos estatal, pero no por eso se desvincula del Derecho. Está, por el contrario, ligado a múltiples Derechos y ordenamientos (...). El Derecho Administrativo se encuentra cada vez más sometido a las decisiones judiciales, con la consecuencia de que administrar y juzgar tienden a convertirse en la actualidad en una sola cosa (...). La irrupción de nuevos vínculos (constitucionales y comunitarios) y la dirección de la Administración asumida por los jueces reducen el espacio de la gestión administrativa precisamente cuando es más necesaria" (CASSESE, Sabino, ob. cit., p. 350 a 351 y 357).

Los principios generales del derecho como fuente nacional del derecho administrativo

Víctor Hugo Chávez Moya

Sumario: I. Orígenes y fundamentos de los principios generales del derecho.— II. Importancia de los principios generales del derecho.— III. Características de los principios generales del derecho.— IV. Funciones de los principios generales del derecho.— V. Aplicación de los principios generales del derecho como fuente del derecho administrativo.— VI. Conclusiones.

I. Orígenes y fundamentos de los principios generales del derecho

El surgimiento del Estado constitucional de derecho trajo como consecuencia el debilitamiento de las concepciones del positivismo jurídico, caracterizado principalmente por la idea de un sistema jurídico cerrado y solo basado en normas, la separación estricta entre el derecho y la moral, la aplicación de la técnica del silogismo jurídico, entre otras características; y, a la vez permitió que se reconociera y revalorizara la importancia de los *principios generales* para el derecho, brindando coherencia al sistema jurídico en su conjunto y convirtiéndose en una fuente material para la construcción del derecho en general, concretamente para el derecho administrativo en particular.

Habiendo definido la etapa histórica que revalorizó la importancia de los principios generales, nos centraremos en sus orígenes y fundamentos, según el profesor Pedro Coviello, los principios generales del derecho "surgen del Derecho Natural, o de las concepciones históricas de los pueblos, o de las creencias jurídicas compartidas por los pueblos, o por la elaboración de la ciencia jurídica o hasta que se desprenden entramado jurídico positivo" **(1)**. En esa misma línea, y de manera complementaria, Juan Carlos Cassagne ha afirmado que los principios "guardan estrecha relación con la justicia o con el derecho natural, en el que encuentran su fundamento (...) los principios existen por sí mismo, y casi podría decirse que son tan obvios que nadie puede negar o refutar (la defensa de la vida, la dignidad de la persona, la protección de la libertad interior y exterior, la buena fe (...)" **(2)**.

Bajo estas premisas, y siguiendo lo preceptuado por los citados autores, considero también que los principios generales del derecho tienen su origen y fundamento en el derecho natural (fundada en la moral y en el respeto de la persona humana), y que su existencia no depende de una actividad creativa y racional humana, sino que "lo único que hace el hombre es aprehenderlas y ponerlas en práctica mediante distintas formas que alcanzan su relieve jurídico-político mediante tradiciones, precedentes y leyes positivas" **(3)**. Asimismo, dado su origen y fundamento, es indudable que los principios se

(1) COVIELLO, Pedro, "Los principios generales del Derecho frente a la Ley y el Reglamento en el Derecho Administrativo Argentino", p. 4. (ps. 1 — 23). Debido a las circunstancias, solo se pudo acceder a una versión del documento proporcionada por la cátedra.

(2) CASSAGNE, Juan Carlos, "Los principios generales del Derecho Administrativo", p. 964 (ps. 963 -974). Debido a las circunstancias, solo se pudo acceder a una versión del documento proporcionada por la cátedra.

(3) COVIELLO, Pedro, ob. cit., p. 4.

encuentren dotados de un alto contenido moral o criterios de justicia, y si bien muchos de estos, desde un comienzo, no se encontrarían positivizados; sin embargo, tras el surgimiento del Estado constitucional de derecho, la mayoría de dichos principios fueron reconocidos y consagrados en los textos constitucionales modernos, así como en la ley, y además, no podemos negar, que muchos de estos también han sido reconocidos y concretizados en sus alcances gracias a la labor interpretativa efectuada por los jueces.

En este contexto, y respecto a la incorporación de los principios generales en el derecho administrativo, Cassagne afirma que este acto se produjo "a partir de su reconocimiento en las constituciones nacional y provinciales, a modo de principios positivos expresos o implícitos y derivados del derecho natural (...)" **(4)**. Es así que en el Preámbulo de la Constitución Nacional se reconoció el criterio de justicia que es subyacente a todos los poderes públicos, precisándose lo siguiente:

"Los representantes del pueblo de la Nación Argentina, reunidos en el Congreso General Constituyente por voluntad y elección de las provincias que la componen, en cumplimiento de pactos preexistentes, con el objeto de constituir la unión nacional, *afianzar la justicia*, consolidar la paz interior, proveer a la defensa común, promover el bienestar general y asegurar los beneficios de la libertad, para nosotros, para nuestra posteridad, y para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino: invocando la protección de Dios, fuente de toda razón y *justicia* (...)" **(5)** [el resaltado es nuestro].

II. Importancia de los principios generales del derecho

La trascendencia de los principios generales del derecho radica en que otorgan coherencia y fundamento (basado en la justicia) a las normas del sistema jurídico en su conjunto, puesto que funcionan como "orientadores e informadores del ordenamiento permitiendo realizar una labor correctiva o extensiva de las normas e integradora de este a la carencia de normas que rijan una cuestión" **(6)**. En ese sentido, considero que los principios generales del derecho constituyen "la base del sistema jurídico, inspiran sus normas e informan su contenido" **(7)**; por lo que, permitirán suplir vacíos o lagunas de la labor legislativa, integrar o coadyuvar a la concretización de las disposiciones de la Constitución, la ley, u otra normativa, con la finalidad de resolver con criterios de justicia cualquier problema jurídico en concreto. En esa misma línea, Cassagne afirma que:

"Los principios generales del derecho en el derecho administrativo el cual, además de ser un derecho de equidad, (...) que acude frecuentemente a la corrección del rigorismo excesivo de la ley con fórmulas que contienen los criterios de justicia que demanda el caso particular, exalta y potencia el papel del juez en el proceso de creación del derecho" **(8)**.

En ese sentido, considero que si no se reconociera la importancia debida a los principios generales del derecho; y, por ende, si el ordenamiento jurídico solo estuviese regido por reglas objetivas (*normas*); se correría el riesgo de considerar como derecho incluso lo que es manifiestamente injusto, puesto que solo importaría que una determinada norma o disposición legal cumpla con la formalidad para su aprobación, promulgación y publicación, sin importar ni analizar si su contenido cumple con los criterios de justicia, que deberían ser subyacentes a toda norma del ordenamiento jurídico. Es por todas estas razones que los principios generales se encuentran en la base del ordenamiento jurídico y deberán tener primacía frente a cualquier otra fuente del derecho.

III. Características de los principios generales del derecho

He manifestado la trascendencia de los principios generales para la formación del derecho en general y del derecho administrativo en par-

(4) CASSAGNE, Juan Carlos, "Derecho Administrativo", Palestra Editores, Lima, p. 199.

(5) Constitución Nacional Argentina. Preámbulo.

(6) CASSAGNE, Juan Carlos, "Derecho Administrativo", ob. cit.

(7) CASSAGNE, Juan Carlos, "Los principios generales del Derecho Administrativo", ob. cit., p. 965.

(8) Ibidem, p. 966.

ticular, debido a que integran, suplen vacíos de la ley, concretizan y en general, otorgan coherencia al sistema jurídico en su conjunto; sin embargo, dada su especial estructura y naturaleza, que es abierta, abstracta e indeterminada (gozan de una indeterminación normativa y semántica) o ambigua, también han generado problemas interpretativos para los operadores jurídicos (jueces) u operadores administrativos, quienes deberán realizar una labor interpretativa más compleja y racional, con la finalidad de concretizarlos para poder solucionar con criterios de justicia un determinado problema jurídico. Al respecto, y con relación a la naturaleza jurídica compleja de los principios, Guastini ha señalado lo siguiente:

"El concepto de principios es mucho *más complicado y controvertido*, y que los juristas contemporáneos consideran principio a toda norma que presenta las dos siguientes características: 1. Los principios en cuanto normas fundamentales. (...) se refiere a la posición de las normas en cuestión en el sistema jurídico (...) 2. Los principios como normas estructuralmente indeterminadas. (...) se refiere al contenido mismo de las normas y/o su estructura normativa. Un principio es una norma estructuralmente indeterminada (...), tiene una textura abierta (...)" **(9)** [el resaltado es nuestro].

Por lo antes señalado, advierto que los principios generales del derecho por su alto grado de indeterminación y abstracción necesitarán que los operadores realicen una labor interpretativa más compleja, racional y con un mejor nivel de argumentación con la finalidad de precisarlos y puedan ser aplicados en un caso concreto o para resolver un problema jurídico en particular. No obstante ello, no podemos negar que es precisamente dichas características, lo que permite que estos sean aplicados a una mayor cantidad de situaciones o problemas jurídicos y que se adapten a los cambios de una sociedad, con la única finalidad de encontrar criterios de justicia adecuados para el caso concreto.

(9) GUASTINI, Ricardo, "Teoría e Ideología de la Interpretación Constitucional", Prólogo de Miguel Carbonell. Instituto de Investigaciones Jurídicas — UNAM, Editorial Trotta S.A., Madrid, ps. 74-77.

IV. Funciones de los principios generales del derecho

En cuanto a las funciones de los principios generales del derecho, hemos manifestado que estos son el fundamento de las normas y brindan coherencia a todo el ordenamiento jurídico en general, constituyendo la principal fuente del derecho en general, como del derecho administrativo. De acuerdo con diversos autores, puedo señalar que las funciones que los principios generales cumplen son las siguientes: i) concretización de las normas o disposiciones; ii) integración y suplencia ante vacíos de la ley; y, iii) límite frente a cualquier acto arbitrario de los operadores jurídicos o administrativos.

Sobre el particular, respecto a la función de concretización de las normas o disposiciones, considero que los principios generales del derecho coadyuvan a que las reglas (rígidas, genéricas o confusas) puedan ser llenadas de contenido, concretizadas y finalmente aplicadas a un caso concreto, permitiendo resolver el caso en concreto con criterios de justicia. Es a través de este rol que cumplen los principios, que se podrá brindar "seguridad jurídica para que todos los operadores puedan encontrar soluciones coherentes y fácilmente localizables que les permitan encontrar una referencia estable del razonamiento jurídico" **(10)**.

Asimismo, respecto a la función de integración y suplencia ante los vacíos de la ley u otra disposición normativa, los principios debido a su especial naturaleza y estructura (genérica, abierta e indeterminada), permiten que se apliquen a una mayor cantidad de casos, e incluso su flexibilidad permite que estos se adapten a los cambios que experimentan las sociedades en el transcurso del tiempo y puedan ser aplicados con mayor margen de libertad por los operadores; es por ello, que podrán llenar los vacíos del legislador, e integrar el ordenamiento jurídico con la finalidad de crear soluciones con criterio de justicia para resolver un caso en concreto.

Por último, los principios cumplen la función de límite al poder reglamentario y a las actuaciones de la Administración en general, ya que

(10) CASSAGNE, Juan Carlos, "Los principios generales del Derecho Administrativo", ob. cit., p. 968.

no solo garantizarán los derechos de los administrados, sino que su respeto constituye un parámetro de validez de los actos de la Administración, de lo contrario estos terminarán siendo arbitrarios y desproporcionales y con ello menoscabando los derechos de los administrados. Es en ese sentido, que Cassagne afirma que los principios generales del derecho, "integran el bloque de legitimidad que forma parte del orden público administrativo" **(11)**.

En esa misma línea, Cassagne ha manifestado: "Los principios generales representan un freno que cumple la función de garantizar los derechos de los particulares frente a los abusos en que suelen incurrir las leyes o reglamentos administrativos" **(12)**.

V. Aplicación de los principios generales del derecho como fuente del derecho administrativo

A lo largo de estas páginas, hemos visto el origen, estructura, funciones y la importancia de los principios generales del derecho para la construcción del derecho en general y propiamente del derecho administrativo. Asimismo, se ha determinado que estos constituyen una fuente material del derecho administrativo, en la medida que, a pesar de su especial naturaleza y estructura, brindan a los operadores administrativos o jurídicos criterios y fundamentos, basados en la justicia, para resolver determinados problemas jurídicos, ya sea supliendo vacíos de la ley, concretizando las normas, e incluso constituyendo un auténtico límite de la actuación de la Administración; es allí donde radica su trascendencia al brindar coherencia al ordenamiento jurídico en general y constituir el fundamento de las demás fuentes del derecho. En esta misma línea, el profesor Coviello manifestó:

"Por lo tanto, los principios generales del derecho, aun no legislados, tienen primacía tanto sobre las normas legales y reglamentarias, como sobre la costumbre y la jurisprudencia (...). Como se puede apreciar, la relevancia que les asigna el autor se sitúa en la máxima altura del ordenamiento jurídico al momento de evaluar la validez de una ley a la luz de la Constitución" **(13)**.

Respecto al derecho administrativo argentino, encontramos principios generales del derecho que son propios de esta rama del derecho, y que debido "a su especialidad y fundamento institucional no permiten extenderlos a todas las ramas del Derecho" **(14)**. Según Cassagne, pertenecen a este grupo los siguientes principios: "El paralelismo de las competencias: 1) El estado de necesidad para fundamentar la reglamentación de urgencia; 2) El que prescribe que en los contratos administrativos de atribución de toda duda debe interpretarse a favor del contratista particular; 3) La autotutela coactiva en la protección del dominio público; 4) La creación de obligaciones por acto administrativo unilateral; 5) La irrevocabilidad de los actos administrativos creadores de derechos subjetivos; 6) La necesidad de motivar los actos que afectan los derechos e intereses individuales o colectivos; 7) El informalismo y el silencio administrativo, ambos en favor de todos los particulares por igual, sean personas físicas o jurídicas; 8) La presunción de legitimidad del acto administrativo; 9) El principio de ejecutoriedad del acto administrativo; 10) La publicidad de los actos del gobierno; 11) El acceso del particular a la información estatal no clasificada previamente como secreta; 12) La participación activa o pasiva de los administrados; sean estos personas físicas o jurídicas, en el quehacer de la Administración; entre otros" **(15)**.

De igual manera, el profesor Coviello, citando al profesor Marienhoff, señaló los siguientes principios generales, partiendo del derecho natural:

"(...) [E]l derecho a la vida; los que se derivan de la forma republicana de gobierno; el de la igualdad ante la ley; el de proporcionalidad o igualdad de las cargas públicas; el debido proceso legal; el derecho a la indemnización de todo menoscabo patrimonial por razones de interés

(11) CASSAGNE, Juan Carlos, "Derecho Administrativo", ob. cit., p. 199.

(12) CASSAGNE, Juan Carlos, "Los principios generales del Derecho Administrativo", ob. cit., p. 965.

(13) COVIELLO, Pedro, ob. cit., p. 9.

(14) CASSAGNE, Juan Carlos, "Derecho Administrativo", ob. cit., p. 200.

(15) Ibidem.

público; la irretroactividad de los reglamentos; la teoría que lo principal sigue a lo accesorio; el enriquecimiento sin causa; la exigencia de sustrato ético en todo acto jurídico; el de la libertad integral del ciudadano; el de intangibilidad de los efectos individuales de los actos administrativos generales; el derecho a la personalidad; entre otros el de la propia imagen y el uso del nombre" **(16)**.

Ahora bien, para evidenciar la importancia en la aplicación de los principios generales en el derecho administrativo argentino, mencionaré el fallo de la Corte Suprema en la causa "Vera Barros, Rita Esther c. Estado Nacional (Armada Argentina - Dirección General de Personal Naval" (Sentencia del 14 de diciembre de 1993) **(17)**.

El contexto es que la actora, hija soltera del suboficial Tomas A. Vera Barros, convivió y cuidó a este durante una larga enfermedad, y al fallecer su progenitor solicitó de la Armada el otorgamiento de la pensión pertinente, solicitud que fue denegada por tener la peticionante 48 años y 5 meses de edad, y no 50 años, como lo exige el inc. 5 del artículo 82° de la ley 19.101 que regula la presente materia.

Al respecto, en dicho fallo se advierte el voto de los magistrados Rodolfo C. Barra, Carlos S. Fayt y Mariano Augusto Cavagna Martínez en los términos siguientes:

"(...) [U]n atento examen del art. 82° inciso 5, permite concluir que la finalidad que anima la misma — dentro de la política legislativa de adecuar el acceso a la pensión por parte de la hija soltera, de acuerdo con las circunstancias sociales de la época — no aspira tanto a verificar el mero cumplimiento formal de los requisitos allí establecidos, cuanto apremiar la actuación de quien, de forma efectiva se involucró en la suerte de su familia".

"Surge que la conducta de la actora, en cuanto al cumplimiento de uno de los requisitos legales (años de convivencia) supera lo exigido por el tenor literal de la ley y que, si bien no reúne el requisito de la edad exigido, ello acontece por un margen mínimo que no puede en ese caso, y en virtud de las razones anteriormente expuestas (...) ser valorado restrictivamente (...). Por ello, parece plausible realizar al *sub lite* una aplicación equitativa de ese aspecto del precepto, en aplicación del criterio de esta Corte según el cual "no es siempre método recomendable el atenerse estrictamente a las palabras de la ley, ya que el espíritu que las nutre es lo que debe rastrearse en procura de una aplicación racional, que avente el riesgo de un formalismo paralizante; debiendo buscar en todo tiempo una valiosa interpretación de lo que las normas, jurídicamente, han querido mandar, de suerte que la admisión de soluciones notoriamente disvaliosas, pudiéndose arbitrar otras de mérito opuesto, no resulta compatible con el fin común dela tarea legislativa, como de la judicial".

"(...) [C]abe destacar que esta solución es la que se compadece con el mandato constitucional que garantiza la protección integra de la familia (...) de suerte que, si bien "es principio general en materia de pensiones" que estas deben acordarse con arreglo a la situación existente al día del fallecimiento" (...), también lo es que "en materia de previsión social" no debe llegarse al desconocimiento de derechos sino con extrema cautela".

De otro lado, en el caso "Laplacette" **(18)**, relacionado a la exigencia de una indemnización (causa civil) como consecuencia de las inundaciones producidas en su predio, la Corte Suprema de la Nación, señaló, entre otros:

"(...) [S]i bien puede divergirse sobre los fundamentos de la teoría de la responsabilidad del Estado por los daños causados sin culpa a los particulares, es indudable que entre nosotros

(16) COVIELLO, Pedro, ob. cit., p. 7.

(17) Fallos 316:1025

(18) Fallos: 195:166, 1943 "(...) Juan Laplacette era propietario de una extensión de campo en Junín, jurisdicción de la demandada, que linda por una parte con la laguna de Gómez, del cual 564 hectáreas han sido cubiertas de todo y permanentemente desde el año 1911 por las aguas de esa laguna, en razón del canal del Norte y las obras para embalsar agua para la navegación, ejecutadas en mérito a la ley provincial del 14 de enero de 1904, inutilizándolas para siempre; La Agraria se encuentra en la misma situación con 1.450 hectáreas de su propiedad, próximas a las anteriores, y la sucesión de Catalina Laplacette de Ladoux con 299 hectáreas igualmente inutilizadas y perdidas, que son linderas a las de Juan Laplacette (...)".

esa responsabilidad nace, en los casos como el presente, de la garantía de la inviolabilidad de la propiedad consagrada por los arts. 14 y 17 de la Constitución Nacional y que la forma de hacer efectiva esa garantía es necesario buscarla en los principios del derecho común, a falta de disposición legal expresa, pues de lo contrario la citada garantía constitucional sería ilusoria (...) La responsabilidad del Estado por los daños causados sin culpa, si bien con divergencias sobre los fundamentos jurídicos que la justifican, es aceptada por la doctrina general (conf. M. Hauriou, 'Précis de droit administratif', etc., p. 384; Otto Mayer, 'Le droit administratif allemand', t. 4, p. 221; Frita Fleiner, 'Instituciones de derecho administrativo', p. 233). La misma doctrina ha sido aplicada por los tribunales civiles de la Capital, puede verse la sentencia de la cámara civil 2º en el juicio Molle, Félix c. Municip. de la Capital (G. del F., t. 86, p. 204), voto del doctor Raymundo Salvat. Esta es la única solución equitativa y justa, la que conduce a la protección de la propiedad perjudicada por obras del Estado; equidad y justicia que debe guiar la interpretación de los principios generales, de la doctrina y de los textos legales, que así por analogía, son llevados a regir los casos no previstos expresamente pero que caben dentro del contexto general de los principios que los informan (conf. Fallos, t. 143, p. 321; t. 145, p. 89) (...)".

De lo expuesto en los casos precedentes, puedo advertir respecto al primer caso que en el caso materia de análisis, los magistrados de la Corte Suprema interpretaron los alcances de la ley 19.101, no ciñéndose a un formalismo y/o literalidad de dicha disposición legal, sino más bien se estableció que se debía valorar las circunstancias concretas del caso sometido a análisis con relación a la rigidez normativa, además se previó que en materia previsional no se pueden desconocer otros derechos conexos, ello garantizó la protección integral de la familia, y con ello se aseguró para la demandante la oportunidad de continuar con una vida digna y así poder concretizar su libre desarrollo de la personalidad. De otro lado, respecto del segundo caso se colige que se ha integrado en el análisis los principios generales del derecho (equidad y justicia), ello concretamente con la finalidad que, frente a un vacío legal se pueda haber adoptado una solución justa en armonía con el propio texto constitucional, en contraposición a la rigidez que la norma legal ostenta.

VI. Conclusiones

Los principios generales del derecho alcanzaron mayor reconocimiento tras el surgimiento del Estado constitucional de derecho, y su trascendencia radica en que han contribuido en armonizar el sistema normativo con los ideales morales basados en la justicia, brindando a los operadores (judiciales y administrativos) un mayor margen de libertad para buscar y/o crear soluciones con criterios de justicia que sean capaces de resolver un problema jurídico en particular, pese a la rigidez, generalidad, poca claridad o vacío de las disposiciones normativas aplicables a los casos en concreto.

Los principios generales del derecho cumplen un rol orientador e inspirador de las normas y del ordenamiento jurídico, permitiendo integrar, suplir deficiencias de la norma y brindar coherencia al ordenamiento jurídico y, por ende, tienen primacía respecto a otras fuentes del derecho.

Los principios generales del derecho por su alto grado de indeterminación y abstracción necesitarán que los operadores realicen una labor interpretativa más compleja, racional y con un mejor nivel de argumentación. No obstante ello, no podemos negar que sean precisamente dichas características, lo que permita que ellos sean aplicados a una mayor cantidad de situaciones o problemas jurídicos y que se adapten a los cambios de una sociedad, con la única finalidad de encontrar criterios de justicia adecuados para el caso concreto.

Finalmente, a través de la casuística de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (caso "Vera Barros, Rita Esther c. Estado Nacional" (Armada Argentina - Dirección General de Personal Naval y caso "Laplacette"), se evidenció cómo los magistrados de la judicatura han podido resolver situaciones en particular, apartándose de los formalismos y/o rigidez de las disposiciones normativas, a fin de interpretar dichas normas utilizando los principios generales del derecho (*equidad y justicia*) con la única finalidad de alcanzar justicia para el caso concreto.

Caducidad en el proceso contencioso administrativo

Tutela efectiva y mayor cautela en los grupos vulnerables

Carolina B. Echeverria

Sumario: I. Introducción.— II. Determinación de los grupos vulnerables.— III. Trascendencia de las 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad.— IV. Discriminación positiva.— V. Nuevas perspectivas de la Corte respecto a la tutela judicial efectiva y presupuestos de mayor cautela respecto a los grupos vulnerables.— VI. Características propias de la figura de la caducidad de instancia.— VII. Tratamiento del instituto de la caducidad. Notificación previa en el Código Procesal Civil y Comercial de la provincia del Chaco y la provincia de Buenos Aires.— VIII. Conclusión: proceso contencioso administrativo. La tutela judicial efectiva.

I. Introducción

Se han escrito innumerables artículos sobre la caducidad de la acción y razones de su existencia, la que generalmente se traducen en "la presunción de abandono de la acción por parte del actor" y se basa en principios de celeridad y economía procesal.

Pero ciertamente, este instituto opera como una herramienta a) para la demandada: al terminar con el litigio, ya que generalmente el actor no vuelve accionar sobre la misma pretensión y queda herido por la cuantiosa suma de honorarios a pagar y b) para el tribunal: quien atosigado de causas y plazos para resolver disminuye así el caudal de expedientes.

Cuanto más cuidado habrá que tener al aplicar el instituto en causas contencioso-administrativas, en la que el demandado —el Estado— quien es el responsable de sostener la legalidad de sus actos, entorpece el trámite ya sea no cumpliendo con las requisitorias o retardándolas y contando además con una estructura y equipo de abogados prestos a litigar contra aquel individuo, un ciudadano quien se enfrenta aquel sin las fortalezas que la realidad requiere, sumado a la existencia de una falencia mayor determinada por pertenecer a un sector vulnerable.

¡Cuánto se ha escrito sobre la "tutela judicial efectiva", el "acceso a la justicia", el derecho a obtener una "sentencia justa"! Pero los hechos nos demuestran un escenario que lamentablemente se aleja de la teoría y del deber ser.

En este trabajo desarrollaré los nuevos conceptos y lineamientos que la jurisprudencia ha puesto en el escenario respecto a la protección de este sector, en pos de la tutela efectiva, resultante de tratados internacionales, que como ya

(*) Abogada. Especialista en Derecho Administrativo (Universidad Nacional del Nordeste). Especialista en Derecho Tributario (Universidad Nacional del Nordeste). Doctoranda en el "Doctorado en Administración y Políticas Públicas", 6ta. cohorte (Universidad Nacional de Córdoba), Secretaria técnica —Secretaría Contencioso-Administrativa—, Superior Tribunal de Justicia del Chaco.

mencioné tuvieron concreción en normas de procedimiento local de algunas provincias las que han tenido en cuenta esta situación reformando sus códigos procesales, imponiendo la necesidad de una intimación previa al actor en su domicilio particular para que manifieste la intención de continuar con la acción.

II. Determinación de los grupos vulnerables

Cuando hablamos de "grupos vulnerables", ¿a quiénes nos referimos?, ¿dónde se encontraría el límite?, ¿qué derechos debemos considerar?

Así las cosas, generalmente, cuando hablamos de grupos vulnerables, podemos integrar a ellos varios sectores o personas que viven determinadas circunstancias que lo conformarían, razón por la cual, es necesario precisar a los que —hasta el momento— son considerados tales por los estamentos institucionales y convenciones de derechos humanos.

En este sentido y como bien sabemos, los tratados internacionales de derechos humanos fueron introducidos como parte integrativa del texto constitucional y con la jerarquía de la Ley Suprema de la Nación que han significado una nueva perspectiva para mirar el Derecho. Y esta nueva perspectiva no está dada por los textos de los tratados en sí, sino por la circunstancia de indicarse, en la Constitución Nacional, que esos tratados eran incorporados al orden jurídico argentino, así varios de ellos refieren a estas personas pertenecientes a grupos vulnerables.

Cuando nos referimos sobre estos grupos, surgen diversas voces, las que incluyen en estos a personas, quienes se encuentran en una situación de disparidad de oportunidades o trato en comparación con los demás, generándose discusiones que muchas veces no llegan a un buen puerto. Lo que si podemos afirmar es que tanto doctrinaria como normativamente, se han reconocido al menos, en forma incuestionable, 5 grupos especiales, que por su "especial" condición, requieren acciones compensatorias (denominadas "acciones afirmativas") por parte del Estado en aras de equiparar su particular situación con la de quienes no forman parte de esos grupos, a saber, niñez y adolescencia, mujeres, adultos mayores, pueblos indígenas y/o afrodescendientes y personas con capacidades o retos especiales, conforme los tratados y resoluciones de la CIDH **(1)**.

Estos grupos, tradicionalmente han sufrido discriminación, a veces en forma directa mediante humillaciones o menosprecio, en otras ocasiones su exclusión se ha visto reflejada en la falta de suficiencia para lograr sus objetivos en la contienda de la vida y dentro de esta sociedad actual.

III. Trascendencia de las 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad

En estas reglas, se desarrollan los principios recogidos en la "Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia en el Espacio Judicial Iberoamericano" (Cancún 2002), específicamente los que se incluyen en la parte titulada "Una justicia que protege a los más débiles" (apartados 23 a 34). Así en la exposición de motivos proclama: "El sistema judicial se debe configurar, y se está configurando, como un instrumento para la defensa efectiva de los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad. Poca utilidad tiene que el Estado reconozca formalmente un derecho si su titular no puede acceder de forma efectiva al sistema de justicia para obtener la tutela de dicho derecho". Y que, "[s]i bien la dificultad de garantizar la eficacia de los derechos afecta con carácter general a todos los ámbitos de la política pública, es aún mayor cuando se trata de personas en condición de vulnerabilidad dado que estas encuentran obstáculos mayores para su ejercicio. Por ello, se deberá llevar a cabo una actuación más intensa para vencer, eliminar o mitigar dichas limitaciones".

Agregando además que "[l]as presentes Reglas no se limitan a establecer unas bases de reflexión sobre los problemas del acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, sino que también recogen recomendaciones para los órganos públicos y para quienes prestan sus servicios en el sistema judicial. No solamente se refieren a la promoción de políticas públicas que garanticen el acceso a la justicia de estas personas, sino también al trabajo cotidiano de todos los servidores y opera-

(1) http://www.oas.org/es/cidh/mandato/documentos_basicos.asp; https://www.corteidh.or.cr/

dores del sistema judicial y quienes intervienen de una u otra forma en su funcionamiento" por lo que recomienda a todos los poderes públicos que, cada uno dentro de su respectivo ámbito de competencia, promuevan reformas legislativas y adopten medidas que hagan efectivo el contenido de estas Reglas.

Así en el Capítulo I, desarrolla conceptos y enumeraciones a fin de determinar quiénes deben ser considerados en situación de vulnerabilidad, y dice: "Se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico" y que "[p]odrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad".

Hoy se han cumplido 12 años desde su nacimiento, es uno de los más importantes instrumentos que contempla relevantes previsiones para avanzar y fortalecer el derecho humano de acceso a la justicia de estos grupos de personas (en especial, de su derecho de acceso colectivo a los tribunales de justicia), forma parte del sistema de fuentes del derecho interno argentino gracias a la Acordada de la CS N° 5/2009.

Mediante dicha Acordada, firmada el 24/02/2009 (el mismo día en que se dictó la sentencia del caso "Halabi" **(2)**, el máximo tribunal de nuestro país adhirió a tales Reglas y dispuso que "deberán ser seguidas —en cuanto resulte procedente— como guía en los asuntos a que se refieren" (art. 1°).

En los fundamentos de la norma de adhesión la CS sostuvo que estas Reglas "resultan una valiosa herramienta en un aspecto merecedero de particular atención en materia de acceso a la justicia, a cuyo efectivo mejoramiento el Tribunal se ha comprometido a contribuir, entre otras medidas, mediante la creación de la Comisión Nacional de Acceso a la Justicia (Acordada N° 37/2007, del 17/12/2007)".

Si bien es cierto que, a través de políticas estaduales y normativas, hace bastante tiempo, se viene acompañado a la infancia como a las personas con capacidades diferentes, es también indiscutible que existen otras relegadas de esa protección como por ejemplo los adultos mayores.

IV. Discriminación positiva

a) Hemos escuchado con mayor asiduidad en estos casos, el concepto de "discriminación positiva", pero ¿qué significado tiene en nuestro ámbito?

Pues, podríamos decir que son acciones afirmativas a favor de quienes forman parte de los grupos especiales, tal y como lo refieren la doctrina de los derechos humanos, no son concesiones que un grupo haga a favor del otro, sino que es el reconocimiento de la diversidad y la respuesta a las necesidades que la equidad impone.

b) Nuestro Tribunal Cimero ha desarrollado este principio, en pos de la tutela judicial efectiva, aludida en varios congresos, exposiciones y sentencias.

Específicamente ha dictaminado al respecto —y que en este trabajo prefiero extractar, dada la precisión con la que construyen el concepto— que "la reforma constitucional introducida en 1994 dio un nuevo impulso al desarrollo del principio de igualdad sustancial para el logro de una tutela efectiva de colectivos de personas en situación de vulnerabilidad, estableciendo 'medidas de acción positiva' traducidas tanto en 'discriminaciones inversas' cuanto en la asignación de 'cuotas benignas' en beneficio de ellas. Es que, como se ha dicho, en determinadas circunstancias, que con suficiencia aprueben el test de razonabilidad, resulta constitucional favorecer a determinadas personas de ciertos grupos sociales en mayor proporción que a otras, si mediante esa 'discriminación' se procura compensar y equilibrar la marginación o el relegamiento desigualitario que recaen sobre aquellas; esta desigualdad de trato 'reparadora' se denomina precisamente discriminación

(2) CS Fallos: 332:111

inversa porque tiende a superar la desigualdad discriminatoria del sector perjudicado..." **(3)**.

Agregando además: "La citada reforma introdujo 'discriminaciones inversas' y 'cuotas benignas' en materias muy variadas, tales como la representación política de las mujeres (art. 37 y cláusula transitoria segunda),la identidad cultural y el arraigo territorial de las comunidades originarias (art. 75, inc. 17) y, de modo especial, con los niños en situación de desamparo desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, las madres durante el embarazo y el tiempo de lactancia, los ancianos y las personas con discapacidad.

"Sobre ellos la Norma Fundamental argentina encomienda al Congreso de la Nación 'legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos' (art. 75, inc. 23) (Fallos: 342:411)" **(4)**.

V. Nuevas perspectivas de la Corte respecto a la tutela judicial efectiva y presupuestos de mayor cautela respecto a los grupos vulnerables

Nuestro Tribunal Cimero en la causa "García Blanco" **(5)** del 06/05/2021, ha reiterado en coincidencia con lo pronunciado en el fallo "García" **(6)** la Corte expresó que la garantía constitucional consagrada en el art. 18 de la Constitución Nacional importa no solo el derecho de acceder a un tribunal de justicia imparcial e independiente, sino el de ser oído y, de ahí, que las decisiones que se adopten hagan debido mérito de los planteos conducentes que realicen los litigantes. Destacó que, aun con mayor cautela cuando se trata de personas que integran un grupo vulnerable, con preferente tutela constitucional (art. 75, inc. 23 de la Constitución Nacional), se debe tener presente que el derecho de ocurrir ante un órgano judicial en procura de justicia requiere que la tutela judicial resulte efectiva; esto es, que sea oportuna y posea la virtualidad de resolver, sin dilaciones, las cuestiones sometidas a su conocimiento.

Asimismo, señaló que la avanzada edad del actor —que a la fecha de la sentencia tendría 97 años—, la naturaleza de los derechos involucrados vinculados a la subsistencia durante la ancianidad, como así también la preferente tutela constitucional de la que gozaba el demandante; y la incontrastable circunstancia de que el reenvío de la causa a la anterior instancia podía conducir a la definitiva privación de su derecho, la Corte debía hacer uso de la atribución prevista en el art. 16 de la ley 48 y decidir sobre la procedencia del reclamo.

Por ello, remitió al precedente "García" —Fallos: 342:411— e hizo lugar a lo peticionado.

En el mentado precedente el Supremo Tribunal dijo textualmente: "El envejecimiento y la discapacidad —los motivos más comunes por las que se accede al status de jubilado— son causas predisponentes o determinantes de vulnerabilidad, circunstancia que normalmente obliga a los concernidos a contar con mayores recursos para no ver comprometida seriamente su existencia y/o calidad de vida y el consecuente ejercicio de sus derechos fundamentales, por ello, las circunstancias y condicionantes de esta etapa del ciclo vital han sido motivo de regulación internacional, generando instrumentos jurídicos específicos" **(7)** incluyendo además conceptos delineados en otras sentencias sobre el acceso a la justicia y el derecho a ser oído **(8)**.

VI. Características propias de la figura de la caducidad de instancia

En el contexto descripto, y teniendo en cuenta el foco en el que nos centramos, sin internalizar en la deducción de la preeminencia e inferencia de los tratados internacionales en nuestro dere-

(3) CS, Recurso Queja nº 5 — "Defensoría de Menores e Incapaces nº 6 y otros c/ Colegio Mallinckrodt Hermanas de la Caridad Cristiana Hijas de la Bienaventurada Virgen Maria s/amparo", 26/11/2020.

(4) Ibidem.

(5) CS, "García Blanco Esteban c/ Anses s/ Reajustes Varios", 06/05/2021.

(6) CS, "García, María Isabel c/ AFIP s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad", 26/03/2019. Fallos: 342:411.

(7) CS, "García Blanco Esteban c/ Anses s/ Reajustes Varios", 06/05/2021.

(8) CS: 316:380; 322:1481; 317:638.

cho, abordaremos inicialmente esta exposición con las características intrínsecas de la figura de la caducidad de instancia. En este cometido, y como punto de partida, debemos preguntarnos sobre la caducidad: ¿qué es? ¿Para qué?

En cuanto al primer cuestionamiento, diremos que, generalmente, la definición más frecuente entre los operadores jurídicos es la propugnada por Falcón **(9)** o Hutchinson **(10)**, pero que en otras palabras se pueden simplificar estas, enunciando que la caducidad "es un modo anormal de extinción del proceso, operado ante la inactividad de quien pesa la carga de impulsar la causa, en un lapso de tiempo".

Otros autores **(11)** opinan que la declaración de caducidad constituye una pena para el litigante negligente, que deja paralizado el proceso por un tiempo prolongado.

Habiendo la Corte Suprema de Justicia de la Nación abonado esta postura al entender que instituto de la caducidad de instancia tiene por finalidad la de terminar los pleitos en los que, por falta de actividad de partes, la ley presume total desinterés en su prosecución.

Así ha dicho la CS al señalar que el fundamento del instituto de la caducidad radica en el abandono por parte del interesado del impulso del proceso, concerniendo esa exteriorización de inactividad una presunción de desinterés. En tal sentido, se considera que el propósito de la perención responde a la necesidad de evitar la duración indeterminada de los juicios, como medio de proteger la seguridad jurídica **(12)**.

Pero tampoco debemos perder de vista que al ser la caducidad un modo anormal de terminación del proceso y cuyo fundamento reside en la presunción de abandono de la causa, su interpretación debe ser restrictiva motivo y la aplicación que de ella se haga debe adecuarse a ese carácter **(13)**.

En segundo término, es oportuno preguntarnos: ¿para qué?, ¿cuál fue el objetivo el legislador al concebir esta conclusión del proceso?

A este interrogante no debemos más que afirmar que evidentemente el fin rector fue garantizar la seguridad jurídica. Pero es indudable que en la práctica esta repercute: a) en las partes, tanto la demandada como la demandante, para que no tengan causas eternamente abiertas que comprometan su futuro y perturben su presente, b) en el tribunal, quien queda liberado de los deberes que eventualmente le impondría la subsistencia indefinida de la instancia, descomprimiendo la masa litigiosa.

Asimismo, es oportuno citar a Colombo **(14)**, quien concibe un tercer fin o consecuencia del instituto de la caducidad: como un estímulo de aceleración indirecto del impulso procesal, conminando con la extinción del proceso la inactividad de la parte a la que ese impulso incumbe.

VII. Tratamiento del instituto de la caducidad. Notificación previa en el Código Procesal Civil y Comercial de la provincia del Chaco y la provincia de Buenos Aires

VII.1. Provincia del Chaco

Tomaremos como centro de análisis las normativas concernientes al tema de la provincia del Chaco, teniendo en cuenta que el desarrollo y la realidad expuesta se presenta en varios regímenes legales provinciales que suelen converger en la misma dirección.

El Código Contencioso Administrativo de la provincia del Chaco (ley 135-A), en su parte pertinente respecto a la declaración y trámite de la caducidad, dice: "Artículo 64: La perención de instancia podrá declararse de oficio. Solicitada por una de las partes se sustanciará corriéndose vista por tres días a la contraria, después de los

(9) FALCÓN, Enrique M., "Caducidad o Perención de Instancia", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1989, p. 11.

(10) HUTCHINSON, T., "Derecho procesal Administrativo", Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2009, t. III, p. 183.

(11) SERANTES PEÑA, Oscar E., y PALMA, Jorge F., "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", Depalma, Buenos Aires, 1983, t. I, p. 714.

(12) CS: Fallos CSJN: 320:2763 (Voto de los Dres. Boggiano y Vázquez).

(13) CS, "Brigne S.A. c/ Empresa Constructora Casa S.A. y otros", 24/10/2000.

(14) COLOMBO, Carlos J., "Caducidad de instancia de pleno Derecho", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1962, p. 59.

cuales se llamará 'autos' dictándose resolución dentro de los diez días de quedar consentida aquella providencia". Como bien observamos, este artículo nada dice sobre la *notificación previa*, recaudo previsto en el código procesal civil local (ley 2559-M), que determina en su artículo 317: "La petición deberá formularse antes de consentir el solicitante cualquier actuación del Tribunal, posterior al vencimiento del plazo legal, *previa intimación por única vez en el proceso, que se notificará en el domicilio procesal para que en el término de cinco [5] días manifiesten su intención de continuar con la acción* y produzcan la actividad procesal útil para la prosecución del trámite, bajo apercibimiento en caso de incumplimiento, de decretarse la caducidad de instancia, si correspondiere".

Esta enunciación trae como presupuesto que el mismo código contencioso, en su art. 104 determina: "*Serán aplicables en subsidio de las disposiciones del presente Código, las del Código Procesal Civil,* siempre que no se opusieran a los principios normativos de este ordenamiento, como así los principios generales de derecho administrativo y de derecho fiscal", por lo que entiendo que las facultades instructorias del juez deben estar dirigidas a extremar los cuidados, y a que en este contexto, y teniendo en cuenta que el propio código contencioso administrativo remite subsidiariamente a disposiciones del código procesal civil **(15)**, considero que es pertinente esta notificación, en pos de preservar los principios declamados en los tratados internacionales de derechos humanos y demás que integran nuestra plataforma constitucional, teniendo especial cuidado en preservar la efectivización de los derechos en ese sector, de personas en situación de vulnerabilidad y pos de los postulados de discriminación positiva, consagrado en sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

VII.2. Provincia de Buenos Aires

La provincia de Buenos Aires tiene un similar constructo legal que el de la provincia del Chaco, ya que en el artículo 62 del Código Contencioso Administrativo **(16)** dice: "Se producirá la caducidad de la instancia cuando no se impulsare el curso del proceso dentro de los seis [6] meses, salvo en los procesos especiales reglados por el Título II de este Código y el caso previsto en el artículo 21, en los cuales el plazo será de tres [3] meses".

Asimismo, el artículo 77 del mencionado código remite para la aplicación del trámite a normas del código Procesal Civil y Comercial de la Provincia **(17)**, el que en la parte que nos concierne, artículo 315 (texto según ley 13986) expresa: "Quienes pueden pedir la declaración. Oportunidad. Intimación previa. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo siguiente, la declaración de caducidad podrá ser solicitada por única vez en primera instancia, por el demandado. En los incidentes, por el contrario de quien lo hubiere promovido. En los recursos, por la parte recurrida. La petición deberá formularse antes de consentir el solicitante cualquier actuación del tribunal posterior al vencimiento del plazo legal, y *se substanciará previa intimación por única vez a las partes para que en el término de cinco [5] días manifiesten su intención de continuar con la acción* y produzcan la actividad procesal útil para la prosecución del trámite, bajo apercibimiento en caso de incumplimiento, de decretarse la caducidad de instancia", complementando el art. 316 el modo en que debe declararse de oficio.

El Tribunal Cimero de *la provincia de Buenos Aires*, ha puesto ojo avizor en ciertas circunstancias o protagonistas de un litigio llevado ante su juicio. Así podemos advertir el particular tratamiento que tienen las causas que involucran cuestiones previsionales o de salud, así como la especial atención a los adultos mayores, personas con capacidades diferentes y obviamente menores.

Debe prevalecer siempre la opción hermenéutica tuitiva, que es la que mejor armoniza con los estándares internacionales, así la Suprema Corte de Buenos Aires ha dicho que co-

(15) Art. 114: "Serán aplicables en subsidio de las disposiciones del presente código, las del código procesal civil, siempre que no se opusieran a los principios normativos de este ordenamiento, en concordancia el artículo 317 del código procesal civil, como así de posprincipios generales del derecho administrativo y del derecho fiscal".

(16) Código Contencioso Administrativo de la provincia de Buenos Aires. Ley 12.008 y modificatorias.

(17) Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de Buenos Aires. Ley 7425 y modificatorias.

rrespondía arbitrar "los medios idóneos para asegurar el efectivo ejercicio de su derecho de defensa en juicio (conf. arts. 1°, 18 , 31, 33 , 75 inc. 22 y cctes., Const. nacional; II, XVIII y cctes. , Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 2°, 6°, 7°, 8°, 10 y cctes., Declaración Universal de Derechos Humanos; 3°, 8°, 24, 25 y cctes., Convención Americana sobre Derechos Humanos; 2°, 3°, 14, 16 y cctes., Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 1°, 10, 11 , 15 y cctes., Const. provincial)". Y que la adecuada representación procesal tiene como fin "colocar al justiciable en forma efectiva en igualdad de armas con los demás sujetos intervinientes en el proceso" **(18)**.

Asimismo la Cámara Civil y Comercial de la provincia del Chaco **(19)** ha receptado el principio aplicándolo a un caso en concreto, indicando al respecto: "A lo que cabe agregar que la Sra. Sara Ofelia Avalos, conforme constancias de fs. 1, reviste la calidad de persona en situación de vulnerabilidad por su edad avanzada, conforme las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en condiciones de vulnerabilidad, aprobadas por la Asamblea Plenaria de la XIV Edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana a las cuales se encuentra adherido el Poder Judicial de la Provincia por Acuerdo Nro. 3092 del 29/04/2009, y además se encuentra amparada expresamente en el art. 75 inc. 23 de la Constitución Nacional…"; "De allí que la función de vigilar y guiar el proceso por parte del director del mismo es más rigurosa y obligatoria…".

Además cita una sentencia de la provincia de Corrientes que en su parte pertinente dice: "La sentencia que dispuso la caducidad de la instancia debe ser revocada si la actora había solicitado la apertura de la causa a prueba al tiempo que pidió se intime al demandado para que abone las tasas de justicia, es que, una vez cumplida que fuera la intimación renacía la obligación del tribunal de proveer lo que había tenido presente 'para su oportunidad', máxime cuando el accionante es una mujer de avanzada edad que se encuentra con graves problemas de salud, pues la Constitución Nacional impone en su Art. 75, inc. 23, que en el caso de las acciones en relación a los ancianos y personas con discapacidad, se deben promover 'acciones positivas' tendientes a la protección de sus derechos".

Por lo que podemos advertir que esta sentencia no solo tiene en cuenta los derechos constitucionales tendientes a la protección de las personas en situación de vulnerabilidad, sino además preceptúa la obligación del juez de vigilar y guiar el juicio en pos de los preceptos delineados.

Sin perjuicio de lo expuesto, entiendo que la interpretación flexible y sobrevivencia de la acción judicial propiciada, debe ceder ante *conductas procesales abusivas* y manifiestamente negligentes de la parte que acusa la inactividad procesal. Pues, en tales casos, se desfigura el sentido tuitivo de la interpretación propiciada, convirtiéndose esta en una licencia antifuncional a los fines del proceso.

La jurisprudencia reseñada tiene correlato con los parámetros conceptualizados con la CS, así, por ejemplo:

a) Cuestiones de naturaleza previsional-adultos mayores-salud:

Si la controversia administrativa es de naturaleza previsional y se encuentran en juego beneficios de carácter alimentario para cubrir riesgos de incapacidad laboral, ancianidad o subsistencia, o bien si versa sobre el derecho a la salud del actor (incluso cuando en ambos supuestos no se trate estrictamente de un amparo), resulta aplicable la doctrina legal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el sentido de atemperar la aplicación rígida de la caducidad de instancia y de señalar que las facultades de instrucción de la magistratura cobran particular relevancia en la materia, a fin de ejercer la dirección del proceso y otorgarle celeridad **(20)**.

(18) SC Buenos Aires, "Melón Gil, Juana c. Melón Gil y Narbaitz, Graciana y otros contra García Salinas e Hijos S. C. A. y otros. Inoponibilidad. Incidente de nulidad", causa C. 120.620.

(19) CCiv. y Com., Resistencia, sala IV, "Avalos, Sara Ofelia c/ Municipalidad de Resistencia s/ prescripción adquisitiva", 07/02/2019.

(20) CS, "D'Angelo, Rosa Patricia Godoy de c/ Provincia de Santa Fe"; y causa "Galvalisi, Giancarla c/ ANSES", G. 2744, XXXVIII; RHE; 23/10/2007, Fallos 329:4213, MJJ16716.

b) Cuestiones atenientes a menores:

Una situación similar se presenta cuando media la existencia de menores entre las partes del proceso, ya que, por un lado, puede abrirse camino como alternativa protectora el criterio pretoriano consolidado, que rechaza la procedencia de la caducidad de instancia en los casos en que no se le dio debida intervención y participación en el juicio al Ministerio Público de Menores a fin de que ejerza la defensa de sus representados **(21)**.

c) Cuestiones que tiene como parte a personas con capacidades diferentes:

Hace bastante tiempo, la Corte ha propugnado y pregonado con en varias sentencias, el especial trato a este sector, sustentado en constitución nacional, el principio de igualdad, la no discriminación, la tutela judicial efectiva y las acciones positivas, protectorias del que padece una discapacidad **(22)**.

VIII. Conclusión: proceso contencioso administrativo. La tutela judicial efectiva

El derecho procesal administrativo marca el camino, la manera de obrar en una contienda en la que sea parte el Estado, en cualquiera de sus tres poderes. Este derecho procesal *es un instrumento para el control jurisdiccional de la Administración, aunque también cumple también otras funciones* **(23)**, es una herramienta para hacer prevalecer principios constitucionales y que estos derechos consagrados no sean meros postulados de carácter enunciativos.

Ya el maestro Argañaraz, tomando una expresión de Sarría, dijo: "En nuestra organización institucional nada obsta al contralor de la Administración; antes, por el contrario, ese contralor es la consecuencia necesaria del régimen institucional cuya esencia consiste precisamente en la limitación del poder y *en la protección de los derechos individuales*. Se comprende entonces, que las autoridades públicas solo pueden obrar dentro de la órbita de sus atriciones legales, sus actos no son válidos, sino bajo esa condición, en lo que se excedieren carecen de fuerza y en consecuencia debe haber un poder encargado de pronunciar la nulidad de esos actos, restableciendo la legalidad protegiendo el derecho vulnerado" **(24)**.

Los poderes del órgano procesal administrativo "...son correlativos al interés público y se ejercen en razón del grado de ese interés, sobre el supuesto de la justicia de la decisión. El contencioso administrativo se define por la índole de su procedimiento de orden público que impone la determinación de la verdad real y no de la verdad formal; esto explica la mayor amplitud de las atribuciones del tribunal contencioso administrativo. este tiene una verdadera función instructora, ejercitable aún de oficio, y justificada por la necesidad de determinar la verdad real que el interés general y el orden público exigen" **(25)**.

Si bien en todo proceso el juez tiende como meta final a la protección de los derechos individuales; en el proceso administrativo, existe una disparidad de fuerzas ya que una de las partes suele ser una persona, frente a un gran oponente, quien tiene para defenderse un brazo armado de abogados, sumado a que el transcurso del tiempo y la onerosidad del juicio no lo afectan en la medida que si hieren al particular. Ante esta realidad, creo, que esa función instructora de la que habla Hutchinson no solo debe tener como propósito indagar la verdad real, sino que en ese contexto debe acompañar al ciudadano en el trayecto procesal, en especial al vulnerable.

Siempre se pregona que "la jurisdicción procesal administrativa, constituye la garantía de los derechos de los ciudadanos frente a la administración", esa razón debe ser el horizonte que guíe a un buen juez, quien advierta la presencia de esa persona necesitada de tutela a través de medidas ordenatorias tuitivas.

(21) CS, "Palacios, Daniel Fernando y otra c/ Provincia de Buenos Aires", Fallos 334:1237.

(22) CS, Recurso Queja nº 5 — "Defensoría de Menores e Incapaces nº 6 y otros c/ Colegio Mallinckrodt Hermanas de la Caridad Cristiana Hijas de la Bienaventurada Virgen Maria s/amparo", 26/11/2020.

(23) HUTCHINSON, Tomás, "Derecho Procesal Administrativo", Rubinzal Culzoni, 2009, t. I, p. 26.

(24) ARGAÑARAZ, Manuel J., "Tratado de lo contencioso administrativo", Editorial Lex, p. 23.

(25) HUTCHINSON, Tomás, ob. cit., p. 491.

No se escapa de este análisis que, en la realidad argentina, nos encontramos con tribunales sobrepasados de expedientes, la falta de creación de nuevos juzgados y la judicialización constante de cuestiones como consecuencia del aumento de la litigiosidad constante, de temas que incluso antes se resolvían de otro modo. Sin embargo, ello no es excusa para no reconocer que del otro lado del mostrador... nos encontramos con ancianos —adultos mayores— u otra persona perteneciente al grupo vulnerable, quien podría perder un pleito por una caducidad de instancia y con ello llevar sobre sus espaldas todos los perjuicios dimanantes, ya sea por desidia o no de su representante legal, o por infortunios relacionados con la salud y otras vicisitudes de la vida.

Ante esto, alguien tal vez opine que aquella persona "tiene la posibilidad de hacer juicio por mala praxis a su abogado", pero no ocurre en la cotidianeidad, ese abuelo ni siquiera sabe "por qué perdió el juicio".

Es aquí donde el juez contencioso debe proteger, velar, acompañar y donde los pactos internacionales han contribuido para esta nueva jurisprudencia y reformas normativas, ejercido con la prudencia necesaria para no afectar la igualdad de las partes en la contienda, pero reconociendo este escenario.

El derecho a la protección judicial receptado en nuestro ordenamiento despliega sus efectos en primer lugar, en el momento del acceso a la jurisdicción, al asegurar al justiciable la defensa de sus derechos en sede jurisdiccional en forma real y efectiva, y no meramente teórica **(26)**.

Considero que el camino correcto es el que propugna la intimación previa al actor, y ello no solo desde la óptica procesal, sino también teniendo en consideración que en buena parte de los expedientes que tramitan en el fuero contencioso administrativo subyacen cuestiones íntimamente ligadas al bienestar general y a la correcta actuación de la Administración, y sobre los cuales a través de una oportuna y adecuada intervención del Poder Judicial emitiendo un pronunciamiento sobre este, traerá aparejada una mayor seguridad jurídica.

En consecuencia, si el juez contencioso debe restablecer la legalidad contrariada por actos ilegítimos de la administración pública, salvaguardando derechos de los ciudadanos, cuanto más debe primar el criterio restrictivo de la perención de instancia.

Dicho de otro modo, ante dos alternativas *a priori* válidas —caducidad de pleno derecho transcurrido el plazo legal y caducidad previa intimación a la parte morosa en impulsar el proceso—, uno se debe inclinar por aquella que resulta más adecuada al principio de la tutela judicial efectiva, que, entre sus manifestaciones específicas más relevantes, sienta la regla *in dubio pro actione*.

La aplicación traslativa de tal regla a la presente cuestión exige que en caso de duda o silencio legal haya que estar a la solución más favorable a la subsistencia de la instancia, obviamente dentro del marco de posibilidades regulatorias que brinda el instituto procesal que estamos analizando, y que en la especie dicha duda pueda configurarse por la ausencia de una previsión legal expresa en cuanto a los recaudos formales que condicionan la aplicabilidad de procedencia de este instituto, y el empleo por vía subsidiaria o analógica de preceptos más tuitivos.

En efecto, considero que, si las partes disponen de la posibilidad de remediar su inactividad, se armoniza a través de ello con la teleología del proceso, ya que determinar *ipso iure* la extinción del proceso por el solo transcurso del plazo de caducidad legal puede llevar a soluciones que desnaturalicen la función propia de aquel.

Incluso propongo que ante la inevitabilidad de la resolución que haga lugar a la perención de instancia, el juez aprecie la posibilidad de regular o no honorarios al abogado reticente u omiso, como asimismo se anoticie al colegio de abogados pertinente, para que cumpla con las funciones que le competen en cuanto a observar el actuar diligente de sus profesionales matriculados.

(26) Ibidem, p. 262.

Personal militar: sistema legal protectorio ante accidentes y enfermedades

Ismael Fabián Torres

Lilian A. G. Furia de Torres

Sumario: I. Introducción.— II. Primeras manifestaciones de una dolencia u ocurrencia de un accidente que incide en la salud de un militar. Parte de enfermo.— III. Las ulterioridades protectorias administrativas respecto al personal que debe pasar a retiro o ser dado de baja por su clasificación de aptitud para el servicio.— IV. Situación de los soldados conscriptos, alumnos y soldados voluntarios. Régimen de reservas.— V. Personal militar y ley 24.557 (Riesgo del Trabajo).— VI. Haciendo un poco de historia.— VII. Actos del servicio. Aproximaciones jurídicas.— VIII. El Código Civil y Comercial de la Nación y el Régimen de Responsabilidad del Estado.— IX. Nuestra mirada del sistema jurídico vigente en materia de responsabilidad por daños.— X. Conclusiones.

"...[C]omo poder público y en ejercicio de su potestad y funciones de policía el Estado (y lo mismo las provincias y las municipalidades) no responde de los daños causados a los particulares ni a otras entidades administrativas cuando no hay una ley que así lo establezca expresamente".

Rafael BIELSA, "Derecho Administrativo", Lajouane y Cía., Buenos Aires, 1937, 3ª ed., t. I, p. 583.

I. Introducción

El tema que hemos decidido abordar en esta oportunidad se vincula exclusivamente con el personal militar (en particular el perteneciente al cuadro permanente), es decir, aquel que presta servicios en forma efectiva en cualquiera de las tres organizaciones que se conocen como Fuerzas Armadas de la Nación: el Ejército Argentino, la Armada Argentina y la Fuerza Aérea Argentina (arts. 1°, 2° y 3°, ley 19.101 y sus modificaciones), y el sistema legal previsto para dar respuesta a los riesgos de la función militar.

Al ser así, queda claro que se encuentran excluidos los alumnos de los Liceos Militares, pues estos institutos no constituyen escuelas de reclutamiento, como lo son, por ejemplo, el Colegio Militar de la Nación o la Escuela de Suboficiales del Ejército "Sargento Cabral", sino que simplemente son escuelas secundarias —originariamente con sistema de internación— que dependen orgánica y presupuestariamente, de las Direcciones Generales de Educación de las FFAA y, en materia de políticas y supervisión de la enseñanza y la formación (de tinte militar), del Ministerio de Defensa [art. 11, res. del Ministro de Defensa 255/2020 **(1)**].

Son alumnos —denominados cadetes— de ese nivel educativo, y obviamente, no mantienen relación de empleo público militar, más allá que como egresados, pasen a integrar (por la formación adquirida) la reserva de la Fuerza Armada de la cual depende el Liceo en el cual

(1) Resolución no publicada en el BORA.

cursaron sus estudios (art. 3°, inc. b, ley 19.101 y sus modificaciones) **(2)**.

Del mismo modo, queda fuera de nuestra labor el régimen específico relativo al personal de las Fuerzas de Seguridad correspondiente a Gendarmería Nacional y Prefectura Naval Argentina (arts. 2° y 7° de la ley 18.711), fuerzas policiales y servicios penitenciarios, nacionales y locales, por lo cual dejamos librado a sus respectivos especialistas tal faena.

Estas precisiones tienden a acotar el margen de nuestra tarea, y de modo indirecto, pretenden afinar la atención del lector a fin que pueda discriminar cada uno de los ámbitos administrativos enunciados, pues más allá de que se trate de personal uniformado habilitado para emplear armas, sus sistemas estatutarios no son homogéneos, al igual que sus incumbencias y regímenes estatutarios ante la ocurrencia de accidentes y enfermedades, vinculados u originados en relación al cumplimiento de sus servicios. Por ello, al caratular una causa judicial relativa a estos asuntos, su mezcla no corresponde **(3)**.

Para ingresar a la materia y comprender como funciona este sistema protectorio legal, encontramos didáctico iniciar su estudio tal como se presenta en el plano empírico.

II. Primeras manifestaciones de una dolencia u ocurrencia de un accidente que incide en la salud de un militar. Parte de enfermo

La tarea que nos ocupa la desarrollaremos partiendo de las previsiones reglamentarias vigentes en el Ejército Argentino, pues es necesario aclararle al lector, que más allá de que las FFAA estén regidas por la misma ley sobre este tema (ley 19.101) **(4)**, cada una de ellas tiene su propia reglamentación jurisdiccional (art. 107, ley 19.101), y abarcar cada una de ellas, elongaría la labor diluyendo el objeto conceptual que pretendemos dejar escrito.

También resulta necesario precisar, que las reglamentaciones que la ley ordenó dictar, nunca se produjeron, con lo cual, se tornó operativa la segunda parte del art. 107 citado, en virtud del cual rigen las de la derogada ley 14.777 **(5)**, en tanto no se opongan a la nueva ley. Y esta Reglamentación tiene cuatro tomos, cuyo Tomo IV se denomina "Retiros y Pensiones". En este plexo, pese a su título, aparece reglado el tratamiento jurídico de lo que en la jerga militar se denomina el "proceso legal del parte de enfermo", y con esa denominación se pretende abarcar el segmento temporal de quien encontrándose en actividad padece un problema de salud "desde que se inicia hasta que concluye".

En dicho reglamento, el art. 35 establece que todo "parte de enfermo" por accidente o enfermedad debe ser comprobado por el médico de la unidad de revista del militar, quien además de registrarlo en sus libros, lo debe informar vía jerárquica al jefe de unidad dentro de las 48 hs, agregando el "Certificado Médico Provisorio", a fin de que se ordene confeccionar **(6)** un "acta" o "información", según corresponda.

En ese Certificado Médico Provisorio deben consignarse los siguientes datos, jurídicamente relevantes: a) diagnóstico; b) naturaleza de la dolencia [leve o grave, según que la persona se pueda estimativamente curar antes o después de haber cumplido 60 días corridos de parte de enfermo **(7)**]. Ese parte de enfermo —vale añadirlo— tiene el carácter de "licencia por enfermedad" (art. 36).

De estas normas resultan tres datos a retener: 1) la competencia para otorgarlo es la del médico

(2) Sobre este tema, puede verse nuestro trabajo publicado en Revista RAP N° 464, año 2017, p. 7 y ss., titulado "El Art. 645 del Código Civil y Comercial de la Nación y la autorización parental al hijo para ingresar a las FFAA".

(3) Para muestra basta un botón. Por ejemplo, se caratuló un expediente judicial de la siguiente manera: CNFed. Civ. y Com., sala II, "D. B. M. c. A. W. y otro s/accidente en el ámbito militar y Fzas de Seg.", 29/03/2019, RCYS 2019-X, 205, cuando en el caso se trató de la muerte accidental de un policía dentro de la comisaría, mientras cumplía su servicio. No hay ámbito militar, no hay fuerza de seguridad, sino policial (Rev. J.A. N° 13, año 2019, pág. 27)

(4) Dictada el 30/06/1971.

(5) Esta Ley rigió desde el 28/11/58 hasta el 31/08/71.

(6) Aclaramos que dicha orden debe ser dada u firmada por el titular del organismo, y no por el jefe de Personal u otra autoridad inferior (salvo, claro está, que dicha autoridad se encuentre ausente de la Unidad), en cuyo caso, la suscribirá el segundo jefe "de orden y en ausencia".

(7) Por eso el certificado es provisorio.

del organismo, y no de un facultativo particular ajeno a la repartición; 2) el médico debe "calificar" la dolencia que comprueba (leve o grave), pues será a partir de ese dato que se ordenará un acta o información, según corresponda.

¿Cuál es la diferencia entre uno y otro procedimiento administrativo? La respuesta más breve, es que la primera es una mera constatación que hace un actuante, que no tiene como acto conclusivo un acto administrativo decisorio, que formule una declaración expresa del titular órgano militar sobre si la dolencia se vincula o no con los actos del servicio. Es un incidente menor de salud que se documenta circunstanciadamente y se incorpora como antecedente a su legajo personal original. Obviamente, para que ello ocurra el causante debe sanar dentro del término de 60 días **(8)**, anexándose el certificado médico (de alta y aptitud) que así lo acredite, emitido por el profesional de la unidad que realice la comprobación. Y, además, deberá asentarse en el libro de partes de enfermo correspondiente.

Los requisitos formales que debe reunir un acta se determinan en el art. 38 del reglamento [apretadamente son: datos de la persona afectada; descripción sintética del hecho/dolencia hecha por el actuante y su nexo con los actos del servicio **(9)**; lugar donde fue asistido; las firmas de todos los participantes y testigos del acto; a lo cual se agrega las constancias de iniciación y terminación del parte de enfermo].

Los infortunios de esta magnitud no inciden negativamente en la situación de revista de los causantes, pues en todos los casos que los partes de enfermo no superen los dos meses de duración, se considera a ese personal "en actividad" y permanece "en servicio efectivo" (art. 38, inc. 1, apartados b) y c), ley 19.101 y sus modif.).

Sin embargo, debe consignarse una distinción: si la dolencia padecida (sea por una enfermedad o derivada de un accidente) no se vincula con el servicio, al superar los dos meses, ello motivará su pase a "situación de disponibilidad", mientras que, si guarda relación con los actos de servicio, se lo considerará "en servicio efectivo" hasta dos años, como máximo.

De ello se sigue que existe un régimen protectivo en el tiempo, para las situaciones administrativas por temas de salud, que derivan del cumplimiento de deberes militares; y además, percibe ese personal sus haberes regularmente, pues como dijimos, se lo conceptúa como "en servicio efectivo", con lo cual, en ambos casos (hasta dos meses de parte de enfermo [guarden o no relación con los actos del servicio] y superando ese término, hasta dos años [por hechos vinculados al servicio]), esos períodos de inactividad por razones de salud, se computan para el retiro (art. 69, inc. 1, ap. A), ley 19.101).

No está demás apuntar que el personal militar en uso de licencia por enfermedad no podrá ascender hasta tanto no se acredite que recuperó su aptitud física (art. 52, inc. 1, ley 19.101 y sus modif.), pero ello no resulta en si una incidencia negativa sino la consecuencia necesaria de justificar el mantenimiento de la idoneidad para la función.

Como dato adicional, vale mencionar que el Ejército Argentino tiene incorporado el Programa 18 — Salud, para tutelar ese bien de todo el personal de cuadros en actividad, y en particular, el de aquellos cuyas dolencias sufridas se relacionan causalmente con los actos del servicio; la tutela se extiende al personal militar retirado que debió pasar a tal situación por no poder recuperar la aptitud necesaria para el servicio. Es pertinente especificar que cuando hablamos de Sanidad Militar, nos estamos refiriendo al conjunto de organizaciones y elementos de sanidad, que sirven en el Ejército Argentino (enfermerías, compañías de sanidad, hospitales regionales y Hospital Militar Central, a los que cabe sumar, otros elementos que integran el Sistema de Salud (su detalle obra en un Reglamento conocido como "Régimen Funcional de Sanidad"), con el fin de prevenir y/o recuperar la salud de sus miembros.

En lo que sigue, nos ocuparemos de las informaciones.

Al igual que en el caso anterior, quien formula el reporte sobre un tema de salud del personal al jefe de unidad es el médico del organismo, que

(8) Aclaramos expresamente que la ley habla de dos meses.

(9) Se trata de su apreciación personal, no de un acto administrativo.

en este caso podrá abarcar dos situaciones que derivarán en idéntica consecuencia. La primera hipótesis es que el caso considerado leve, deba variar la calificación por no haberse curado el militar dentro de los dos meses, como lo apreció originariamente el facultativo interviniente. En este caso, deberá el jefe de unidad ordenar la prosecución del trámite como información. La segunda, es que se trate de un accidente o una enfermedad que por su importancia o gravedad pueda originarle a quien la sufre, una inutilización para el servicio o una disminución de aptitud permanente o transitoria "para el trabajo en la vida civil" (art. 34).

Fuera estas situaciones, en que la administración obra de oficio, el militar afectado también puede solicitar al jefe de unidad ordene una información cuando tenga fundado temor en que su actual estado de salud pueda derivar en las consecuencias reseñadas (art. 34, ap. 2).

Y finalmente, este procedimiento puede también ordenarse cuando el agente tenga tantos partes de enfermo y excusaciones, que trasunten la existencia de enfermedad grave. Obviamente, en estos supuestos el órgano de personal, o del jefe del militar que padece las ausencias dentro de la unidad (art. 34, ap. 3), pueden instar a la emisión de la orden por parte del jefe de unidad.

En estas circunstancias el jefe de unidad designará un informante, y este funcionario militar deberá llevar adelante una investigación objetiva dirigida a acreditar la verdad material de lo ocurrido, pues de su labor resultará un acto administrativo conclusivo que podrá ser justo o injusto, si en el segundo supuesto su informe se separa de lo realmente acaecido. Este juicio lo formulamos, pues con independencia del control técnico jurídico que procede efectuar antes de resolver estos asuntos, pueden existir procedimientos direccionados, derivados de una equivocada inteligencia del alcance conceptual de "ayudar al camarada", o movido por un ánimo opuesto. Ello también podrá ocurrir, por la intervención superficial o sin el suficiente rigor científico del informe producido por las juntas médicas pertinentes. Ello pasa, por eso, la importancia del control técnico jurídico exhaustivo e imparcial asume particular relevancia.

Usualmente, el informante designado es un militar de mayor jerarquía o antigüedad que el causante.

Pero no está demás mencionar que su deber es obrar conduciéndose con imparcialidad, pues en estas tareas, los desvíos se concretan siempre en repartos injustos que dañan a terceros pertenecientes a la fuerza.

Como no subestimamos la inteligencia del lector no entramos en más detalles.

Sí vale mencionar que quienes se desempeñan como informantes son militares de carrera, con lo cual, muchas veces necesitan ser orientados en aspectos formales "del procedimiento", pues pese a la instrucción recibida en el proceso de su formación, pueden no ser duchos para estos menesteres, un tanto ajenos a su función específica. Por estas circunstancias, convendrá llevar propuestas de designación meditadas (en especial para asuntos complejos) para evitar problemas seguros, manteniendo un mínimo decoro en la labor administrativa, cuyo producto puede terminar en el despacho de un juzgado, y esto, no se sabe nunca con anterioridad.

Los requisitos que deben reunir estas informaciones son detallados en el art. 41 del reglamento que venimos mentando. Los resumimos para que el lector se haga una idea de ellos.

Debe obrar la orden de instruir información dada por el jefe de la unidad **(10)**; el certificado médico provisorio ya mencionado; fechas de iniciación y terminación del parte de enfermo (a estos documentos no se les presta la atención suficiente y tienen una relevancia que incide particularmente en los cambios de situación de revista [de servicio efectivo a disponibilidad, y finalmente de esta última a pasiva; y si la enfermedad no revierte en su cura, sobreviene el retiro o baja, según la situación de que se trate]); las declaraciones del causante y testigos; informe de elevación confeccionado por el informante, que precede siempre la intervención de la Junta Médica competente, la cual, elabora un

(10) Esta orden debe ser específica, bien concreta, estar correctamente encuadrada desde el punto de vista jurídico, pues en la práctica ocurren situaciones no estandarizadas que justifican cuidados. En particular si existen dolencias que obedecen a causas motivantes distintas, sucesivas en el tiempo.

documento que se denomina Informe Médico Legal, consignando diagnóstico, aptitud para el servicio, nexo con los actos del servicio (únicamente en los casos de enfermedades); si existe o no disminución de aptitud física; y finalmente, en este último caso, si puede pasar el causante —desde el punto de vista médico— al "escalafón complementario", pues desde la perspectiva militar integral, será evaluado oportunamente por la Junta de Calificaciones que propondrá lo pertinente respecto a la continuidad o no de sus servicios en la Fuerza, a su jefe respectivo.

En este estadio interviene el servicio jurídico, que emite su dictamen para que el área de personal elabore el proyecto de resolución (es de buena práctica —pese a la normativa interna que decide lo opuesto— que ambos documentos los elabore el servicio jurídico, de ese modo, se ahorrarán problemas futuros por defectos de forma y fondo que pueden ser evitados).

Concluido el procedimiento, se notifica al causante lo resuelto, el cual, de no compartir algún aspecto o en el todo el acto decisorio, podrá reclamar conforme al derecho que entiende le asiste.

III. Las ulterioridades protectorias administrativas respecto al personal que debe pasar a retiro o ser dado de baja por su clasificación de aptitud para el servicio

Para ingresar a este punto, resulta necesario adelantar al lector que la intensidad protectoria, discrimina las situaciones administrativas que pueden verificarse. Así, podemos agrupar las siguientes situaciones:

a) Cuando el causante sufre una dolencia relacionada al servicio, y no se recupera en el término de dos años, procede el retiro obligatorio con goce de haberes (arts. 67, inc. 5; 74 y 75, inc. 2, ap. a, de la ley 19.101 y sus modificaciones).

b) También procede el retiro obligatorio cuando, transcurridos dos años en uso de licencia por enfermedad no relacionada al servicio, continúa en la misma situación (art. 67, inc. 6, ley 19.101 y sus modif.).

En esta hipótesis, si el militar tiene computados quince años de servicios militares, tendrá derecho a un haber retiro (art. 76, inc. 3, ap. a, ley 19.101 y sus modif.), en el porcentaje que fija la tabla del art. 79 de dicho régimen.

Si no alcanza esos años de servicio, percibirá por única vez una indemnización en la forma y condiciones que determina la reglamentación de esta ley (1.b. cit. Reglamentación, aprobada por dec. 829/82).

¿Qué establece el decreto? Precisamente la reglamentación del art. 76, inc. 3, ley 19.101 **(11)**, para las tres fuerzas armadas. Su escala relaciona porcentaje de incapacidad, para quien sufra inutilización no producida por actos del servicio, por cantidad de haberes mensuales a liquidar. Por ejemplo: 66%, de incapacidad o más, 35 haberes, y de allí se va descendiendo. La norma aclara que el pago debe tomar los haberes vigentes "al mes anterior que se efectivice la percepción".

Por último, para los casos de inutilización producida por actos del servicio (esto es los mencionados en a), la ley 19.101 aumenta la intensidad protectoria, cuanto mayor es el grado de incapacidad que sufrió el agente. Así, por ejemplo, si esta se determinó en un porcentaje menor al 66% percibirá el haber mensual y suplementos generales máximos del grado inmediato superior, cualquiera sea el agrupamiento a que pertenezca, reducido conforme a la escala que forma parte del mismo precepto (art. 76, inc. 2, ap. a), ley 19.101 y sus modif.).

Si la inutilización producida por actos del servicio es mayor al 66%, al haber de retiro antes mencionado, se le agregará un 15%, y se lo considerará como en servicio efectivo, a los fines de la percepción de todo otro haber que corresponda al personal de su grado en actividad, con exclusión de suplementos particulares y compensaciones (art. 76, inc. 2, ap. b), ley 19.101 y sus modif.).

Finalmente, si la inutilización producida por actos del servicio fue originada como consecuencia de un acto heroico en tiempo de paz o de guerra, acreditado que sea, y con independencia de la incapacidad sufrida, percibirá igual haber de retiro que el del caso inmediatamente

(11) Personal que pasa a retiro -entre otras causas- por afecciones no relacionadas con el servicio, al no poder recuperar su salud en el término de dos años.

precedente (hipótesis de incapacidad superior al 66%).

IV. Situación de los soldados conscriptos, alumnos y soldados voluntarios. Régimen de reservas

Tenemos presente que en la introducción sentamos que nuestro objeto de labor se enfocaría en el personal de cuadros, pese a lo cual, haremos una breve consideración de estas tres categorías enunciadas, en orden a la completitud de esta tarea que el título abarca (personal militar).

En esa línea, nos ocuparemos en primer lugar de los ex soldados conscriptos. Su régimen fue establecido en la ley 17.531, de fecha 13/11/1967. Allí se definió al "servicio militar" como la obligación que cumplen los argentinos varones y mujeres nativos, por opción o naturalizados, incorporados a las Fuerzas Armadas, por el Poder Ejecutivo Nacional conforme a lo establecido en el art. 21 de la Constitución Nacional... (art. 1°, ley 17.531).

De modo que, en su momento, una vez incorporado a una fuerza armada, adquiría el ciudadano por este solo hecho "estado militar". Esta situación jurídica administrativa generaba para él derechos y deberes que se determinaban, entre otras normas, en la ley 19.101 (que derogó a su similar ley 14.777). Efectivamente, el art. 5° de esta ley estatuye que el estado militar "es la situación jurídica que resulta del conjunto de deberes y derechos establecidos por las leyes y reglamentos para el personal que ocupa un lugar en la jerarquía de las Fuerzas Armadas...".

Para comprobar que los conscriptos lo ocuparon, basta remitirse a los Anexos I y II de la ley 19.101, con sus modificaciones.

Por esta circunstancia, el art. 78, ley 19.101 determinó que los conscriptos que, como consecuencia de actos de servicio, resultaren con una disminución para el trabajo en la vida civil del 66% o mayor, gozarán de un haber de retiro cuyo monto ascenderá a la totalidad del haber mensual del grado más bajo de la jerarquía de suboficial correspondiente a su escalafón, con dos años de servicios simples militares (inc. 3, art. 78, ley 19.101). Y obviamente, luego de su muerte, ello genera pensión cuando existen derechohabientes con derecho a ella **(12)**. No es automática. Debe justificarse la "vocación pensionaria".

Ahora, si la incapacidad que padeció **(13)** el conscripto fue inferior al 66%, se la liquidará una indemnización por única vez, cuyo monto surge de la escala del apartado b., 1., de la Reglamentación aprobada por el dec. 829/82 (ver punto 2 de la citada reglamentación).

En todos los casos de enfermedades o accidentes conexos al servicio de este personal **(14)**, que justifique la necesidad de asistencia médica durante el período de incorporación, o posteriormente a ella, vale mencionarlo, tiene cobertura en el ya mencionado Programa 18 de Salud del Ejército Argentino, y ello incumbe a la Sanidad Militar, no a la obra social militar (IOSFA).

De este modo, quien cumplía una carga pública no quedaba desguarnecido ante el infortunio, sino que desde lo institucional recibía —a modo de garantía legal— asistencia económica en las modalidades descriptas y servicios en materia de salud, entre otras prestaciones.

Respecto a este personal, el lector se preguntará: ¿qué pasaba con un soldado conscripto que se accidentaba o enfermaba, por causas ajenas al servicio, y en esos casos quedaba inutilizado para el servicio?

La respuesta provenía del reglamento de la ley 17.531 (dec. 6701/68).

Durante su incorporación recibía atención de la Sanidad Militar (con su consentimiento escrito) hasta su licenciamiento (baja), momento en el cual, correspondía a las autoridades sanitarias militares coordinar la transferencia de los enfermos o accidentados a establecimientos hospitalarios civiles, todo lo cual era (y es) coherente atendiendo a las competencias espe-

(12) En virtud de lo que venimos diciendo puede verse sobre el punto nuestra critica a la "Decisión de la Corte Suprema en un caso de materia previsional militar (caso Zalazar), Revista RAP N° 456, p. 89; y puede consultárselo también en el SAIJ.

(13) Claro está que estamos siempre hablando de inutilización derivada del cumplimiento de actos del servicio.

(14) Acreditados en actuaciones administrativas.

cíficas que incumbe brindar, en el orden de los repartos, a cada área estatal. En este caso, hablamos de un tema de salud pública o privada para un ciudadano y ello siempre es materia ajena a la jurisdicción militar (art. 97, Reglamentación ley 17.531).

IV.a. Personal Militar de Alumnos

¿Quiénes integran el Personal Militar de Alumnos? Lo conforman aquellos que voluntariamente deciden ingresar a las Fuerzas Armadas para integrar sus cuadros permanentes, para lo cual, se incorporan a sus institutos de reclutamiento.

Si la pretensión se dirige a constituir los cuadros del personal superior, ingresarán al Colegio Militar de la Nación para formarse allí. Mientras cursen revestirán el estatus de cadetes. Obviamente, en esos años, tendrán "estado militar".

Si desean integrar los cuadros de personal militar subalterno, ingresarán a la Escuela de Suboficiales "Sargento Cabral", y durante su etapa de formación, tendrán el estatus de aspirantes. Al igual que en el caso anterior también tendrán "estado militar".

En ambos casos no hay relación de empleo público, ni prestación de servicios públicos. Sin embargo, la ley 19.101 tiene para con ellos una mirada tutelar para las hipótesis de accidentes o enfermedades relacionadas a actos de servicio (que en rigor son actividades de instrucción militar para su futura vida profesional que se iniciará puntualmente en el "acto de egreso y asignación de destino").

Así, para el supuesto que los cadetes sufran una inutilización para el servicio, con una incapacidad del 66% o mayor gozarán de un haber de retiro, en los términos del art. 78, ley 19.101 que en resumen es la totalidad del haber mensual y suplementos generales correspondientes al grado más bajo de la jerarquía de oficial de su escalafón, con cuatro años de servicios militares simples (art. 78, ap. 1, ley 19.101 y sus modif.).

En el segundo caso, esto es cuando el alumno curse en una escuela de reclutamiento de personal subalterno, gozará de sufrir el mismo infortunio, de la totalidad del haber mensual y suplementos generales correspondientes al grado más bajo de la jerarquía de suboficial de su escalafón, con dos años de servicios militares simples (art. 78, ap. 2, ley 19.101 y sus modif.). En ambos casos si mueren y hay derechohabientes con derecho a pensión, accederán a ella.

Además, como en las hipótesis anteriores mantendrán el derecho al uso de los servicios de la Sanidad Militar que necesiten, claro está, siempre que opten por recibirlos. Lo mencionamos expresamente pues en todos los casos antes mentados el derecho al uso no importa la obligación de ese uso.

Nuevamente, el lector puede ver que el régimen ofrece una doble asistencia: la económica (en las modalidades descriptas) y la de servicios de salud; y la previsional para sus deudos con derecho a pensión, cuando fallecen.

Ahora, si ante los mismos infortunios sufriere una incapacidad inferior al 66%, en esos casos, la ley reenvía al régimen del dec. 829/82 liquidándose en esos casos al causante la indemnización que determina la escala allí prevista, más la asistencia por parte de la Sanidad Militar para el caso que así lo requiera él.

IV.b. Régimen de los soldados voluntarios

Este régimen es similar al de los soldados conscriptos, pues constituyen lo que se denomina "tropa voluntaria" (ver Anexos I y IV, ley 19.101, con sus modif.).

IV.c. Régimen de reservas

Desde el año 1995 en que entró en vigencia la ley 24.429 se aguarda el dictado por el Congreso Nacional, de la ley que regulará la denominada "reserva" del Sistema de Defensa Nacional (arts. 11 y 12).

Siendo ello así, habrá de estarse a lo que allí algún día se establezca.

V. Personal militar y ley 24.557 (Riesgo del Trabajo)

Este régimen promulgado el 3 de octubre de 1995, dirigido, entre otros objetivos, a la prevención y reparación de los daños derivados del trabajo, estatuye en su art. 2° que están obligatoriamente incluidos en su ámbito de aplicación, entre otros, los funcionarios y empleados del sector público nacional, de las provincias y sus

municipios y de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires (ap. 1. a).

Este sistema legal prevé ante estos infortunios —y como cobertura de esos riesgos— prestaciones dinerarias y en especie (servicios de salud, particularmente) (capítulos IV y V de la ley).

Sin embargo, la Ley Marco de Regulación de Empleo Público Nacional, promulgada el 06/10/1999, aprobada por el art. 1° de la ley 25.164 **(15)**, establece en el art. 3° de su anexo, que quedan exceptuados de su ámbito (que incluye al Servicio Civil de la Nación, únicamente), el personal militar en actividad y el retirado que prestare servicios militares.

A partir de estas premisas, resulta claro que este personal no está amparado por dicha ley, ya que obviamente, no escapó al oportuno análisis sistémico del legislador, que en la ley 19.101 y sus modificaciones ya se otorgaban al personal militar afectado, tales prestaciones, cumpliendo la misma finalidad: operar como una garantía legal ante la ocurrencia de una enfermedad o accidente laboral.

Vale recordar que la ley 24.557, y las derogadas leyes 24.028 y 9.688, con distinto lenguaje apuntaron a la misma finalidad: constituir, en el plano del derecho común, una garantía legal ante las enfermedades y accidentes ocurridos en el ámbito del trabajo, para no aplicar normas de derecho privado, concebidas para otras situaciones.

V.1. Infortunios en el exterior de personal militar que integra misiones de paz. Compensación a los estados contribuyentes

También, a los efectos de integrar el panorama sobre esta materia, nos pareció pertinente incluir las derivaciones —en este caso para el Estado argentino— que se siguen de los daños acaecidos (sea por pérdida de vidas humanas, inutilización para el servicio o pérdida o daño de material y equipamiento) a las dotaciones enviadas en el marco —por ejemplo— de Naciones Unidas, con motivo de la participación de tropas argentinas en misiones de mantenimiento de paz, o imposición de la paz, humanitarias, etc.

Ante estas hipótesis, existen previsiones sobre esta temática que derivan de acuerdos anteriores entre el Estado argentino y la ONU, en virtud de los cuales, esa organización internacional compensa los daños producidos por los conceptos descriptos, al Estado argentino.

No se trata de una indemnización integral sino de compensaciones. En el caso de inutilización o pérdida de vidas humanas, la estimación se concreta en virtud de que el Estado pierde recursos humanos que revierten, además en un gasto, que se calcula a partir de los haberes que deberá desembolsar la Nación para pagar a los deudos o al causante en concepto de retiro, hasta que se produzca el deceso. Para tal cálculo se emplea una tabla promedio, del cual resulta la estimación.

Es decir, que en este plano hablamos compensaciones al Estado, no a las víctimas, que se resuelve en la aplicación de normas de derechos internacional público.

VI. Haciendo un poco de historia

Como venimos diciendo, el análisis hecho hasta aquí del sistema es el que rige por imperio de la ley 19.101 y sus modificatorias, pero ¿qué sistemas rigieron con anterioridad a dicho plexo legal?

Desde el 28/11/1958 hasta el 31/08/1971, estuvo vigente el sistema establecido en la ley 14.777, medularmente similar al descripto en la ley 19101, con variantes más generosas.

Así, en su artículo 38 se describían las situaciones de revista en las cuales un militar en actividad podría quedar emplazado por problemas de salud, vinculados o ajenos al servicio (servicio efectivo, disponibilidad y pasiva), discriminando y brindando tutela más intensa a quienes estuvieran incluidos en el primer grupo.

Lo mismo puede predicarse respecto del cómputo de servicios (art. 69).

Por su parte el art. 75 estatuía que el personal superior y subalterno del cuadro permanente, tendrá derecho al haber de retiro, cuando haya pasado a esta situación por inutilización para el servicio.

(15) Que a su vez derogó su similar 22.140 y sus modificaciones (art. 4°).

En cuanto a los montos, discriminaba según que ella fuera originada o no en actos del servicio (art. 76, incs. 2 y 3).

En cuanto al personal de alumnos y conscriptos que, como consecuencia de actos del servicio, resultare disminuido para el trabajo en la vida civil, establecía que gozará de un haber que será el siguiente: 1) si la inutilización o disminución de aptitudes para el trabajo en la vida civil fuera del 60% o mayor, el sueldo y suplementos generales correspondientes al grado más bajo de la jerarquía de oficial (si fuere cadete); 2) la totalidad del sueldo y suplementos generales del grado más bajo de la jerarquía de suboficial (si fuera aspirante); 3) para los conscriptos, el tratamiento legal era igual al del aspirante, mencionado en 2).

Si el porcentaje de incapacidad disminuía, el art. 78, inc. 2, remitía a una proporción establecida en el art. 77.

No está demás apuntar que en todos los casos que venimos describiendo, el haber de retiro concedido se perdía (y pierde) por baja (a pedido del causante o por su muerte); en caso de muerte, si existen familiares a cargo con derecho a pensión, accederán a ella **(16)**.

¿Dónde radicaban las principales diferencias?

La primera estaba en que el personal superior y subalterno tenía derecho a haber de retiro, cuando pasaba a dicha situación por inutilización para el servicio. No había indemnización por única vez, sino que se concedía "haber de retiro", que claro está, variaba según la plataforma en la cual se encontrara el agente.

Lo propio ocurría con el personal de alumnos y soldados que quedasen inutilizados para el servicio; gozaban de la percepción de un haber —que difería según fueran cadetes o aspirantes— cuyo porcentaje oscilaba en función del grado de incapacidad determinada administrativamente. Tampoco aquí, existía indemnización por única vez.

¿Por qué hemos hecho esta evocación? La respuesta es para explicar cómo este régimen con sus sucesivas variables en el tiempo era el que se aplicaba (de existir conflicto) por constituir las reglas específicas para responder ante estas contingencias.

Así la Corte Suprema de Justicia de la Nación —por ejemplo— en el caso "Gregorio E. Ducase y otra v. Nación Argentina" (11/08/1939) **(17)**, donde los padres del cabo 1° Ducase, muerto en servicio, reclamaban indemnización de daños y perjuicios por la vía del derecho común, sentó las siguientes reglas:

- El compromiso por el cual una persona se incorpora al ejército de línea como voluntario, la somete a las leyes y a la jurisdicción militar.

- Los voluntarios del ejército de línea tienen estado militar.

- La responsabilidad del Estado por la muerte de los voluntarios del ejército de línea, no se halla regida por el derecho común sino por el derecho público exclusivamente, o sea por las leyes y reglamentos militares dictados al efecto por el Congreso de la Nación.

- Las leyes militares vigentes limitan la responsabilidad del Estado por la muerte de un militar en acto del servicio a una pensión en beneficio de las personas que aquellas determinan.

- Los padres de un cabo del ejército de línea que siendo soltero falleció en acto de servicio, no tienen derecho a pensión, ni pueden válidamente invocar las disposiciones del derecho común —entre ellas las de accidentes de trabajo **(18)**— para obtener el pago de una indemnización.

Vale decir que de este fallo emerge la aplicación de la ley específica (derecho administrativo); la no aplicación del derecho común (derecho privado) a un tema de empleo público militar; y tampoco resultan aplicables las reglas del derecho común en materia de accidentes de trabajo. Como se ve, hay una lógica sistémica en la decisión.

(16) No está demás expresar nuevamente que ello no es mecánico, sino que el derechohabiente debe justificar que reúne los requisitos para ser pensionista militar (art. 82, Ley 19.101).

(17) Fallos 184:378.

(18) Téngase en cuenta que esta regla se ha mantenido en el tiempo con el personal militar

Similar doctrina emerge del fallo de la CS recaída en la causa María H. Braza de Moabro v. Nación Argentina - Ejército **(19)**, de fecha 21/03/1947, que sentó la siguiente doctrina:

- Las pensiones establecidas por la ley 4.707 constituyen una prerrogativa del estado militar. Las personas a quienes la autoridad competente incorpora al ejército y acuerda dicho estado quedan, en orden a las situaciones que las leyes rectoras de este último contemplan, bajo el régimen establecido por estas y sustraídas en todo ello al régimen del derecho común mientras una disposición legal expresa no establezca lo contrario.

- La derogación del régimen ordinario de pensiones de la legislación civil por la ley 4.707, consiste en acordar pensión a los deudos del militar que no ha alcanzado derecho a retiro, haya mediado o no culpa del fallecido, comporta la derogación correlativa del régimen civil de la responsabilidad en orden a las obligaciones del Estado cuando el accidente acaece por culpa de quienes están bajo su dependencia o por las cosas de que se sirven o tienen a su cuidado. Debe, pues, ser rechazada la demanda sobre indemnización de daños y perjuicios promovida contra el Estado por la viuda de un militar muerto a consecuencia de un accidente ocurrido por culpa de otro empleado del Estado, si aquella obtuvo la pensión establecida por el art. 12, inc. 3, Tít. IV, ley 4707 **(20)**.

Ello se mantuvo así hasta el año 1986 en el cual la Corte emitió sentencia en la causa "Fernando Raúl Gunther c. Estado Nacional (ejército argentino) s/ recurso extraordinario", en virtud de la cual, en el caso de un soldado conscripto accidentado el Tribunal admitió la acumulación de la indemnización por vía del derecho común con el haber previsional previsto en el sistema estatutario castrense, bajo el amparo argumentativo de que ambas prestaciones dinerarias obedecían a naturalezas distintas, con lo cual, modificó sin base legal su anterior e inveterada posición, pues ninguna disposición legal autorizaba tal acumulación **(21)**.

A partir de ese momento, comienza un itinerario cuya trazabilidad fue errante, en muchos casos injusta, insegura (pues de inicio se le reconoció el derecho a la acumulación al personal de conscriptos y no al personal de cuadros, so pretexto que el ingreso voluntario suponía la sujeción al régimen normativo militar, lo cual, posteriormente varió) y generó una avalancha de pretensiones similares que provinieron de integrantes de las fuerzas de seguridad, de las fuerzas policiales y del propio servicio penitenciario. Estas impresiones no son personales, sino que son compartidas por autores que estudiaron y trataron este asunto **(22)**.

De ello nos ocupamos en un trabajo publicado en el año 2019 **(23)**, al cual remitimos pues ahora no constituye el eje de atención de esta tarea, pues la idea es seguir con la descripción del cuadro legal protectorio ante infortunios padecidos por personal militar.

VII. Actos del servicio. Aproximaciones jurídicas

La Ley para el Personal Militar no tiene una disposición que defina o delinee lo que se con-

(19) Fallos 207:176.

(20) A modo ilustrativo apuntamos que la Ley 4.707 (Personal Militar) rigió de 1905 a 1944; luego le sucedieron las leyes 12.913 (01/11/1944 a 05/10/1950; 13.996 del 06/10/1950 a 27/11/1958; 14.777, del 28/11/1958 a 31/08/1971; 19.101 actualmente vigente.

(21) Además, ambos planos normativos operan situaciones distintas. El derecho administrativo regula situaciones de supraordinación, son de orden público, mientras que el derecho común regula relaciones de coordinación, que inclusive, pueden ser dejadas de lado por voluntad de las partes. Lo contrario sucede con el personal militar que está sujeto a una relación de especial sujeción.

(22) Muchos trabajos se han escrito sobre el tema, de modo que no nos ocuparemos de ese recorrido jurisprudencial. Allí nos remitimos; FERNÁNDEZ MADRID, H., "Me negarán tres veces (los militares y los infortunios)" en www.palermo.edu; LOREDO, María Sol, "Los accidentes de trabajos sufridos por los miembros de las fuerzas armadas y de seguridad y la responsabilidad del Estado"; LÓPEZ OLACIREGUI, Martín y MEANA de LOUGE, Julia Beatriz, en un trabajo que analiza la evolución en la Corte sobre el tema. Revista de la Procuración del Tesoro de la Nación, enero — febrero 2000; ENGHEL, Juan Ignacio, "Responsabilidad del Estado ante los daños sufridos por personal de las Fuerzas Armadas o de Seguridad", JA 2017-I.

(23) TORRES, Ismael F., FURIA de TORRES, Lilian A. G., "Responsabilidad del Estado por la muerte accidental de un policía en servicio", JA 2019-III.

sidera "acto de servicio", sin embargo, la Reglamentación de la ley 14.777 a que nos hemos venido refiriendo, Tomo IV "Retiros y Pensiones" incluye precisiones al respecto.

Así el art. 27 de ese régimen determina que se considerará "que una enfermedad se ha contraído agravado; o bien que la misma, como así también un accidente, secuela o lesión, se ha producido en o por actos de servicio, cuando hayan sido consecuencia directa del ejercicio de las funciones inherentes a la condición de militar".

También se considerará vinculada al servicio, cuando la función haya contribuido a la eclosión de ella.

El precepto agrega que se considerarán siempre como producidos en o por actos del servicio "los accidentes de aviación, paracaidismo, equitación, polo, gimnasia, esgrima, andinismo y tiro y los ocurridos durante la práctica de deportes programados por la superioridad".

Aquí, es pertinente formular una aclaración dirigida a sortear errores conceptuales.

Es una vieja práctica de uso los partidos de fútbol entre militares de diferentes unidades, en el medio civil o dentro de un cuartel, producto de la iniciativa de los propios participantes, para lo cual estos solicitan permiso, y se pide publicar la autorización en la orden del día. Estas autorizaciones no son otra cosa que un permiso para hacer una actividad voluntaria recreativa lícita, pero ello, no la convierte en actividad ordenada. De modo que cabe distinguir estos contextos para no confundir las plataformas de que parten, cuando de ellas se siguen consecuencias dañosas.

La actividad ordenada siempre es controlada, hay previsiones especiales, y hay responsables de la actividad. Ello no ocurre cuando se obra en el plano del esparcimiento, como es el del caso planteado.

Finalmente, entre los accidentes relacionados al servicio se encuentran "los ocurridos *in itinere*".

En oposición a los anteriores supuestos, el art. 28 estatuye la nómina de infortunios que no se considerarán producidos, adquiridos o agravados por actos del servicio.

En esa lista se encuentran los accidentes que son resultado de causas naturales; las afecciones constitucionales o que afectan a todos los individuos en todas las condiciones de la vida; las imputables a culpa grave del causante; las derivadas de la negativa a someterse al tratamiento de la sanidad militar; etc.

Las nóminas reseñadas en un sentido u otro no constituyen una pauta taxativa sino enunciativa, y ello, debe ser tenido presente al momento de resolver, pues además, orienta útilmente al servicio jurídico que siempre —hablamos de las informaciones y actas— debe dictaminar, aunque en esta segunda hipótesis no haya acto administrativo. Se trata de un control de legalidad.

VIII. El Código Civil y Comercial de la Nación y el Régimen de Responsabilidad del Estado

La ley 26.994, como se sabe, aprobó el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación que como Anexo I la integra.

En este régimen, el art. 1765 estableció que la responsabilidad del Estado se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda.

A renglón seguido, el art. 1766 determinó que los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas se rigen por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local, según corresponda.

En línea con estos preceptos, en el ámbito nacional, se dictó en el año 2014 la ley 26.944 **(24)** de Responsabilidad del Estado, que justamente, no se aplica "en su carácter de empleador" (art. 10). Conceptualmente la concebimos como un régimen que opera "como una garantía legal" ante las hipótesis de daño en él previstas, antes que un régimen de reparación integral como el previsto en el Código Civil y Comercial vigente.

Por esta causa, probablemente, la Dra. Kemelmajer de Carlucci expresaba en sus pautas para interpretar el Código, que "...en el trayecto desde la entrega del Anteproyecto a su sanción, algu-

(24) Por ello seguramente, el lector habrá advertido que la numeración legal no es correlativa.

nas materias quedaron fuera del camino, como la responsabilidad del Estado (regulado finalmente para un ámbito, con dudosa, constitucionalidad, por la ley 26.944);" **(25)**.

Más allá de jerarquía científica de quien formula la apreciación, en el caso que nos ocupa, el principio dominante fue el que aplicó la Corte y los tribunales inferiores, en los casos citados, que solían remitirse a la doctrina sentada en la obra del maestro Rafael Bielsa, en su tratado de Derecho Administrativo, a la cual, a partir del nuevo régimen sobre la materia de la responsabilidad del Estado, creemos se volverá.

Se trata, a nuestro ver, de un nuevo acomodamiento necesario y sistémico, que permita previsibilidad antes que dosis de azar para los justiciables.

IX. Nuestra mirada del sistema jurídico vigente en materia de responsabilidad por daños

Bielsa expresaba en su obra que, de una manera general, la responsabilidad jurídica admite una gradación dependiente de la naturaleza del acto que la genera con referencia al sujeto que la origina, y a su situación respecto del Estado, gradación que puede llegar hasta la irresponsabilidad **(26)**.

A ello agregaba que cuando el Estado obra como poder público y en ejercicio de su potestad y funciones, no responde de los daños causados, cuando no hay ley que así lo establezca expresamente.

La ley ya se dictó y es la ley 26.944, y en su artículo 1 estableció que ella rige la responsabilidad del Estado por los daños que su actividad o inactividad produzca a los bienes o derechos de las personas. A ello agregó que la responsabilidad del Estado es objetiva y directa; y las disposiciones del Código Civil (hoy Código Civil y Comercial de la Nación) no son aplicables de manera directa ni subsidiaria.

En el art. 4°, a su vez, se establecieron los requisitos de la responsabilidad estatal por actividad legítima. De su lectura, se advierte que este régimen está dirigido a operar como una garantía legal, para responder por los riesgos administrativos, que son inherentes a la función estatal.

Por lo que hemos dicho hasta aquí, lo previsto en los arts. 1764 a 1766 del Cód. Civ. y Com., teniendo en cuenta, que el art. 10, ley 26.944 estatuye que este sistema no es aplicable al Estado en su carácter de empleador, es de esperar que la jurisprudencia judicial vire a su cauce anterior al caso Gunther, pues más allá de lo impopular y regresivo que ello pueda parecer, el sistema protectorio militar tal como fue descripto existe, pone a la luz un cúmulo de previsiones legales ante infortunios derivados del cumplimiento de actos del servicio militar, que asiste pecuniariamente y en especie (y dentro de esta última, entre otras, en servicios de salud brindados por la sanidad militar) a las víctimas de accidentes y enfermedades, y no deja librado al desamparo a quien sirvió en las filas de sus FFAA, ni a sus deudos en caso de tener derecho a pensión.

De esta manera, puede decirse que el sistema vigente descripto conforma una suerte de "ley de accidentes de trabajo para el ámbito militar", que apunta a las mismas finalidades que en el plano del derecho común satisfacen la ley 24.557, o en otros tiempos, las citadas leyes 24.028 y 9.688.

En este estadio, ya podemos ingresar en nuestras conclusiones.

X. Conclusiones

De lo expresado hasta aquí pueden ser formuladas las siguientes conclusiones:

1. Cuando un militar en actividad se accidenta o se enferma, su diagnóstico y pronóstico, como así también la entidad de la dolencia (leve o grave) la constata el médico de su unidad militar, quien a su vez la informa al jefe.

2. Tal comprobación se asienta en un documento que se denomina Certificado Médico Provisorio, que al mismo tiempo comporta una licencia por enfermedad.

3. A partir de este dato, el jefe de unidad deberá ordenar el procedimiento que corresponda (acta o información), según su gravedad.

(25) Código Civil y Comercial, Astrea, 2ª ed., p. 14.

(26) BIELSA, Rafael, "Derecho Administrativo", Ed. J. Lajouane y Cía, Buenos Aires, 1937, t. I, 3ª ed., p. 560.

4. Esta licencia por enfermedad nunca puede superar el término de dos años; si ello ocurre, por imperativo legal, se operará la baja o retiro según corresponda.

5. Cuando administrativamente se constata que tales infortunios son derivados causal o concausalmente del cumplimiento de los actos del servicio, se desencadena un cúmulo de prestaciones de distinta naturaleza que están previstas en la ley 19.101, en la reglamentación jurisdiccional para el Ejército (en el caso de esta fuerza) y en el Régimen Funcional de Sanidad, dirigidas a asistir pecuniariamente y en servicios de salud, entre otras prestaciones, al personal militar que los sufrió.

6. Tal sistema, claramente, importa un régimen de garantía legal propio, dirigido a compensar las consecuencias disvaliosas que sufre un militar derivadas del riesgo inherente a la función, y se prolongan cuando pasa a retiro; y en la persona de sus deudos cuando estos tienen derecho a pensión militar, que, por esta vía, se constituyen parte de la población beneficiaria del IOSFA (Instituto de Obra Social de las Fuerzas Armadas) (art. 5°, ap. g, dec. 637/2013).

7. Tales previsiones son análogas a las de otros regímenes que históricamente estuvieron dirigidos —en la República Argentina— a brindar cobertura por los riesgos del trabajo, como actualmente es el caso de la ley 24.557, que como explicamos, no se aplica al personal militar.

8. Por estos motivos, la jurisprudencia de la CS anterior al año 1986, resolvió ante reclamos de militares, o de sus derechohabientes que peticionaban daños y perjuicios por la vía del derecho común, la aplicación de la ley específica, declarando no aplicables las reglas del derecho común, mientras una disposición legal no establezca lo contrario.

9. En este momento rige el Código Civil y Comercial de la Nación aprobado por la ley 26.994, cuyo artículo 1764 establece: "Las disposiciones del Capítulo uno de este Título no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria" **(27)**. En función de ello declinó lo concerniente a la responsabilidad del Estado y la del funcionario y del empleado público a las normas y principios del derecho administrativo nacional o local, según corresponda (arts. 1765 y 1766, Cód. Civ. y Com.).

10. De este modo, habrá tantos regímenes sobre esos temas como jurisdicciones existen.

11. En este nuevo contexto, y teniendo en cuenta lo previsto en el art. 10, ley 26944 es altamente probable, que las decisiones judiciales retomen el cauce anterior a Gunther, del cual apreciamos nunca se debió salir, pues esa orientación se correspondía sistémicamente con el régimen legal vigente, que ahora, por vías de reglas expresas, se impone (art. 1764, Cód. Civ. y Com.).

Además, las previsiones legales existentes a que nos referimos (por vía del derecho público y por vía del derecho privado), obturan la continuidad de la tesitura pretoriana en cuestión, a no ser que se opte por declarar inconstitucionalidades, claro está.

12. Ello, además, es compatible con la naturaleza propia de las cosas. El servicio militar por vía de conscripción o por ingreso voluntario a un ejército, comporta una contribución de sangre al país, que desde Platón en adelante fue considerado un aporte especialmente valioso para —en aquel entonces— el progreso de la ciudad, y hoy es condición que permite el desarrollo de los estados. Reducir la resolución de los riesgos a un plano iusprivatista, es degradar aquella plataforma rebajándola a una relación jurídica sinalagmática entre particulares.

Por esta circunstancia, es que luego de las guerras, son las naciones a través de sus congresos, los que deciden la medida y el momento de compensar las heridas y las pérdidas sufridas en combate; y otorgar los honores a sus veteranos; como acaba de ocurrir recientemente, al asumir el Estado el deber de otorgar beneficios extraordinarios a los deudos del personal militar fallecido que integró la dotación del Ara San Juan (ley 27.615), además de otras medidas de auxilio dirigidas a brindar distintos beneficios a los familiares desde el ámbito administrativo.

(27) Obviamente el Capítulo I se refiere a la responsabilidad civil, sea contractual o extracontractual.

Teletrabajo y derecho a la desconexión digital en el empleo público

Ricardo A. Muñoz (h.) (*)

Sumario: I. El escenario de la pandemia.— II. El teletrabajo y el *home office.*— III. Algunos antecedentes.— IV. Protección constitucional y legal.— V. Contexto de la nueva realidad de la Administración pública.— VI. El impacto del teletrabajo en el empleo público.— VII. Los derechos y garantías complementarias al teletrabajo.— VIII. Alguna jurisprudencia.— IX. Reflexión final: la innovación no es solo tecnológica.

I. El escenario de la pandemia

En estos tiempos se torna necesario e impostergable discurrir —en términos jurídicos, pero también de manera interdisciplinaria— la problemática del teletrabajo, trabajo virtual o remoto, en el ámbito de todas las instituciones, pero aún más todavía —por las razones que todos conocemos— en el sector público, porque allí se encuentran los desafíos mayores.

La propuesta del teletrabajo permite afianzar la cultura de la eficiencia y la capacidad de los servidores y funcionarios públicos, para cumplir las metas fijadas por los superiores, pero en esta oportunidad con ausencia de la coerción personal, lo que supone además, de mejorar el sentido personal e individual de la responsabilidad, algo más amplio, abarcador e integrador: un verdadero cambio colectivo de la cultura organizacional, en este caso, de la Administración pública, que todos pretendemos alcanzar.

Es más, si en los próximos años el empleo público podría verse reformulado o por lo menos complementado, por los algoritmos —tal como lo sostiene la más prestigiosa doctrina **(1)**—, lo cual a su vez debería acarrear modificaciones legislativas para adecuar las normas de la función pública, imagínense entonces, si no deberíamos empezar —por lo menos y en forma urgente— desde la implantación con validez y eficacia del teletrabajo en la esfera de la gestión pública.

Ya inicialmente, aclaramos que por medio del presente texto no haremos otra cosa que ofrecer un mero racconto de la realidad cotidiana por todos nosotros vivida, y solo ciertas reflexiones sobre los posibles conflictos y eventualmente algunos aspectos que merecen ser incorporados normativa o reglamentariamente en los estatutos que rigen las relaciones de empleo público en el ámbito de la Administración pública.

(*) Abogado egresado de la Universidad Nacional de Córdoba con Reconocimiento al Mérito Académico y Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la misma universidad. Magíster en Derecho Administrativo por la Universidad Austral. Es docente de posgrado en el área del Derecho Público y director de trabajos finales de posgraduación. Ha escrito 4 libros, entre los que se destaca "Inteligencia Artificial y Derecho Administrativo", de reciente publicación; ha participado, además, en obras colectivas y es autor de más de 100 publicaciones sobre su especialidad. Disertante en innumerables ocasiones en eventos académicos desarrollados en nuestro país y en el extranjero.

(1) CORTÉS, Oscar, "Algoritmos y algunos retos jurídicos-institucionales para su aplicación en la Administración pública", en Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas, 18, año 2020, Ed. IVAP, ps. 54 y ss., en part. p. 60.

Como sabemos, el impacto que la legislación de emergencia dictada en el marco de la excepcionalidad dada por el COVID-19 ha tenido sobre el derecho administrativo en general, y el empleo público, en particular, no ha sido menor, y tal es así que los cambios provocados por la pandemia parece que han venido a quedarse para siempre, siendo una escenario incontrastable e incuestionable, por lo que la Administración pública debe definitivamente actuar en correspondencia a esa realidad.

Las medidas sanitarias de aislamiento (y después distanciamiento), social, preventivo y obligatorio, naturalmente motivaron declaraciones de receso administrativo y la suspensión de los plazos administrativos; declaración de actividades esenciales permitidas y autorizadas para el personal de salud, fuerzas de seguridad, bomberos, etc.; dispensa de cualquier presencialidad a personas consideradas grupos de riesgo; licencias y justificaciones de inasistencias a los lugares habituales de trabajo; reordenamiento de personal para ser destinados a otras áreas distintas a las habituales con nuevas funciones según las necesidades que la crisis generara; y con ello, traslados y permutas de los recursos humanos según los requerimientos; las exigencias de incrementar medidas de seguridad e higiene; la contemplación del COVID-19 para las ART; entre otros, a lo que se le añade naturalmente, una serie de políticas públicas llevadas a cabo por la Administración tendiente a profundizar el teletrabajo y asegurar las garantías complementarias que aquel supone.

II. El teletrabajo y el *home office*

Aunque muchas veces se utilizan los términos "teletrabajo" y *home office* en forma indistinta como sinónimos, lo cierto es que entre ambos existe una relación de género a especie, ya que, mientras el primero implica una modalidad de trabajo en donde las tareas y modo de comunicación con el empleador se efectúa alejado de las entidades físicas de este (p. ej., centros informáticos compartidos con otras empresas), el *home office* implica que el lugar material de trabajo es el domicilio o la residencia habitual y ordinaria del empleado.

En definitiva, el teletrabajo —en todas sus variantes— implica una modalidad de trabajo en relación de dependencia, cuyas tareas, misiones, responsabilidades y obligaciones son desarrolladas fuera del establecimiento del empleador **(2)**, de manera no ocasional, y con el auxilio de las tecnologías de la información y la comunicación **(3)**, siendo —entonces— la "deslocalización" del lugar de prestación de tareas lo que caracteriza principalmente a la problemática que estamos abordando.

Según la literatura jurídica, son muchas las ventajas que el teletrabajo ofrece, tanto para los empleadores, trabajadores y sus familias y, en definitiva, para la sociedad toda. Así, entre los beneficios y bondades podemos mencionar el ahorro de tiempo y costos al evitar desplazamientos; reducción de la congestión vehicular y de transporte, y con ello, menor impacto ambiental; posibilitad de conciliación de la vida familiar y laboral, pese que se diga también que ello provoca la falta de vida social, el aumento del individualismo y la fragmentación de lo colectivo; permite la inclusión de grupos en situación de vulnerabilidad, como por ejemplo,

(2) En nuestro país, por vía reglamentaria, se aclaró que "Las disposiciones de la ley 27.555 no serán aplicables cuando la prestación laboral se lleve a cabo en los establecimientos, dependencias o sucursales de las y los clientes a quienes el empleador o la empleadora preste servicios de manera continuada o regular, o en los casos en los cuales la labor se realice en forma esporádica y ocasional en el domicilio de la persona que trabaja, ya sea a pedido de esta o por alguna circunstancia excepcional" (art. 1º, dec. 27/2021). De todas maneras, queda la duda que significa "esporádica y ocasional" por lo que se debe todavía puntualizar el alcance de esos términos (CONFALONIERI [h], Juan A., "Primer acercamiento a la Reglamentación —parcial y confusa— de la ley 27.555, y a la resolución MTEYSS 54/2021, de 3 de febrero. Sobre el concepto de Teletrabajo, el punto de partida de la vigencia de las normas que lo regulan, y el ámbito de aplicación de las mismas", en ED, Revista de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, 3, marzo 2021, cita digital: ED-MCCCXI-721).

(3) Grisolía ha definido al teletrabajo "como aquel fenómeno consistente en la realización de cierto tipo de trabajos sin la presencia física del empleador, por parte de personal a su cargo, que se mantienen en contacto con él mediante la utilización de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC). Es decir, que es una forma de organizar y realizar el trabajo a distancia con el auxilio de herramientas tecnológicas, en un lugar distinto y fuera de la empresa" (GRISOLÍA, Julio A., "Teletrabajo, una puerta al futuro", www.microjuris.com.ar, Cita: MJ-DOC-5802-AR | MJD5802).

personas con movilidad reducida, lo que se traduce —además— en la obligación del Estado de llevar a cabo medidas de acción positiva a favor de este universo (art. 75, inc. 23, CN); optimiza el tiempo de trabajo con la implementación del trabajo por objetivos (mediante metas e indicadores); disminuye considerablemente los costos en infraestructura, instalaciones y otros gastos (oficinas, servicios, herramientas, etc.).

III. Algunos antecedentes

En el escenario antes descripto, por convicción pero también por la necesidad que implica la emergencia sanitaria, muchos países han adoptado iniciativas de teletrabajo o trabajo remoto, aunque —según un reciente trabajo publicado por el Instituto Nacional de Administración Pública (INAP) de autoría de Oszlak— la conceptualización de "trabajo remoto" se usó por primera vez en la década de los 70 en los EE. UU. con motivo de la crisis del petróleo y la necesidad de ahorrar en combustible **(4)**. En términos generales, las Administraciones públicas han reaccionado en forma positiva y han decidido no dejar paralizada la gestión pública, pese que naturalmente los servicios se han resistido y no se alcanzó los mismos niveles de optimización logrados con la actividad presencial.

En este punto, también debe precisarse que el teletrabajo es relativamente distinto para los niveles superiores, medios y bajos en la Administración. Se ha dicho que mientras que el 75% de los trabajadores cuyo salario equivalía a más de diez salarios mínimos tuvieron la posibilidad de trabajar de manera remota, solamente el 40% de aquellos que recibían hasta dos veces el salario mínimo, pudieron hacer lo mismo. "Esta encuesta está diciendo que el trabajo remoto es relativamente más fácil y más útil y más eficaz en los cuadros medios y altos de las administraciones públicas, pero en los cuadros más pequeños es más complicado, porque sus labores son complementarias, que ayudan a la realización de determinadas labores y que, en consecuencia, pueden ser más complicados de realizar de forma no presencial" **(5)**.

En términos normativos, podemos coincidir que se evidencia que los países cuentan con legislación más robusta y potente en materia de teletrabajo, lo que da cuenta no solo la ley argentina 27.555 e iniciativas concretas a nivel de convenios colectivos principalmente en las actividades docentes, sino también importantes antecedentes del derecho comparado y que muchos de ellos datan de varios años atrás **(6)**.

Amén de la legislación, más abajo mencionada, también existen interesantes antecedentes en los Estados Unidos (incluso desde la década de los 90), Unión Europea, Hungría, Turquía, Colombia, Chile, Perú, México y Brasil, que son motivo de un extenso desarrollo por parte de la doctrina **(7)**.

La mayoría de la normativa fue dictada para ser aplicada exclusivamente al ámbito privado, sin perjuicio de lo cual igualmente existen casos de legislación destinada para ambos sectores públicos y privados (p. ej., Bolivia, Costa Rica, El

(4) OSZLAK, Oscar, "Trabajo remoto: hacer de necesidad virtud", Cuadernos del INAP, año 1, 2020, p. 11.

(5) VELÁZQUEZ LÓPEZ, Francisco, "El burócrata disruptivo: para comprender la Administración pública", Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD), Caracas, 2021, p. 124.

(6) A su vez, también puede señalarse que el teletrabajo encuentra incentivos en la ley 27.505 de Promoción de la "Economía del Conocimiento", que precisamente tiene como objetivo la promoción de actividades que aplican el uso del conocimiento y la digitalización de la información, la obtención de bienes, prestación de servicios y/o mejoras de procesos.

(7) BUGALLO, Jorge M., "Teletrabajo en Argentina. De su forzada implementación a su inexcusable permanencia", Asociación del Derecho Administrativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, http://www.adaciudad.com.ar/wp-content/uploads/2020/10/Bugallo-Teletrabajo-en-Argentina-1.pdf?utm_source=mailpoet&utm_medium=email&utm_campaign=covid-19. También puede consultarse, SAN JUAN, Claudio, "Estudio comparado de la legislación sobre Teletrabajo en los países de América Latina y el Caribe Autor", www.microjuris.com.ar, Cita: MJ-DOC-15486-AR | MJD15486. En agosto del año 2020, este último autor citado concluía que "diez países de América Latina y el Caribe cuentan con una regulación vigente sobre teletrabajo, mediante distintas jerarquías de normas legales (leyes, decretos, resoluciones ministeriales): Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Panamá, Paraguay y Perú. Tres países tramitan ante sus parlamentos un proyecto de ley: Argentina, México y Uruguay. Los países en los que el teletrabajo estaba regulado antes de la pandemia son: Argentina (parcialmente), Brasil, Chile, Costa Rica, Colombia, Ecuador (solo para el sector privado) y Perú (sin reglamentar)".

Salvador), y finalmente, también aparecen normas solo para la Administración, en este caso, siempre de naturaleza reglamentaria, como decretos, resoluciones ministeriales o incluso a nivel de secretaría de Estado (tal es el supuesto de la República de Paraguay), pero no todavía a nivel legal.

Por ejemplo, en Perú la ley 30.036 del 22 de febrero 2013 y su decreto supremo 009-2015-TR regula el teletrabajo en las instituciones públicas y privadas. Define el teletrabajo "por su desempeño subordinado de labores sin la presencia física del trabajador, denominado teletrabajador, en la empresa con la que mantiene vínculo laboral, a través de medios informáticos, de telecomunicaciones y análogos, mediante los cuales se ejercen a su vez el control y la supervisión de las labores" **(8)**.

También antes de la pandemia, Costa Rica sancionó la ley 9738 de 2019 que tiene por objeto promover, regular e implementar el teletrabajo como un instrumento para la generación de empleo y modernización de las organizaciones públicas y privadas, a través de la utilización de tecnologías de la información y comunicación, y aclara que queda sometido a su ámbito de aplicación "tanto el sector privado como toda la Administración pública, tanto centralizada como descentralizada, incluyendo aquellos entes pertenecientes al régimen municipal, así como las instituciones autónomas y semiautónomas, las empresas públicas y cualquier otro ente perteneciente al sector público" (art. 2º). A su vez, esta norma (art. 6º) establece tres aspectos que nos parecen centrales: a) el horario de la persona teletrabajadora podrá ser flexible dentro de los límites establecidos en la jornada, siempre y cuando sea previamente acordado con su jefatura y no afecte el normal desarrollo de las actividades y los procesos de trabajo; b) los criterios de medición, evaluación y control de la persona teletrabajadora serán previamente determinados en el acuerdo o adenda a suscribir, y deberán ser proporcionales a los aplicados en su centro de trabajo; c) la incorporación a la modalidad del teletrabajo es voluntaria tanto para la persona trabajadora como para la persona empleadora. Más adelante, volveremos con estos temas.

Ya con motivo de la crisis sanitaria del COVID-19, en Bolivia el decreto supremo 4218 del 16 de abril de 2020 regula el teletrabajo como una modalidad especial de prestación de servicios caracterizada por la utilización de Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC) en los sectores público y privado, estableciendo pautas (para ambos ámbitos) respecto la jornada, las obligaciones del empleador y del teletrabajador, la suspensión, control y supervisión, entre otras **(9)**. A su vez, reglamentariamente se establece que las entidades públicas podrán implementar la modalidad de teletrabajo en el marco de sus competencias, para lo cual se deberá elevar una solicitud a la máxima autoridad ejecutiva, debiendo cada área adecuar su Reglamento Interno de Personal, Manual de Organizaciones de Funciones y otros inherentes a las actividades y puestos de los funcionarios, mediante los procedimientos establecidos en la normativa vigente (resolución ministerial 220/2020 de 24 de abril de 2020, Ministerio de Trabajo, Empleo y Previsión Social, "Reglamento de Implementación del Teletrabajo").

Por su lado, el dec. 600/2020 de la Asamblea Legislativa de El Salvador aprobó la Regulación del Teletrabajo, con el objeto de promover, armonizar, regular e implementar el teletrabajo como un instrumento para la generación de empleo y modernización de las instituciones públicas, privadas y autónomas, a través de la utilización de tecnologías de la información y

(8) TELETRABAJO, "Primer libro blanco nacional de buenas prácticas en teletrabajo, trabajo remoto y trabajo conectado·, Secretaría de Gobierno de Trabajo y Empleo, Ciudad de Buenos Aires, 2019, 1ª ed ampliada, libro digital, pdf.

(9) En especial, para el sector público, se establece que, "I. Con el objetivo de implementar y promover el teletrabajo, las entidades públicas y entidades privadas que prestan servicios por cuenta del Estado desarrollarán e implementarán una estrategia de digitalización para la atención de trámites y servicios en línea en el marco de Plan de Implementación de Gobierno Electrónico, dando prioridad a aquellos trámites y servicios ofrecidos de mayor recurrencia. II. En todo nuevo trámite o servicio puesto a disposición por parte de las entidades públicas y entidades privadas que prestan servicios por cuenta del Estado, se implementará la atención en línea mediante servicios digitales y/o un canal presencial de tramitación" (art. 12).

comunicación **(10)**, haciendo foco en el horizonte final que es la calidad de los servicios públicos, algo que nos parece basal para consolidar la institución: "El aprovechamiento de las tecnologías de la información y comunicación en la prestación de los servicios al público y a la población en general, el aumento y medición de la productividad, mayor eficiencia y transparencia en el uso de los fondos públicos..." (art. 2º), implican unos de los principales objetivos del teletrabajo. Después, también menciona lo que más adelante haremos referencia respecto que, en términos generales, no existe un verdadero derecho subjetivo al teletrabajo, estableciendo la norma que "la incorporación a la modalidad de teletrabajo es voluntaria por parte del servidor público. El titular de la institución y de la municipalidad tiene la potestad para autorizar o revocar la contratación bajo dicha modalidad, sin menoscabo a su estabilidad laboral. El servidor público podrá solicitar en cualquier momento la restitución a su condición original, lo cual será vinculante para el empleador" (art. 19).

Y finalmente —sin que este análisis involucre en absoluto agotar los regímenes comparados—, en Paraguay, si bien no se ha sancionado un régimen especial de teletrabajo, la Ley 6524 de Emergencia en su art. 20 establece: "Durante la vigencia de esta ley, siempre que la naturaleza de la relación laboral existente lo permita, se establece el régimen jurídico del teletrabajo en relación de dependencia para el sector privado y en el sector público de conformidad a la reglamentación de cada Organismo o Entidad del Estado. Se entiende por teletrabajo, a los efectos de la presente ley, al trabajo en relación de dependencia, que consiste en el desempeño de actividades o trabajos realizados a distancia en forma total o parcial, mediante el uso de las Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC) en virtud a una relación de trabajo que permita su ejecución a distancia, sin requerirse la presencia física del trabajador en un sitio específico de trabajo" **(11)**.

IV. Protección constitucional y legal

En primer lugar, en este punto debe decirse que naturalmente la problemática abordada cuenta con el resguardo constitucional, ya que, si —conforme el art. 14 bis de la Constitución Nacional— "el trabajo en sus diversas formas gozará de protección de las leyes", y el teletrabajo es una modalidad de aquel, no cabe dudas, por lo tanto, que la conclusión es obvia: en nuestro sistema existe una garantía constitucional de salvaguarda al teletrabajo, toda vez que el dispositivo citado implica un imperativo amplio y adaptable a todas las modalidades de trabajo, y en efecto, entonces, la mencionada posibilidad de prestación no puede ser una excusa para la violación a los derechos laborales del trabajador.

De igual manera, debe concluirse que aun cuando el teletrabajo fuera constitucionalmente un "caso no previsto", ello no colige que su problemática transite por fuera de la Carta Magna. En ese mismo sentido, en reciente sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Cristina Fernández de Kirchner", por el cual el Máximo Tribunal Federal —a modo de *obiter*— autorizó las sesiones de la Cámara de Senadores de la Nación de forma remota **(12)**, se extrae el citado razonamiento

(10) Resulta interesante que la norma, respecto el sector público, y en materia de derechos, deberes y prohibiciones, reenvía a la "Ley de Servicio Civil, la Ley de la Carrera Administrativa Municipal y demás leyes aplicables a cada institución, inclusive la Ley del Seguro Social, la Ley la Comisión Ejecutiva Hidroeléctrica del Río Lempa (CEL), Reglamentos, Contratos Colectivos de Trabajo y demás fuentes de obligaciones laborales" (art. 17), las que incluso son de aplicación supletoria (art. 21).

(11) A través de la res. 181/2020 de la Secretaría de la Función Pública se aprobó el "Protocolo para la aplicación del Teletrabajo en el Sector Público", mediante interesantes regulaciones, entre las que se encuentran: a) en caso de su incumplimiento, los trabajadores son responsables directos por las acciones u omisiones realizadas en contravención al presente Protocolo o a las obligaciones establecidas en la legislación vigente, siendo pasibles de las sanciones que correspondan; b) los funcionarios públicos deberán informar sobre los avances laborales desarrollados, en tiempo y forma establecida o a requerimiento del Superior Jerárquico, Unidades de Gestión de Personas o su equivalente; c) también son responsables por el correcto uso, cuidado y mantenimiento de las herramientas informáticas proveídas por la Institución y estarán sujetos a las responsabilidades civiles, penales y administrativas que resulten del uso y manejo indebido de los mismos; d) las Instituciones deberán establecer una plataforma o sistema informático que permita la conexión electrónica de los funcionarios públicos y la entidad en la que se encuentre prestando servicios.

(12) CS, 24/04/2020, "Fernández de Kirchner, Cristina en carácter de presidenta del Honorable Senado de la Nación s/acción declarativa de certeza".

interpretativo cuando advierte el ministro Rosatti —según su voto— que "al regular el funcionamiento del Congreso, la Constitución no previó el trabajo no presencial de sus integrantes en el marco de las sesiones. Ahora bien, de esa circunstancia no se deriva la inconstitucionalidad de tal sistema, dado que no podría pedírsele a los constituyentes (originarios o reformadores), que imaginaran un futuro (o este futuro) tecnológico, respectivamente. La ausencia de normas para atender a situaciones actuales, pero inexistentes al momento de sancionarse la Constitución (o de reformarse), no convierte a las soluciones posibles en inconstitucionales, sino que exige un esfuerzo interpretativo para ponderar si tales remedios son compatibles o no son compatibles con el espíritu del texto constitucional, siendo de suma significación considerar, además, de la letra de las normas, la finalidad perseguida y la dinámica de la realidad (Fallos 320:875; 320:2701; 327:4376; 328:1146, entre muchos otros)" (consid. 11).

Además, y como atinadamente se ha mencionado **(13)**, la implementación del teletrabajo también es acorde al art. 75, inc. 19 de la Constitución Nacional que —en la denominada "cláusula de nuevo progreso" o "cláusula de desarrollo humano"— atribuye la obligación al Congreso en torno a proveer al "desarrollo científico y tecnológico, difusión y aprovechamiento", y que fundamenta el funcionamiento de la Administración en épocas de pandemia, pero seguramente también marcando los tiempos de una normalidad futura.

Ahora bien, y sin perjuicio de la protección constitucional enunciada, también debemos preguntarnos si existe un verdadero derecho fundamental al teletrabajo exigible al empleador, o lo que es lo mismo, el trabajador tiene la facultad de obligar al empleador que la prestación de servicios sea a través de esta modalidad. Parece que, en términos generales y como principio general, no cabe tal posibilidad, ya que, por un lado, la modalidad está condicionada a "aquellas actividades que, por su naturaleza y particulares características, lo permitan" y, por el otro, según los "aspectos específicos" establecidos en el "marco de las negociaciones colectivas" **(14)**.

Y esto es así, más aún todavía en el ámbito de la Administración pública donde debe ponerse foco en la calidad y eficiencia de la actividad prestacional a favor del ciudadano y los usuarios de servicios públicos. "El trabajo móvil debe mantener o incrementar la productividad y los servicios a los usuarios; no es un derecho del empleado", señala Oscar Oszlak en un trabajo de reciente publicación **(15)**. Después, claro está, en términos concretos, existen situaciones donde prima la protección constitucional y nace un verdadero derecho al teletrabajo a favor empleado, bajo ciertas condiciones y exigencias (p. ej., situaciones de vulnerabilidad, personal de riesgo, etc.).

Por otro costado, y ya en el campo legal, debemos situarnos en el marco de la ley 27.555 de "Regulación del Teletrabajo", dictada en el ámbito de aplicación de la ley de Contrato de Trabajo, aunque recocemos en ella diversas regulaciones e instituciones que —en forma analógica y también directa— igualmente pueden ser de aplicación en el universo del ámbito público.

Dicho régimen, que encuentra su principal antecedente en la ley 25.800 que ratifica el Convenio OIT 177 sobre trabajo a domicilio promoviendo la igualdad de condiciones de este tipo de trabajadores con respecto a los presenciales, implica —como su articulado lo menciona— una regulación de establecimiento de los "presupuestos legales mínimos" en aquellas actividades que "permitan", y luego los "aspectos específicos se establecerán en el marco de las negociaciones colectivas" pero "respetando los principios de orden público establecidos en esta ley" (arts. 1º y 2º, ley 27.555).

Introduciéndonos en la ley, y amén de la consideración de especiales instituciones reguladas que más adelante comentaremos particularmente con relación a la Administración pública,

(13) MARTÍNEZ, Paulina, "La Auditoría General de la Nación: algunas consideraciones a casi tres décadas de su creación", en AA.VV., Revista de Derecho Público, Poder Ejecutivo II, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2021, ps. 437 y ss., en part. p. 449.

(14) Conforme art. 1º, ley 27.555.

(15) OSZLAK, Oscar, "Trabajo remoto: hacer de necesidad virtud", Cuadernos del INAP, año 1, 2020, p. 14.

la norma en su art. 3º señala que las personas que trabajen contratadas bajo la modalidad de teletrabajo "gozarán de los mismos derechos y obligaciones que las personas que trabajan bajo la modalidad presencial y su remuneración no podrá ser inferior a la que percibían o percibirían bajo la modalidad presencial"; lo que ha generado diversas críticas por parte de la doctrina **(16)**. La rigidez normativa, hace que se desvanezcan las ventajas de esta especialidad modalidad y se desaprovechen oportunidades para generar cambios positivos, especialmente en el ámbito de la Administración pública **(17)**. Volveremos más adelante con ello.

Lo que sí merece un justo reconocimiento, ha sido la positiva contemplación de las personas que realizan tareas de cuidado de personas —menores de trece años, personas con discapacidad o adultos mayores—, aclarando (innecesario y restrictivo desde mi óptica) que "convivan con la persona trabajadora y que requieran asistencia" habida cuenta que pueden no convivir y no requerir asistencia concreta diferenciable, pero son igualmente personas vulnerables a cargo, para lo cual "tendrán derecho a horarios compatibles con las tareas de cuidado a su cargo y/o a interrumpir la jornada", y su incumplimiento se presumirá discriminatorio resultando aplicable las previsiones de la ley 23.592 (art. 6º, ley 27.555) **(18)**.

En este sentido, es imprescindible que todas estas transformaciones, se hagan no solo con pleno respecto a los derechos laborales, sino también desde una perspectiva de género, que en materia de empleo público, puede recordarse la "Declaración de Alcalá de Henares sobre Igualdad de Género en las Administraciones Públicas" de 2019 aprobada por los países Iberoamericanos a iniciativa del CLAD **(19)**.

Finalmente, en lo que aquí respecta y sin perjuicio de volver seguidamente con otros aspectos de la ley 27.555, la norma comentada recepta, por un lado, el derecho al consentimiento expreso (la "voluntariedad") del traslado de una posición presencial a una modalidad de teletrabajo, y por el otro, el de la "reversibilidad" que implica la revocación en cualquier momento de aquel consentimiento para permitió el teletrabajo (arts. 7º y 8º, ley 27.555).

---

(16) Para la doctrina, esta afirmación (refinándose a la veda de percibir un salario menor) "desde el punto de vista del principio protectorio y principio de progresividad parece de Perogrullo, pero es cierto que existe una discusión sobre qué gastos tiene el trabajador por teletrabajar y qué se ahorra y, por lo tanto, no es tan fácil afirmar si el trabajador que accede al teletrabajo está ganando igual, menos o más que antes" (De URQUIZA, Luis D. J., "Teletrabajar. Parte I", www.microjuris.com.ar, Cita: MJ-DOC-15816-AR | MJD15816).

(17) Entendemos que establecer que los teletrabajadores tendrán los mismos derechos y obligaciones y percibirán la misma remuneración que los trabajadores presenciales, resulta sobreabundante considerando que en nuestro ordenamiento jurídico existen normas que impiden el trato discriminatorio, como ser el art. 14 bis de la CN —ya citado— que contempla el principio de igual remuneración por igual tarea, "pero no cuando el diferente tratamiento responda a principios de bien común, o se justifique en la mayor eficacia, laboriosidad o contracción a sus tareas por parte del trabajador" (PIATTI, Ana Carolina, "Presente y futuro del Teletrabajo en la Argentina", en ED, Revista de Derecho del Trabajo y Seguridad Social , 3, marzo 2021, cita digital: ED-MCCCXI-723).

(18) En materia de empleo público, el principio de no discriminación quedó contemplado —por ejemplo— en la ley 25.165 "Marco de Regulación de Empleo Público Nacional", cuando se refiere a las prohibiciones para el personal (art. 24, inc. h), las obligaciones del empleador (art. 33, inc. i), derechos de los agentes (art. 34, inc. o), entre otros.

(19) Allí los Estados firmantes se comprometieron a seguir distintas recomendaciones, tales como: de reforzar los marcos legislativos y normativos para sistematizar el deber de las administraciones públicas en el objetivo de conseguir la igualdad de mujeres y hombres; analizar el impacto de la maternidad en el acceso, permanencia, movilidad y en la promoción de la carrera profesional en el empleo público para evitar posibles discriminaciones por razón de género; promover medidas de acción positiva para alcanzar la igualdad de género en aquellos ámbitos donde las mujeres están infrarrepresentadas; aplicar leyes de paridad u otras acciones positivas para eliminar "barreras invisibles" que dificultan el acceso de las mujeres a los espacios de mayor responsabilidad en los gobiernos y los ministerios; promover la aplicación de protocolos para prevenir y actuar ante casos de violencia de género en el ámbito de la función pública; realizar estudios periódicos sobre la brecha salarial en la función pública, para detectar y corregir prácticas que generan diferentes ingresos en funcionarios y funcionarias de las mismas escalas profesionales; desarrollar o incluir en los programas de formación contenidos en igualdad de género y sobre la perspectiva y el impacto de género en las políticas públicas, dirigidos a todos los funcionarios y funcionarias, entre otros.

Este punto es demostrativo que la ley no diferencia debidamente las relaciones que nacieron desde la presencialidad y mutaron al teletrabajo, de aquellas que nacen y se ejecutan desde su comienzo a distancia y con la intención de permanencia como trabajo absolutamente remoto. En estas últimas, por ejemplo, no debería permitirse el derecho a la "reversión" porque no hay situación previa para revertir **(20)**. Además, la "reversibilidad" —en aquellos casos que sea posible— no tiene límite de tiempo, lo que es peligroso desde la seguridad jurídica y las facultades de dirección de la empresa. En definitiva, parece que la ley fue pensada para la circunstancia coyuntural y "temporal" del COVID-19, y no una norma imaginada para una "nueva normalidad".

V. Contexto de la nueva realidad de la Administración pública

Debemos comenzar con los nuevos "paradigmas" que rigen la moderna gestión pública, caracterizada ahora por la "desterritorialización" material de la Administración pública y la "deslocalización" de la actividad regulatoria de la misma, sumado a la redefinición de los clásicos institutos que configuran el derecho administrativo, ya que —por ejemplo— la organización administrativa no transcurre ahora por abrir o cerrar oficinas, o trasladar infraestructuras o recursos humanos **(21)**. Para discernir el alcance de la problemática, el lector debe tener presente que la era de la Posmodernidad se identifica con la "proliferación de los llamados 'no-lugares', y precisamente Internet es un 'no-lugar global', fracturado en múltiples subterritorios... Internet elimina el tiempo y la distancia y, por ende, en el mundo virtual, ambos extremos casi perdieron importancia. En el ciberespacio, la nueva coordenada es la atemporalidad" **(22)**.

A lo indicado, debe sumársele los efectos que el contexto mundial de la globalización produce, y en concreto, en materia de relaciones laborales en el ámbito de la Administración pública, puede suceder que un empleado público preste funciones ubicado físicamente en otro país, que sea de una nacionalidad distinta, o que incluso, sea agente de las Administraciones públicas de más de un Estado, sin que exista incompatibilidad o inhabilidad alguna, todo lo cual nos lleva a explorar terrenos todavía desconocidos en lo que se podría denominar como una suerte de "empleo público transnacional" **(23)**, una verdadera "callcenterización" de la Administración, sin ser peyorativo al respecto **(24)**.

Este contexto se complejiza aún más, por las notas propias que caracterizan nuestros marcos jurídicos de empleo público: diversidad de regímenes y dificultad de su conocimiento y sistematización (distintas funciones: docentes, de seguridad, etc.); procesos de negociación colectiva entre las partes como factor central de regulación; ingreso discrecional; regulación por el derecho privado **(25)**.

Ni hablar del déficit del empleo público en nuestro país, una tradición argentina, que refleja una realidad muchas veces contradictoria y

(20) NUNES, Andrés G., "Teletrabajo. Proyecto de ley en Argentina. Comentario sobre los extremos regulados y algunos desafíos para los actores sociales en el mundo del trabajo", www.microjuris.com.ar, cita MJ-DOC-15436-AR | MJD15436. No obstante, en el Reglamento de la Ley de Teletrabajo (dec. 27/2021) se aclaró que "Las personas que trabajan que hubiesen pactado la modalidad de teletrabajo desde el inicio de la relación laboral no pueden revocar su consentimiento ni ejercer el derecho a que se les otorguen tareas presenciales, salvo lo dispuesto en los Convenios Colectivos del Trabajo o en los contratos individuales".

(21) CORVALÁN, Juan, "Hacia una óptima Administración digital inteligente", en La Ley. Edición Especial. El Derecho en Transformación, 19/10/2017.

(22) SCOTTI, Luciana B., "Contratos electrónicos. Un estudio desde el Derecho Internacional Privado Argentino", Ed. Eudeba, Buenos Aires, 2012, ps. 31 y 34.

(23) Por las características del empleo público, y la naturaleza del vínculo que une el trabajador con la Administración pública, no parece atendible al Derecho Administrativo el art. 17 de la ley 27.555, que permite se aplique la ley del lugar de ejecución de tareas.

(24) Para la doctrina iuspublicista, los puestos de trabajo "no serán ocupados por trabajadores locales. Ellos serán ocupados por trabajadores 'igualmente' preparados, pero a costos ostensiblemente para baratos... La globalización permite así aumentar la capacidad laboral de una empresa, reduciendo sus costos, pero usualmente sin contratar a trabajadores locales, generando una considerable tasa de desempleo en este orden" (UEZ, Román A., "La globalización y los problemas regulatorios", Ed. RAP, Buenos Aires, 2007, p. 53).

(25) BALBÍN, Carlos F., "Tratado de Derecho Administrativo", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2010, t. II, p. 267.

atentatoria contra los objetivos planteados: falta de planificación de políticas públicas; ausencia de procedimientos adecuados para el ingreso; escaso control respecto las obligaciones laborales; descontroladas contrataciones precarizadas y temporarias que además, se contraponen al teletrabajo (que requiere previsibilidad, capacitación, etc.), entre muchas otras.

Es en ese escenario, entonces, en donde se pretende la difícil tarea de incorporar el teletrabajo para el ámbito de las relaciones laborales en el ámbito de la Administración pública. Y así, puede receptarse a través de los convenios colectivos de trabajo, mediante una regulación de teletrabajo más flexible propia del derecho laboral (pese que la ley 27.555 carece de esa impronta), o más próxima al reglamentarismo del derecho público mediante la recepción estatutaria de la figura, aunque parece que la primera opción puede facilitar la introducción de la figura en forma dinámica y actualizable, según los requerimientos, urgencias y necesidades, como así también los medios tecnológicos y humanos que cuenta la Administración en un determinado momento **(26)**.

Ahora bien, de una forma u otra, cualquiera fuera la manera de instrumentar la nueva modalidad, la regulación del teletrabajo no puede implicar en absoluto violaciones a los derechos laborales, y ante la duda o divergencia interpretativa, debe primar la protección de estos, máxime cuando rige constitucional y convencionalmente los principios *pro operario*, *pro homine* **(27)**, *favor debilis*, entre otros, por todos conocidos.

VI. El impacto del teletrabajo en el empleo público

Así las cosas, y visto, entonces, el alcance del concepto de teletrabajo y su basamento constitucional y legal, veamos cuáles son sus implicancias respecto el empleo público. ¿Qué consecuencias tiene esta modalidad sobre el trabajador público?, y en su caso, ¿qué aspectos estatutarios deberían modificarse para adaptarse a este nuevo modo?

Primero, debe internalizarse e implementarse —ya definitivamente— el concepto de "asincronía", y que se deduce precisamente de todo este trabajo que hemos estado haciendo en los últimos tiempos: no parece que exista inconveniente en que la prestación de servicios pueda ser inmediata, automática y asincrónica es decir, que se pueda prestar el servicio en cualquier momento u horario, especialmente si hemos digitalizado los expedientes, utilizamos robots y algoritmos previamente analizados para garantizar el servicio en condiciones de igualdad y no discriminación **(28)**.

Segundo, se debe distinguir que funciones, misiones, responsabilidades y actividades pueden ser cumplidas bajo esta modalidad de trabajo a distancia, fuera de la sede laboral, y así, establecer la necesidad de concretar las reformas normativas y procedimentales para su implementación. Es lo que conocemos como "enfoque basado en tareas" **(29)**, y que traduce

(26) Ese es el camino, porque la organización administrativa debe ser creativa, planteándose como objetivo de su política pública, contar con un Estado profesional que se enfoque en resultados, que sea estratégico, participativo, moderno y transparente, y para ello, se requiere la revisión de los marcos jurídicos e institucionales de la función pública (ORTIZ DE GALLARDO, María Inés del Carmen, "Capacitación en la función pública: El capital humana de la Administración", en Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública —RAP—,430, XXXIX Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo en homenaje a Agustín Gordillo y su obra", Buenos Aires, 2014, p. 2014, p. 150).

(27) CS, 18/06/2013, "Asociación de Trabajadores del Estado s/ acción de inconstitucionalidad", "el trabajador es sujeto de preferente tutela constitucional" ("Vizzoti", Fallos: 327:3677, 3689 y 3690 —2004—; "Aquino", Fallos: 327: 3753, 3770 y 3797 —2004—; "Pérez, Aníbal R. c. Disco SA", cit., p. 2055), Y goza de la "protección especial" del Estado, según lo expone la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales, adoptada como Declaración de los derechos sociales del trabajador (art. 2.a), la cual ampara a los trabajadores "de toda clase" y sirve para la adecuada interpretación y el desarrollo de las normas de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre ("Ascua", Fallos: 333:1361, 1369/1370 —2010—).

(28) VELÁZQUEZ LÓPEZ, Francisco, "El burócrata disruptivo: para comprender la Administración pública", ob. cit., p. 70.

(29) Por su lado, la res. 111/2019 dictada por la Secretaría de Modernización Administrativa, y por la cual se crea el "Observatorio de Tramitación Digital" , señala en sus considerandos que "existe un nuevo paradigma de trabajo con un enfoque basado en la segmentación de tareas, gobernanza de datos y automatización, que per-

un nuevo paradigma de trabajo a través de una matriz respaldada en la segmentación de tareas, gobernanza de datos y automatización, especialmente para el caso de la inteligencia artificial **(30)**.

En concreto, comenta Miriam Ivanega que "no todas las funciones de una organización pública son apropiadas para que automáticamente se cumplan mediante el teletrabajo, ni aun en la coyuntura de la pandemia. Para que ello resulte posible y con efectos positivos en términos de eficacia, deben clasificarse las funciones según los objetivos y su destinatario inmediato. De esta forma, la valoración del trabajo no presencial dependerá de si este se dirige a cumplir con actividades o tareas internas de la organización o si tiene vinculación directa con el ciudadano y sus principales necesidades. En este caso, la conversión en teletrabajo podrá realizarse si se evalúa la accesibilidad del ciudadano a esa modalidad y si está en condiciones de recibir la atención adecuada ya que, de no ser así —total o parcialmente— la organización pública deberá aplicar mecanismos o procedimientos complementarios. Por esta razón, resultará fundamental un análisis medular de la especialidad de los órganos y entes, de sus funciones y de su estructura, pues el teletrabajo debe facilitar el acceso del ciudadano y no convertirse en un nuevo obstáculo en su relación con la organización estatal. A su vez, habrá que considerar si determinada función se 'convertirá' definitivamente en teletrabajo, si ella se ejercerá así temporalmente o si revestirá un carácter mixto, ya que, podría ser desempeñada bajo las dos modalidades" **(31)**.

Se recomienda que las Administración públicas evalúen la lógica de trabajo exclusivamente canalizada por la departamentalización y la especialización, señala el CLAD en la "Carta Iberoamericana de Innovación en la Gestión Pública" (2020), pero esta —continua el documento— "no debe necesariamente ser ordenada de manera rígida y estanca, sino inteligentemente encauzada mediante la flexibilidad, la transversalidad, la polivalencia y la gestión por proyectos" **(32)**.

Tercero. El otro aspecto, que indudablemente opera como un verdadero prerrequisito o precondición del teletrabajo —en todas sus variantes y alcances— es la garantía previa de acceso a Internet de cumplimiento obligatorio por parte del Estado, toda vez que sin niveles aceptables de conectividad difícilmente pueda concretarse metas de trabajo sin presencialidad como las propuestas.

Con miras a este horizonte, las Administraciones debe incrementar esfuerzos para conseguir acuerdos de "cero *rating*" con operadoras de telefonía móvil, es decir, para no cobrarles a sus clientes un cierto volumen de datos utilizados

mitirán mejorar el servicio al ciudadano a través de la introducción de las herramientas de aprendizaje automatizado a inteligencia artificial, y consecuentemente, aumentar la productividad y la eficiencia en la confección de respuestas legales, asistencia inteligente, admisiones automática, certificaciones automática y fiscalización con diagnóstico inteligente, como actividades intrínsecas al hacer administrativo".

(30) CEVASCO, Luis, CORVALÁN, Juan Gustavo — LE FEVRE CERVINI, Enzo María, "Inteligencia artificial y trabajo", Ed. Astrea SRL - Editorial Universidad del Rosario, Derecho Para Innovar, IMODEV, Buenos Aires, 2019, p. 13. Para Juan Antonio Travieso en la actualidad "se producen nuevos contratos sociales y el progreso tecnológico irrumpe en progreso social. Esos cambios, no están en oposición, sino en conjunción para potenciarlos. Un ejemplo elocuente, es el del mundo de los robots, que como lo expresamos, podrán sustituir trabajadores en una relación aparentemente opuesta entre el trabajo y la tecnología y quizás esa hipotética sustitución, puede devenir virtuosa, al mejorar la calidad de vida" (TRAVIESO, Juan Antonio, "Derecho y Tecnología. Historias y dilemas", elDial.com, Buenos Aires, 2019, p. 31). Sobre inteligencia artificial y Derecho puede ampliarse en nuestro libro, MUÑOZ (h), Ricardo A., "Inteligencia Artificial y Derecho Administrativo. Un enfoque basado en derechos", IJ Editores, Buenos Aires, 2020, disponible en https://ar.ijeditores.com/pop.php?option=publicacion&idpublicacion=582&idedicion=3688.

(31) IVANEGA, Miriam M., "El teletrabajo en el empleo público", en El Teletrabajo en el Ordenamiento Jurídico Argentino. Posibilidades y Oportunidades del Teletrabajo, IJ Editores, cita: IJ-CMXXIII-660.

(32) CENTRO LATINOAMERICANO DE ADMINISTRACIÓN PARA EL DESARROLLO (CLAD), "Carta Iberoamericana de Innovación en la Gestión Pública", aprobada en la XIX Conferencia Iberoamericana de Ministras y Ministros de la Administración Pública y Reforma del Estado de fecha 8 de octubre de 2020, capítulo Sexto: "Teletrabajo y organización flexible y abierta del trabajo", apart. 22.

por aplicaciones o plataformas específicas **(33)**, lo que debe suceder igualmente, por ejemplo, para el uso de plataformas educativas.

Las TIC "representan no solo un portal de acceso al conocimiento, a la educación, a la información y al entretenimiento, sino que constituyen, además, un punto de referencia y un pilar fundamental para la construcción del desarrollo económico y social", rezan los fundamentos del DNU 690/2020 por el cual se institucionalizó en nuestro país el acceso a Internet, como un verdadero derecho humano, de naturaleza social, y por tal, exige al Estado obligaciones positivas **(34)**.

VII. Los derechos y garantías complementarias al teletrabajo

VII.1. Privacidad e intimidad

VII.1.a. La protección constitucional y legal

La primera —y quizás más importante— garantía complementaria al teletrabajo es el resguardo al núcleo de privacidad e intimidad del trabajador, aspecto que no solo complejiza las relaciones laborales por la naturaleza del derecho en cuestión, sino también porque posee implicancias respecto las posibilidades de vigilancia de la organización empleadora, lo que se vincula —entonces— con las evaluaciones de implementación y las potestades disciplinarias de la Administración pública.

Toda comunicación personal que lleve a cabo el trabajador, aun con motivo y/o a propósito de sus funciones, cuenta con la garantía constitucional de protección de la correspondencia (art. 18, CN), y que por el principio de equivalencia funcional —mismos objetivos y funciones, solo cambiando el medio del mensaje—, también naturalmente se extiende a las comunicaciones electrónicas y digitales (art. 318, Cód. Civ. y Com. de la Nación, art. 5º, ley 27.078 de "Argentina Digital", antes art. 19, ley 19.798, art. 153, Cód. Penal, entre muchas otras normas).

Además de la intimidad y privacidad, debe garantizársele también al trabajador el derecho autónomo a la autodeterminación informativa —existan o no aspectos de información sensible— por lo que debe la Administración pública empleadora dar pleno cumplimiento y respeto a la ley 25.326 de Protección de los Datos Personales, que incluso admite amplias posibilidades de operación y tratamiento de datos a favor del Estado cuanto nos encontremos ante situaciones de protección del bien público.

En rigor de verdad, y tal como lo ha explicado recientemente la doctrina **(35)**, en el ámbito de las relaciones laborales, la protección de información en poder de la empresa, ya sea como activo o, como insumo, tradicionalmente ha sido objeto de protección, especialmente, mediante el deber de confidencialidad, y la generalidad de los problemas que en la práctica se han presentado están vinculados a hechos que implican una divulgación o transferencia no autorizada, generalmente a empresas de la competencia.

En este sentido, por lo tanto, se puede distinguir dos categorías. Por un lado, aquella información que constituye un insumo para los servicios que brinda una empresa. Y, por el otro, la información que provienen de las personas que están vinculadas laboralmente con la empresa. Y esto es reflejado en forma concreta en la ley 27.555, ya que, mientras la primera de las categorías mencionadas se encuentra contemplada en el art. 16 cuando exige al empleador "tomar las medidas que correspondan, especialmente en lo que se refiere al *software*, para garantizar la protección de los datos utilizados y procesados por la persona que trabaja", lo relativo a la protección de los datos específicos del teletrabajador esta receptado en el art. 15 al momento que condiciona que los sistemas de control destinados a la protección de los bienes e informaciones del empleador deberán "salva-

(33) VELÁZQUEZ LÓPEZ, Francisco, "El burócrata disruptivo: para comprender la Administración pública", ob. cit., p. 126.

(34) En este punto, nos remitimos a nuestro trabajo, MUÑOZ, Ricardo A., "La titulación de Internet ante la 'hipervulnerabilidad' estructural y social", en MOCOROA, Juan M. (dir.), Revista Argentina de Regulación y Derecho de las Telecomunicaciones, IJ Editores, https://ar.lejister.com/pop.php?option=articulo&Hash=e0bd9d1dc22d5acd2f89ae64de195a9f.

(35) NIEVAS, Laura, "Teletrabajo, Protección y Seguridad de datos", www.microjuris.com.ar, cita: MJ-DOC-15937-AR | MJD1593.

guardar la intimidad de la persona que trabaja baja la modalidad de teletrabajo y la privacidad de su domicilio".

VII.1.b. El (in)debido uso del correo electrónico por parte del empleado

Esta garantía complementaria, en rigor de verdad, nos remite a una clásica —aunque todavía vigente— discusión respecto el uso del correo electrónico provisto por el empleador y su facultad de control, lo que se extiende obviamente a cualquier plataforma o vía de comunicación digital.

Por un lado, en consonancia con los controles empresariales, ubicamos al art. 63 de la LCT (que exige que las partes deben obrar de buena fe), pero principalmente las facultades del empleador entre las que se encuentran la de organizar económica y técnicamente la empresa, como también su dirección (arts. 64 y 65), y el deber de fidelidad del trabajador, por el cual debe guardar reserva o secreto de las informaciones a las que tenga acceso (art. 85, LCT).

En cambio, puede advertirse también que, en realidad, estamos ante una indebida intromisión, ya que, el teletrabajo no implica supresión del derecho a la intimidad y privacidad fundados en el principio de dignidad de la persona humano. Rige, además, el principio *in dubio pro operario*, y solo puede accederse a tipos de comunicaciones como las mencionadas, a través de una orden previa judicial autorizada por un juez competente. Finalmente, es clara la ley 27.555 cuando establece que los sistemas de control deben salvaguardar la intimidad de la persona que trabaja (art. 15) y que el empleador debe tomar medidas para la protección del *software* y datos, "no pudiendo hacer uso de *software* de vigilancia que viole la intimidad" (art. 16).

VII.1.c. La jurisprudencia del fuero laboral

La jurisprudencia, por su lado, especialmente la del fuero laboral, ha sido movediza variando según los casos, sin que se pueda —con rigor científico— sacarse conclusiones respecto una línea clara.

En un primer grupo de pronunciamientos, deben considerarse los casos en que el empleador no ha conseguido acreditar la existencia de los hechos invocados —uso no autorizado o indebido del correo electrónico y otros recursos informáticos de la empresa— como causal de despido **(36)**. Cuando la causal invocada no alcanza para justificar el distracto **(37)**. O en su caso, el despido luce como una medida desproporcionada **(38)**.

En este sentido, se ha dicho que "debe considerarse que la injuria es de naturaleza objetiva y en ello se debe ver la entidad de la imputación que se avale con probanza válida y contundente. La conducta negligente —usar la red informática de la empleadora para su beneficio particular y desatender a los clientes de esta—, lo que habría originado la pérdida de confianza por parte de la empresa, cae generalmente en la órbita del fuero íntimo del empleador", por lo que no es apta para el basamento rupturista **(39)**.

Finalmente es reiterada la desestimación del despido cuando —pese acreditarse la existencia de correos ajenos al débito laboral— no se invoca ni demuestra la existencia de reglamentos violentados por tal práctica, y no se acredita, además, el perjuicio sufrido por el empleador **(40)**. Así se ha estado por la desvinculación resulta injustificada, cuando "la demandada no justificó en el caso que el accionante hubiere abandonado el servicio, ni que el envío de algunos *e-mails*

(36) CNTrab., sala III, 29/08/2003, "B. M. c. SGS SA s/ despido", elDial 28/11/2003. En este caso, se trataba de un mensaje con contenido pornográfico.

(37) CNTrab., Sala X, 30/12/2004, "Dubini, Clarisa c. Cencosud SA s/ despido" elDial, 04/03/2005. Al trabajador se le cuestionó el uso excesivo de Internet. De igual manera, CNTrab., sala IV, 27/02/2006, "Gelonch, Giselle A. c. Carda SA", DT 2006 (setiembre), 1342. En este supuesto, el trabajador fue cuestionado por instalar "messenger" en las computadoras de la empresa.

(38) CNTrab., sala I, 10/04/2010, "Uhrin, Jorge A. c. Bayer Argentina SA", LA LEY, 2003-E-1398. En este caso, el trabajador fue despedido por remisión de correos electrónicos pornográficos.

(39) CNTrab., sala VII, 27/03/2003, "Pereyra, Leandro R. c. Servicios de Almacén Fiscal Zona Franca y Mandatos SA s/ despido", elDial, 11/07/2003.

(40) CNTrab., sala III, 21/02/2003, "Acosta, Natalia c. Disco SA", LexisNexis 31/3/2005.

hubiere incurrido en una grave afectación de la prestación comprometida (medida en unidades de tiempo y esfuerzo). En suma, no habiéndose prohibido ni reglamentado la utilización de medios informáticos, para comunicaciones de índole personal, las probanzas aportadas a la presente causa con relación a tal tópico, resulta objetivamente insuficientes para tener por acreditado los incumplimientos enrostrados al autor" **(41)**.

Por el otro lado, otro sector de la jurisprudencia ha tenido por justificadas situaciones de despido —por diversos motivos— y, en consecuencia, ha tomado por válida el monitoreo patronal del correo laboral del trabajador.

Así se ha dicho que resulta justificado el despido del trabajador que utilizó el correo provisto por el empleador de modo impropio para fines personales **(42)**, para enviar mensajes con contenido sexista, difamatorio y despectivo respecto de compañeros de trabajo **(43)**, por haber descargado pornografía en una red privada perteneciente a la empresa **(44)**, entre otros.

Especialmente, cabe ponderar un pronunciamiento por el cual se ha tenido por legítimo el despido dispuesto por el empleador alegando incumplimiento de los deberes de lealtad y reserva por parte del trabajador, cuando se ha acreditado que este remitió por correo electrónico información confidencial a la principal empresa competidora, máxime cuando aquel había asumido un compromiso por escrito. Y allí la Cámara Nacional del Trabajo agregó además, que "el proceder del empleador que cotejó los registros y constancias de la información que contenía el servidor de Internet de la empresa y revisó el correo electrónico del trabajador no vulnera el derecho a la intimidad de este ni viola su correspondencia personal, pues la inspección estuvo limitada prudentemente a verificar las comunicaciones dirigidas por parte del dependiente a otra empresa competidora, a fin de comprobar el grave incumplimiento de aquel en sus deberes" **(45)**.

Además, se ha dicho que resulta justificado el despido, cuando un empleado bancario había reenviado un correo desde su casilla institucional alertando el advenimiento de un nuevo "corralito financiero". Los jueces estimaron que dicho proceder importó una clara violación a los deberes de fidelidad y de reserva, más aún considerando la categoría jerárquica del dependiente. No puede soslayarse "el efecto exponencial de este tipo de mails dado que nadie, con cierto grado de sensatez, podrá negar que esta clase de información se difundiría más allá de los destinatarios originales y que, en efecto, existía la potencialidad de generar una corrida financiera con efectos devastadores para la explotación del empleador, sin descartar efecto generalizador" **(46)**.

VII.1.d. Nuestra opinión

En este tema, el *quid* de la cuestión pasa por determinar —en sus justos términos— la tensión que se genera entre las indiscutidas facultades del empleador de monitorear los correos electrónicos (o cualquier comunicación) cuya casilla es puesta a disposición por la empresa a favor trabajador para sus actividades laborales,

(41) CNTrab., sala II, 14/08/2014, "S., R. O. c. Expogral SA y otros s/ despedidos", publicado por ABARRATEGUI FERNÁNDEZ, "Controversias derivadas del uso de las nuevas tecnologías en el ámbito laboral. ¿Qué respuestas nos brinda la jurisprudencia?", en GRANERO, Horacio R. (dir.) — STECKBANER, María Rosa (coord.), E-mails, chats, WhatsApp, SMS, Facebook, filmaciones con teléfonos móviles y otras tecnologías. Validez probatoria en el proceso civil, comercial, penal y laboral, Ed. Albremática, Buenos Aires, elDial.com, 2019, p. 243.

(42) CNTrab., sala X, 13/08/2003, "García, Delia M. c. Yacimientos Petrolíferos Fiscales", LA LEY, 2003-E-926.

(43) CNTrab., Sala IV, 31/03/2009, "Lodigiani, Roberto H. c. Central Multiservicios SRL", LLOnline.

(44) CNTrab., sala X, 30/06/2010, "B. G. c. Sisdev soc. de hecho y otros", LA LEY, 2010-D-623; también CNTrab., sala V, 31/10/2011, "I., A. J. c. T. d. A. SA s/ despedido".

(45) CNTrab., sala VII, 11/07/2007, "Viloria, Myrian A. c. Aseguradora de Créditos y Garantías SA", LA LEY, 2007-F-175.

(46) CNTrab., sala II, 26/11/2010, "M., M. G. c. HSBC Bank Argentina SA s/ despido", publicado por ABARRATEGUI FERNÁNDEZ, "Controversias derivadas del uso de las nuevas tecnologías en el ámbito laboral. ¿Qué respuestas nos brinda la jurisprudencia?", en GRANERO, Horacio R. (dir.) — STECKBANER, María Rosa (coord.), E-mails, chats, WhatsApp, SMS, Facebook, filmaciones con teléfonos móviles y otras tecnologías. Validez probatoria en el proceso civil, comercial, penal y laboral, ob. cit., p. 242.

y los derechos constitucionales a la privacidad e intimidad reconocidos al empleado por el sistema constitucional y convencional vigente.

Desde nuestra perspectiva, no parece razonable el criterio por el cual la verificación solo es posible cuando exista justa causa, o que el empleador deba solicitarle autorización a un fiscal o juez competente para hacerlo. De la misma manera, tampoco resulta lógico ni prudente negar lisa y llanamente las potestades de control de la patronal, aduciendo en todos los casos libertades individuales del trabajador.

De no ser así, es decir, impedir la revisión patronal del *mail* laboral bajo el pretenso de la intimidad, la consecuencia podría ser aún peor para el mismo trabajador: caer en una exclusiva responsabilidad de los contenidos de esos correos electrónicos, eximiéndose la empresa en todos los casos al no tener control sobre ellos **(47)**.

De tal manera, nos inclinamos por el reconocimiento a favor del empleador de acceder y controlar todos los mensajes de correo electrónicos enviados y recibidos por los trabajadores aun sin conformidad de este, siempre y cuando se cumplan una serie de condicionamientos razonables y proporcionales (muchos de los cuales) surgen de la misma jurisprudencia analizada:

1. Obviamente que se trate de un correo (o plataforma) suministrado por la empresa, y no de un *mail* privado del trabajador.

2. Que exista un reglamento de la empresa **(48)** respecto el uso de esos medios y que haya sido previamente anoticiado al trabajador, eliminando de este modo también toda "expectativa de privacidad". Así, en nuestra opinión, podría aplicarse analógicamente y en beneficio del trabajador, lo establecido en art. 71 de la LCT, respecto los sistemas de controles personales del empleado.

Este reglamento deberá contener: a) que la empresa se reserve el derecho de revisar periódicamente el correo electrónico y el *software* instalado en las máquinas de la empresa para uso del personal; b) que los métodos de control sean razonables, generales y no discriminatorios **(49)**; c) claras y precisas prohibiciones de uso abusivo los medios informáticos durante la jornada laboral; d) impedimento para el envío de correos cuyo contenido tengan connotaciones sexuales, sexistas, discriminatorios, etc.; e) que se encuentre prohibido la divulgación de informaciones confidenciales de la empresa y, f) que las sanciones previstas en esos reglamentos internos sean razonables y cumplan con demás principios vigentes (contemporaneidad, proporcionalidad, etc.).

3. En caso de injurias laborales, cabe en espaldas del empleador la acreditación en forma fehaciente de las causales que invoca para sancionar o expulsar al trabajador, ya que —conforme la jurisprudencia antes repasada— no son pocos los ejemplos de la frustración de la pretensión de la empresa por cuestiones meramente probatorias.

VII.2. El derecho a la desconexión digital

En nuestro sistema jurídico, no existe otra definición del derecho a la desconexión más que la indicada en el art. 5º de la ley 27.555, en cuanto reconoce el derecho de la persona "a no ser contactada y a desconectarse de los dispositivos digitales y/o tecnologías de la información y comunicación, fuera de su jornada laboral y

(47) En este sentido, se ha dicho que "si resulta inconstitucional la revisión de estas tareas, también resulta definitivamente contrario a derecho, hacer responsable objetivamente al empleador a quien le estamos quitando el derecho de control que es el sostén más básico de la teoría de la responsabilidad objetiva por su dependiente" (RUANI, "Responsabilidades en las Tics", II Congreso de Derecho y Tecnología, Colima, México, marzo 2012, citado por FERNÁNDEZ DELPECH, Horacio, Manual de Derecho Informático, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2014, p. 394).

(48) En materia de reglamentos internos de las empresas, la doctrina y jurisprudencia han considerado que los mismos deben tener convalidación previa de la entidad sindical que representa a los trabajadores. Con igual opinión, ANZIT GUERRERO, Ramiro — TATO, Nicolás S. — PROFUMO, Santiago J., "El Derecho Informático. Aspectos fundamentales", Ed. Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2017, p. 108.

(49) VELTANI, Darío, "La casilla de correo electrónico laboral después de la terminación del contrato de trabajo", www.micrjuris.com.ar, cita: MJ-DOC-6293-AR.

durante los períodos de licencias" y, en consecuencia, "el empleador no podrá exigir a la persona que trabaja la realización de tareas".

Si bien es verdad que parece correcta la conceptualización dada por la norma, también lo es que parte de una cosmovisión rígida del teletrabajo, sin tener presente aspectos de amplitud, flexibilidad, polivalencia y agilidad que informa buena parte de la actividad prestacional, por lo que —en nuestra opinión— más que un derecho a la desconexión digital debe hablarse de una libertad del individuo para estar conectado o desconectado, decidiéndolo voluntariamente en el ámbito laboral.

Como antecedente, resulta muy interesante la modificación a la ley laboral francesa del año 2017 **(50)**, dada con la intención de que los trabajadores fuera de su horario laboral no necesiten estar pendientes de su correo, ni de sus teléfonos móviles; en otras palabras, la reforma laboral francesa reconoce el derecho del trabajador a la "desconexión electrónica" con la empresa empleadora fuera del horario de trabajo **(51)**.

La técnica jurídica, como así también la actual realidad en la que se ubica la gestión pública, nos plantea la duda de si el derecho a la desconexión digital es un derecho autónomo digital distinto a los ya existentes, o, por el contrario, solo se está intentando arbitrar y adaptar una serie de garantías ya conocidas, vinculadas, por un lado, con la intimidad personal y familiar (libertad informática), y por el otro, con derechos laborales por todos destacados. Sin perjuicio de ello, y de todas formas, podemos decir que en el derecho a la desconexión digital yace un verdadero derecho constitucional, ya que, hace anclaje en las "condiciones dignas", "jornada limitada" y "descanso" (del art. 14 bis, CN), de tal manera que constituye un derecho plenamente operativo, de directa aplicabilidad e inmediata ejecución, aun cuando no existe norma legal, ni reglamentaria alguna que lo concrete.

Como se podrá advertir, los bienes jurídicos tutelados por el derecho comentado no son otros que el tiempo de trabajo y descanso, la conciliación de la vida personal, profesional y laboral, la protección de la seguridad y salud laboral, y en definitiva, la dignidad del trabajador y la de su familia.

La literatura jurídica *iusadministrativista* **(52)** ha caracterizado al derecho a la desconexión digital como un derecho irrenunciable de contenido extrapatrimonial, que no admite ser transmitido ni sustituido económicamente, sin perjuicio que —previa voluntad del trabajador— se retribuya adicionales a través de compensaciones económicas, por lo que el derecho estudiado ayuda a determinar que es jornada ordinaria y que es jornada extraordinaria.

Cuenta con un doble contenido, toda vez que implica no solo obligaciones negativas (responsabilidad de cumplir a través del deber de abstención), sino también positivas (obliga a elaborar políticas concretas internas dirigidas a los amparados).

Además, la desconexión digital supone en la práctica un derecho que, si bien oponible contra el principal sujeto obligado que es el empleador, también legitima a su titular para hacerlo valer *erga omnes*, frente otros trabajadores compañe-

(50) La reforma introduce un nuevo apart. 7º en el art. L. 2242-8 del Código de Trabajo francés, que establece "7º Las modalidades del pleno ejercicio por el trabajador de su derecho a la desconexión y la puesta en marcha por la empresa de dispositivos de regulación de la utilización de los dispositivos digitales, a fin de asegurar el respeto del tiempo de descanso y de vacaciones, así como el de su vida personal y familiar. A falta de acuerdo, el empleador, previa audiencia del comité de empresa o, en su defecto, de los delegados de personal, elaborará una política de actuación al respecto. Esta política definirá las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión y preverá, además, la puesta en marcha de acciones de formación y de sensibilización sobre un uso razonable de los dispositivos digitales, dirigida a los trabajadores, mandos intermedios y dirección".

(51) MASCORETTA, Cora S., "Comentario al reconocimiento del derecho a la "desconexión digital" de los trabajadores en el derecho laboral francés", ED, 23/02/2017.

(52) MEGINO FERNÁNDEZ, Diego — LANZADERA ARENCIBIA, Eugenio, "El derecho a la desconexión digital: delimitación y análisis. Aplicación práctica en la Administración Pública", Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas, 18, año 2020, ps. 64 y ss., en part. p. 67.

ros, y terceros (administrados particulares, proveedores, usuarios, etc.) **(53)**.

Y finalmente, en caso de incumplimiento por parte de la Administración, y aunque exista un vacío normativo al respecto, la sanción podría ser las mismas consecuencias que implica la violación a la regulación de "tareas de cuidado", es decir, las previsiones de la ley 23.592 lo que se deduce en acoso laboral, sin perjuicio del reconocimiento de horas extras, categorías, dedicaciones, etc.

No obstante lo expuesto, pensamos que sería un absurdo una desconexión digital genérica, como lo es el cierre del servidor o la imposibilidad técnica de la mera remisión de correos después de terminada hora, lo que podría redundar no solo en la mala calidad de los servicios públicos, sino también inconvenientes para los propios usuarios y ciudadanos destinatarios de esos servicios. Más aún, existen actividades, como la seguridad informática, que se hacen necesariamente fuera de la jornada laboral, inclusive guardias, y se necesita del trabajador. De tal manera que, no parece de todo ajustado a la realidad de la Administración pública, ni derechamente aplicable al empleo público, la veda del art. 5º *in fine* de la ley 27.555 que prohíbe al empleador remitir a la persona que trabaja "comunicaciones, por ningún medio, fuera de la jornada laboral" **(54)**.

VII.3. Derecho a la capacitación. Evaluación de desempeño

La modalidad del teletrabajo traduce la consecuente garantía complementaria de capacitación de los agentes en las herramientas tecnológicas, no solo como derivación natural del derecho estatutario en ese tipo, sino también como reaseguro para la progresiva adaptabilidad a las nuevas condiciones laborales **(55)**, principalmente en aquellos casos donde el trabajo nació bajo una forma clásica y convencional, y después viró a la virtualidad.

La capacitación y formación, además, de ser vista como derecho del trabajador y naturalmente obligación de la organización empleadora **(56)**, también debe ser contemplada desde una perspectiva constitucional, habida cuenta que su finalidad no es otra que la prestación de los servicios públicos con calidad y eficiencia (art. 42, CN), siendo entonces, la idoneidad, formación y capacitación de los empleados una condición necesaria. Y así deberá ser valorada por los funcionarios y cuerpos directivos, a los efectos de optimizar la prestación de los servicios públicos y los demás cometidos estatales.

(53) MEGINO FERNÁNDEZ, Diego — LANZADERA ARENCIBIA, Eugenio, "El derecho a la desconexión digital: delimitación y análisis. Aplicación práctica en la Administración Pública", ob. cit., p. 68.

(54) Sin embargo, por vía reglamentaria, parece que se han puesto las cosas en su lugar —aunque parte de la doctrina haya dicho que el decreto contraria expresamente la ley (INSÚA, Jorge A., "Aspectos destacados sobre la reglamentación a la Ley de Teletrabajo", en ED, Revista de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, 3, marzo 2021, cita digital: ED-MCCCXI-725)— estableciendo el art. 5º del dec. 27/2021 que "Cuando la actividad de la empresa se realice en diferentes husos horarios o en aquellos casos en que resulte indispensable por alguna razón objetiva, se admitirá la remisión de comunicaciones fuera de la jornada laboral. En todos los supuestos, la persona que trabaja no estará obligada a responder hasta el inicio de su jornada, salvo que concurran los supuestos contenidos en el art. 203 de la ley 20.744 (t.o. 1976)". No obstante, es dable afirmar que la Reglamentación no estableció qué se entiende por "razón objetiva" por la cual el empleador remitió al teletrabajador una comunicación fuera del horario de trabajo, "por lo cual deberían pactarse en el acuerdo de Teletrabajo, caso contrario, serán materia de interpretación judicial en el caso concreto sometido a su decisión" (PIATTI, Ana Carolina, "Presente y futuro del Teletrabajo en la Argentina", en ED, Revista de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, 3, marzo 2021, cita digital: ED-MCCCXI-723).

(55) "El empleador deberá garantizar la correcta capacitación de sus dependientes en nuevas tecnologías, brindando cursos y herramientas de apoyo, tanto en forma virtual como presencial, que permitan una mejor adecuación de las partes a esta modalidad laboral. La misma no implicará una mayor carga de trabajo", reza el art. 11 de la ley 27.555.

(56) Lo ha expresado elocuentemente Miriam Ivanega afirmando que "Las calidades de formación y técnico-profesionales requeridas para el ejercicio de una función y la formación ética, son entendidas como expresión de la dignidad humana. Consecuencia de ello es que la capacitación y la posibilidad de promocionar dentro de la organización conforman un derecho para el agente y un deber para la Administración" (IVANEGA, Miriam M., "Cuestiones de potestad disciplinaria y derecho de defensa —segunda edición actualizada—", Ed. RAP, Buenos Aires, 2013, p. 77).

Ahora bien, la contracara de la capacitación, es la evaluación de desempeño, que puede hacerse mediante enfoques diferentes que precisamente reciben diferentes denominaciones, tales como "evaluación del desempeño", "evaluación del mérito", "evaluación de los empleados", "informe de progreso", entre otros, y que —en definitiva— son conceptos dinámicos en los se busca que los agentes sean constantemente examinados, ya sea formal o informalmente, pero siempre con cierta continuidad por parte de las organizaciones, todo ello dentro del universo más amplio que significa la actividad de contralor y dirección del empleador **(57)**.

La gran dificultad para la implantación del teletrabajo no ha sido la tecnología o la seguridad de las conexiones remotas, sino justamente la implementación de algún modelo que permita la evaluación del desempeño de las personas empleadas con base en objetivos, bien "sean de producción, resultado o impacto, y con base en competencias profesionales como la innovación, la cooperación, el trabajo en equipo" **(58)**. Para Oszlak, los principios generales del trabajo remoto durante la pandemia son: el establecimiento de metas, la determinación de puestos elegibles, documentar su ejecución y evaluación de desempeño **(59)**. Y de allí justamente, deben estar todos los esfuerzos creativos, colaborativos e innovadores para acreditar, con meridiana claridad y justeza, el rendimiento funcional del trabajador, lo que se complejiza aún más en instancias de virtualidad.

Los sistemas de evaluación de desempeño y otras formas de medir el rendimiento de los trabajadores dependientes son crecientemente utilizados no solo para determinar los niveles de remuneración y el otorgamiento de aumentos o premios, sino también para definir ascensos en el marco de la carrera administrativa. Por eso, la utilización de este tipo de herramientas requiere un conocimiento específico y una aplicación razonable, destinada no solo a atender los fines públicos a cargo de la Administración, sino también a valorizar adecuadamente la labor de los agentes públicos, conforme las pautas que nos brindas los arts. 51, 52 y ss. y 1717 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, no siendo aceptable de tal modo el acceso a la información personal en forma indiscriminada o herramientas de geolocalización, indignas para el trabajador, cualquiera fuese su modalidad.

VII.4. Elementos de trabajo y compensación

Otra de las garantías complementarias al teletrabajo es que el empleador debe determinar con precisión los medios tecnológicos y físicos que sean necesarios para el desarrollo de las tareas y actividad, y en el caso de no contar con ello, la Administración debe proveerlos en las condiciones y con las características que la entidad disponga.

Este es el espíritu de la ley 27.555 que ordena en su art. 9º que "El empleador debe proporcionar el equipamiento —*hardware* y *software*—, las herramientas de trabajo y el soporte necesario para el desempeño de las tareas, y asumir los costos de instalación, mantenimiento y reparación de las mismas, o la compensación por la utilización de herramientas propias de la persona que trabaja" **(60)**.

Esta obligación del empleador no solamente alcanza a los elementos principales tales como computadora PC, *netbook* o *notebook*; dispositivo celular o *tablet*; auriculares o vinchas; *web-*

(57) Ha expresado la doctrina que "La adopción de mecanismos de evaluación del desempeño se condice con políticas de gobierno en donde la rendición de cuentas se constituye en elemento indispensable para la consolidación del Estado de Derecho. Otras razones incluyen: la necesidad de utilizar más eficientemente los limitados recursos fiscales y el deseo de aumentar la legitimidad de las instituciones políticas" (SAPPA, José, "Capacitación y evaluación del mérito en el empleo público", en AAVV, El Estado Constitucional de Derecho y el Derecho Administrativo, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2017, ps. 203 y ss., en part. p. 217).

(58) VELÁZQUEZ LÓPEZ, Francisco, "El burócrata disruptivo: para comprender la Administración pública", ob. cit., p. 116.

(59) OSZLAK, Oscar, "Trabajo remoto: hacer de necesidad virtud", Cuadernos del INAP, año 1, 2020, p. 17.

(60) A su vez, el art. 10 agrega que "La persona que trabaja bajo la modalidad del teletrabajo tendrá derecho a la compensación por los mayores gastos en conectividad y/o consumo de servicios que deba afrontar. Dicha compensación operará conforme las pautas que se establezcan en la negociación colectiva, y quedará exenta del pago del impuesto a las ganancias establecido en la ley 20.628 (t. o. 2019) y sus modificatorias".

cams, micrófonos, cableados e inalámbricos; teclado, *mouse*, impresoras, escáneres; muebles, escritorios, sillas, gabinetes, sino también otros elementos tales como energía eléctrica, conexión telefónica y conexión a internet, programas, aplicativos o *software* con licencia, iluminación, entre otros.

No obstante, y cual como se verá *supra,* no éxito óbice para que sea el mismo empleado el que se provea de las herramientas de trabajo y más aún cuando la relación de teletrabajo nació *ad initio* del vínculo laboral, tal como ordena el art. 15 del dec. 600/2020 de la Asamblea Legislativa de El Salvador —dispositivo que se refiere exclusivamente el sector público—, expresando que "Corresponderá a cada institución en su calidad de empleador, el suministro de equipos de trabajo, y solo podrá ser dispensada cuando voluntariamente el teletrabajador ofrezca equipos de su propiedad para el cumplimiento de las labores, lo cual quedará especificado en el contrato o su modificación. En caso de que el teletrabajador voluntariamente proporcione su equipo de trabajo, será compensado por el empleador por su depreciación, de conformidad a la legislación vigente que corresponda".

VII.5. Ingreso. Concursos

En los procedimientos de selección, y sin perjuicio de los procesos de formación típica del cargo según sus tareas, funciones, misiones y responsabilidades, deben llevarse a cabo evaluaciones respecto, no solo conocimiento en TICS, plataformas, sistemas, etc., sino también otras aptitudes y habilidades que deben exigírsele al servidor público (autodisciplina, autogestión, autocontrol, resolución de problemas en forma autónoma, actitud positiva, empatía, creatividad, asertividad, etc.) **(61)**, es decir, arbitrar los medios para alcanzar un nuevo perfil del empleado público, que se base en las denominadas "habilidades blandas" (*soft skills*), es decir, de conocimiento pero fundamentalmente aptitudinales **(62)**.

Caben aquí los mismos comentarios que se hacían respecto la posibilidad de utilización de datos dejados en la web por parte del trabajador, para ser considerados en el ejercicio de dirección de la entidad, toda vez que, a la par de respetarse la privacidad e intimidad, la Administración debe evitar conductas y/o valoraciones discriminatorias y sesgadas. En concreto, debe anoticiarse al servidor público respecto las facultades de contralor con relación al historial de navegación del empleado en los casos en que el trabajador esté utilizando una computadora, teléfono inteligente u otra herramienta tecnológica aportada por la Administración o utilizando la conexión a red del Estado **(63)**.

Por otro costado, podríamos preguntarnos sobre la posibilidad de incorporar en el pliego de un concurso, la exigencia que sea el trabajador el que se provea sus elementos de trabajo (todo tipo de *hardware* y *software*), lo que traduce en definitiva la obligación del empleador solo de proveérselo para el caso de cambio de modali-

(61) La revolución digital ha llevado a organizaciones a flexibilizar sus estructuras y modos de organización, a innovar en sus procesos de producción y gestión, a desarrollar ambientes y modos de trabajo colaborativos, a adoptar metodologías ágiles que se orientan al mejor rendimiento y productividad, y a adoptar culturas más horizontales, basadas en la comunicación directa y fluida, en entornos cercanos que promueven la confianza y el compromiso. Pero "lograr esos cambios supone fuertes liderazgos que actúan con mucha responsabilidad y autogestión y rendición de cuentas" (LEGORBURU, Pablo, "La gestión de los recursos humanos ante la transformación digital. Experiencia en la Administración pública nacional de la Argentina", en BELLOMO, Santiago — OSZLAK, Oscar [eds.], Desafíos de la Administración pública en el contexto de la Revolución 4.0, Konrad Adenauer Stiftung, Buenos Aires, 2020, ps. 265 y ss., en part. p. 272).

(62) Explica Velázquez López que el Gobierno de los EE. UU. ha aprobado nuevos sistemas de selección de los empleados del sector público, posibilitando incluso la ausencia de títulos académicos en beneficio del dominio de habilidades. "Parece ser una tendencia en los sistemas selectivos que ha tenido repercusiones prácticas en la Unión Europea, cuyo sistema se basa precisamente en el dominio de habilidades. También en otras latitudes se exige una forma distinta de ver las cuestiones: la Administración necesita internalizar talento y externalizar el trámite, con regímenes de empleo más dinámicos, centrados en el rendimiento y la adaptación al cambio" (VELÁZQUEZ LÓPEZ, Francisco, "El burócrata disruptivo: para comprender la Administración pública", ob. cit., p. 70).

(63) MONTENEGRO, Gustavo — BES, Damián — PODESTÁ, Ariel, "Big Data, relaciones laborales y princ ipio protectorio", ED, Diario 279, cita digital ED-DC-CLXXVII-505.

dad, pero no para una modalidad *ex novo* de teletrabajo.

Finalmente, debemos ser conscientes que la modalidad del teletrabajo podría tener impacto sobre la edad y la antigüedad de los trabajadores y, en consecuencia, que se revean regímenes de jubilaciones, o en su caso, que el Estado tenga incentivos para llevar a cabo políticas de retiro voluntario o jubilación anticipada. Aspectos de gran complejidad, y que escapa al objeto de este trabajo.

VII.6. Potestades disciplinarias. La gestión por resultados

Tal como ya se ha mencionado, el teletrabajo en general, pero más aún aquel desarrollado en el campo del empleo público, implica verdaderos cambios organizaciones para las entidades cualquiera sea su naturaleza, ni hablar entonces, de las Administraciones públicas. El trabajo por objetivos, la formación continua y el trabajo colaborativo, se muestran como los pilares de la nueva realdad en materia de recursos humanos para la gestión pública.

Por un lado, el trabajo remoto implica cambios en las jornadas laborales, pasándose de un esquema de horarios fijos, a otro de horarios flexibles, claro está según las tareas, misiones, tipo de actividad, etc.

Por el otro, la nueva modalidad también provoca cambios en los sistemas de monitoreo, pasando de uno de comando y control físico o visual (propio del presentismo), a un sistema de trabajo por resultado, a través de metas e indicadores **(64)**; aspecto que ha caracterizado la gestión pública iberoamericana en los últimos veinticinco años, según el CLAD **(65)**.

Entre los "macrotemas" que interesa a la modernización de la Administración pública en los últimos años, que incluso hizo hincapié el art. 5º del dec. 891/2017 de "Buenas prácticas en materia de simplificación" cuando consideró la herramienta de "evaluación de implementación" **(66)**, cabe citar a la reorganización de la gestión pública basada en una lógica orientada hacia los resultados. Entonces, el desafío de la gestión pública contemporánea no implica orientarse solo en el cometido, sino que también implica definir claramente los resultados que se persigue, para lo cual es fundamental mantener actualizado el sistema de asignación y valoración de las metas que se establecen.

La "gestión por resultados", trata de un modelo que propone la Administración de los recursos públicos centrándose en el cumplimiento de las acciones estratégicas definidas en el plan de gobierno, durante un período de tiempo determinado. Al ponerse el acento en la medición del desempeño de la gestión pública, se distinguen productos de resultados. Los organismos públicos, responsables de una determinada producción pública, utilizan insumos financieros, humanos y materiales para la producción de bienes y servicios —productos— destinados a

(64) Estrictamente con relación al teletrabajo en las labores de los abogados del Estado, se ha considerado "necesario cambiar la percepción clásica de la organización laboral que contempla únicamente una supervisión de observación directa al trabajador, midiendo su rendimiento en cantidad de horas presenciales. En esta nueva era los beneficios se mensurarán por logros alcanzados, como venimos planteando", argumentando —a lo que coincidimos— que "el teletrabajo se transforma así en un elemento motivador del personal, abre una nueva posibilidad de desarrollo frente a las restricciones que presenta la gestión del desempeño laboral de los abogados y permite mantener en gestión a profesionales altamente capacitados pudiendo capitalizar su know how para el Estado Nacional" (GIACHELLO, Laura M., "¿Cómo puede el teletrabajo aplicarse en las prácticas jurídicas estatales? Desafíos y propuestas para los abogados del Estado en Argentina", ED, Diario, 279, cita digital: ED-DCCLXXVII-441).

(65) El año 2010 en su conocido documento titulado "Gestión Pública en Iberoamérica para el Siglo XXI", el CLAD consigna cinco "dominios" que fueron relevantes en las reformas administrativas ocurridas en América Latina a partir de mediados de la década del 90` y que también —al mismo tiempo— constituyen una agenda importante para todo el mundo iberoamericano. Tales aspectos son: la democratización de la gestión pública, la profesionalización de la función pública, nuevas tecnologías de gestión (principalmente en materia de gobierno electrónico), gestión por resultados orientados al desarrollo, y mecanismos de gobernanza.

(66) Ordenando que "todos los organismos del Sector Público Nacional deberán tender, en los casos que corresponda, a la evaluación de la implementación de las normas regulatorias que dicten" (art. 5º, dec. 891/2017).

conseguir los objetivos de política pública —resultados— **(67)**.

Otro aspecto para tener en cuenta en materia de selección es todo la atinente a la problemática que surge al momento de la utilización por parte del teleempleador de toda la "huella" digital que deja el agente con motivo de la prestación de sus funciones, y que puede ser valorado negativamente a la hora de los procedimientos de incorporación y evaluación del trabajador público.

Así, cabe advertir que la información incorporada a internet, o en general a las redes digitales, relativa a las opiniones o preferencias en materia política, religiosa, sexual, sindical, etc., de un candidato por ingresar a la empresa o Administración puede ser obtenida con relativa facilidad, incluso de sus propios perfiles públicos en redes sociales, naturalmente sumada a todo aquello que haga el teletrabajador en las plataformas por la entidad provista para la prestación de funciones.

Por tal motivo, cabría plantearse la invalidez que debiera recaer, por violación al derecho de la intimidad, que en el proceso de selección de un trabajador en la Administración, se valoraran datos digitales sin el previo conocimiento del dependiente, o se le solicitara o exigiera a este la exhibición de sus historiales de navegación o de información digital vinculada con aquellos que no sea pública **(68)**. Y aclara la doctrina que "esta problemática no es privativa del sector privado, sino que también puede darse en el ámbito del empleo público, donde debe tenerse presente que el Estado cuenta con grandes volúmenes de información recopilada y que está comenzando a utilizarlos mediante *big data*. Como es sabido, especialmente en países en los que la institucionalidad es débil, el manejo del Estado, por ejemplo, en lo referente al empleo público, fluctúa de acuerdo con los intereses político—partidarios del gobernante de turno, con lo cual la utilización de tal información en ese contexto puede resultar particularmente riesgosa" **(69)**.

Así las cosas, el teletrabajo implica un verdadero desafío para el contralor por parte de las Autoridades y posteriormente eventuales responsabilidades administrativas, las que —por los principios vigentes y por todos conocidos— deben estar condicionadas al establecimiento previo de "protocolos" o cualquier tipo de procedimientos que reglamente la "supervisión y revisión por parte de los superiores" a los fines de no vulnerar los derechos laborales de los servidores públicos.

Asimismo, para el concreto ejercicio de las potestades disciplinarias por parte de la Administración debe primar el principio de "gradualidad", consustancial a la novedad que implica el trabajo alejado de la entidad estatal y con el uso de las TIC, lo que puede llevar muchas veces a la comisión de faltas e infracciones, sea por desconocimiento, sea por desinformación, sea por falta de entrenamiento, en definitiva, la "adaptabilidad" a la nueva modalidad virtual. Este parece ser el espíritu que cuenta el Convenio OIT 177 de "Trabajo a domicilio" (ratificado por nuestro país a través de la ley 25.800) que señala en su art. 9º que "deberán preverse y aplicarse de manera efectiva medidas apropiadas" y aclara que "que incluyan" —pero "cuando proceda"— "sanciones, para los casos de infracción de dicha legislación", de tal manera que no toda violación a la normativa implica necesariamente una sanción, pudiéndose empezar progresivamente con comunicaciones, llamados de atención, recomendaciones, entre otras medidas disuasivas.

En materia de la función pública, pasa lo mismo que en casi todos los ámbitos de la vida cotidiana que transcurre en pandemia, y es que a la par de extremar sistemas de control, confinamiento y vigilancia por parte de las autoridades, sin duda necesarios, también debemos esfor-

(67) MAKON, Marcos P., "El modelo de gestión por resultados en los organismos de la Administración pública nacional", Documento presentado como ponencia en el V Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y la Administración Pública, República Dominicana, 2000.

(68) MONTENEGRO, Gustavo — BES, Damián — PODESTÁ, Ariel, "Big Data, relaciones laborales y principio protectorio", ED, Diario 279, cita digital ED-DCCLXXVII-505.

(69) MONTENEGRO, Gustavo — BES, Damián — PODESTÁ, Ariel, "Big Data, relaciones laborales y principio protectorio", ob. cit.

zarnos en alcanzar un sistema que nos permita reconstruir la confianza de la gente en la ciencia, las autoridades públicas y los medios de comunicación **(70)**.

Con lo dicho, no queremos desconocer que en no pocas ocasiones la experiencia demuestra, más todavía en la realidad de muchas administraciones, que puede existir un cierto relajo en la conducta de muchos de los trabajadores que comienzan a teletrabajar: ausencia de conexión, conexión tardía, desconexión intempestiva, baja productividad, reticencia a la comunicación, demora o falta de respuesta, lentitud en la ejecución de tareas, alegación falsa de problemas técnicos inexistentes, descuido de las herramientas para teletrabajar, etc.

Pero tampoco podemos olvidar que son justamente "esos mismos medios que el empleador debe proporcionar al teletrabajador los que hogaño le facilitan ejercer su control, incluso, de forma más eficaz e intensa que antaño" **(71)**. En efecto, como dice la doctrina antes citada, "hoy en día los *software*s de monitoreo permiten saber qué está haciendo cada empleado conectado en tiempo real y qué hizo durante el día, los programas utilizados, webs visitadas, su nivel de actividad, el total de horas trabajadas diarias o semanales, el horario de trabajo, el nivel de tecleo, determinar su geolocalización o ruta realizada, ver las llamadas efectuadas desde el teléfono móvil o de la plataforma de la compañía, destinatario y duración, etc.".

VIII. Alguna jurisprudencia

En la materia, la jurisprudencia ha dicho que el cambio de las condiciones laborales que implicó el abandono de la modalidad de teletrabajo y la consecuente prestación de tareas en una oficina a más de veinticinco km del domicilio de las actoras, constituyó ejercicio ilegítimo del *ius variandi* y justifica el despido indirecto **(72)**. Explicó que la modificación de la modalidad de trabajo —teletrabajo— excedió claramente los límites del *ius variandi* en tanto alteró el horario y lugar de prestación de servicios que también integran la estructura de la relación laboral, por lo que no pueden ser modificados unilateralmente por el empleador, excepto por circunstancias razonables, que debe acreditar.

De igual manera, la jurisprudencia ha considerado despido indirecto aquellas circunstancias de ejercicio abusivo del *ius variandi*, cuando la empleadora no ofreció a la actora la compensación de los mayores gastos que le implicaba el desplazamiento y el superior tiempo de viaje que conllevaba el traslado de sus oficinas más de veinte kilómetros por lo cual la mudanza y el cambio de lugar de prestación de tareas implicó un claro perjuicio material a la trabajadora **(73)**.

Finalmente, se ha entendido que es procedente considerar justificado el despido indirecto si la modificación del lugar de trabajo que la demandada pretendía implementar implicaba para el teletrabajador al menos una afectación de su tiempo libre y mayores gastos en traslados al considerar que el domicilio particular del accionante se encuentra a una distancia aproximada de treinta km del nuevo lugar de trabajo y que, asimismo, la accionada no explicó de manera circunstanciada —y menos aún demostró— las razones funcionales de la empresa que

(70) Así es que podemos sentar un parangón entre el concepto que da Byung-Chul Han sobre la "sociedad del rendimiento" ("La sociedad del cansancio", traducción de Arantzazu Saratxaga y Alberto Ciria, Ed. Herder, Barcelona, 2017, 2ª ed.), y "la sociedad disciplinaria" de Foucault ("Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión", Ed. Siglo XXI, Buenos Aires, 2012, 2ª ed.), ya que mientras la segunda se sustenta en el control, la vigilancia, los mandatos prohibitivos y la aplicación o amenaza de sanción, la primera, la del rendimiento, se basa fundamentalmente en estimular la propia capacidad emprendedora del sujeto, su creencia de que puede hacer en forma ilimitada y que ello es el mecanismo razonable y adecuado para obtener mejores ingresos y, con ellos, una mayor capacidad de consumo que le permita estar inserto en la sociedad y satisfacer sus necesidades materiales.

(71) CARNICERO, Federico, "Teletrabajadores Descontrol, control y sanciones", en ED, Revista de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, 10, cita digital: ED-MIV-536, octubre 2020.

(72) CNTrab., sala VIII, 29/05/2013, "Cacciaguerra, Andrea N. y otro c. Directv SA - despido".

(73) CNTrab., sala II, 25/04/2017, "Agostini, Clara c. Pionner Argentina SRL s/ despido", cita: MJ-JU-M-105581-AR | MJJ105581.

la habrían conducido a adoptar la modificación de las condiciones de labor **(74)**.

Por otro lado, pretoriamente también se determinó que el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires debe otorgar una licencia especial con goce de haberes o disponer una modalidad de teletrabajo en función de la pandemia COVID-19, a la agente que es única progenitora y sostén de una menor que queda sola en el hogar durante el horario laboral **(75)**; que deben asignarse tareas remotas a una docente cuyo cónyuge es una persona de riesgo en el marco de la pandemia del COVID-19 **(76)**; que las horas laboradas por la actora desde su domicilio en adición a las trabajadas en el establecimiento se consideran extraordinarias **(77)**; y que el marco de una relación de teletrabajo o *home office*, el trabajador puede elegir su domicilio particular para establecer la competencia territorial **(78)**.

IX. Reflexión final: la innovación no es solo tecnológica

En el ámbito organizativo, comúnmente se suele confundir —en una suerte de mimetización— los conceptos de innovación con el uso de la tecnología. Pero la innovación no es solo tecnológica, es mucho más, la abarca, pero también se ocupa de otros aspectos, en general, con la introducción de nuevas formas de hacer las cosas a través de cambios continuos, buscando incentivos para las innovaciones y soluciones creativas a los problemas, siempre desde una visión estratégica a través de un análisis prospectivo de la Administración pública **(79)**.

En este sentido, las Administraciones públicas han de ser flexibles y agiles, abiertas a nuevas ideas, pero siempre respetando el principio de juridicidad. “En todo caso hay que buscar un adecuado equilibrio entre la flexibilidad, agilidad y apertura con la ineludible garantía de neutralidad, objetividad y legalidad que debe regir en toda actuación la Administración”, señala el CLAD en su “Carta Iberoamericana de Innovación en la Gestión Pública” (2020), apart. 23.

También deben buscar alcanzar un conocimiento interdisciplinario con enfoques distintos a los tradicionales. La visión jurídica es importante, necesaria e imprescindible, pero no puede ser la única, ya que, también pueden incorporarse elementos desde la ciencia económica, la ciencia política, la estadística, la sociología e incluso la historia, que deben ser tenidas en cuenta a la hora de la realización de las políticas públicas.

¿Cómo debe ser nuestra Administración en el futuro?, se pregunta Francisco Velázquez López —secretario general del CLAD **(80)**—, a lo que responde: “Primero, debe ser más innovadora. Aún más innovadora, que cree, que experimente, que premie lo nuevo, invente incluso, porque hay talento humano en las administraciones públicas. Segundo, que sea más disruptiva, que haga cosas diferentes, que inicie caminos no explorados, que experimente. Tercero, que sea más asincrónica que aproveche el teletrabajo y que preste servicios de carácter permanente más allá de un horario establecido. Y también que sea más tecnologizada, que se abra a la Cuarta Revolución Industrial que está aquí ya en cooperación, por cierto, no solo con los más

(74) CNTrab., sala X, 17/09/2020, "Roumieu, Gastón J. c. Telecom Argentina SA s/ despido", cita: MJ-JU-M-128268-AR | MJJ128268. Y aclara que del art. 66 de la LCT se desprende que, para legitimar una modificación al contenido de las condiciones de trabajo, debe mediar razonabilidad en el cambio, que este no altere esencialmente el contrato y que de él no se derive perjuicio moral o material para el trabajador, verificándose uniformidad tanto en la doctrina como en la jurisprudencia acerca de que deben reunirse las tres condiciones para justificar la decisión patronal.

(75) Juzg. Cont. Adm. y Trib. CABA, "C. C. A. c. GCBA", 27/05/2020.

(76) Juzg. Cont. Adm. y Trib. CABA, "R. P. A. c. GCBA s/ medida cautelar autónoma", 05/05/2021.

(77) CNTrab., "B. A. M. c. Citibank NA", 06/07/2018.

(78) Tribunal del Trabajo de San Miguel, "Romero, Sharon P. c. M. M. Directa SA", 27/07/2020.

(79) Ya en el año 2003, la "Carta Iberoamericana de la Función Pública", aprobada por el CLAD indica la necesidad de sustituir "las visiones burocráticas sobre las Administraciones Públicas, basadas en la adopción de rutinas normalizadas y la reproducción de procedimientos establecidos, y su sustitución por enfoques orientados a la producción de resultados, la innovación y el aprendizaje".

(80) VELÁZQUEZ LÓPEZ, Francisco, "El burócrata disruptivo: para comprender la Administración pública", ob. cit., p. 103.

listos del lugar que están en el INAP o en la Administración pública, sino también con los ciudadanos y con las empresas".

Y esto debe ser una política de Estado, que transcienda los circunstanciales gobiernos, debiéndose abandonar aquella tentación del "adanismo": la creencia de que antes que ellos nadie se preocupó ni ocupó de solucionar los problemas o de proponer actuaciones. Y en este punto, el derecho y el principio a la "estabilidad en el empleo público" —de jerarquía constitucional en nuestro país—, no tiene que ser visto en estos temas como algo negativo, sino como una garantía de preservación y transcendencia de las políticas en recursos humanos, de conservación en el tiempo y de enseñanza institucional **(81)**.

Así es que, tenemos transitar, dar aquel salto que implica, por una orilla, el simple desplazamiento de la actividad de la oficina al hogar, de manera urgente sin planificación y en forma forzada, lo que cabría denominar "trabajar desde casa", hacia la otra orilla, el teletrabajo como una opción real y efectiva, previsible, programada y flexible, es decir, "trabajar en casa".

Para evitar caer en aquella predicción que avizora Harari y que implica que por "[l]a fusión de la infotecnología y la biotecnología", no solo miles de humanos se quedarán fuera del mercado del trabajo, sino que también caerán en el algo mucho peor: la "irrelevancia" **(82)**.

(81) En este sentido, se ha dicho con razón, que "la estabilidad en el empleo público, que en la Argentina tiene jerarquía constitucional, es coherente con la finalidad de preservación y trascendencia de políticas públicas cuya implementación, ciclo de maduración, efectos y evaluación exceden los tiempos de la gestión de un gobierno. La estabilidad asegura la conservación en el tiempo, más allá de los archivos y sistemas, de la memoria y aprendizaje institucional" (LEGORBURU, Pablo, "La gestión de los recursos humanos ante la transformación digital. Experiencia en la Administración pública nacional de la Argentina", en BELLOMO, Santiago — OSZLAK, Oscar [eds.], Desafíos de la Administración pública en el contexto de la Revolución 4.0, ob. cit., p. 274).

(82) HARARI, Yuval Noah, "21 lecciones para el siglo XXI", Ed. Debate, Buenos Aires, 2018, p. 14.

Las políticas públicas argentinas para combatir el desvío de armas de fuego a los canales ilícitos

Ramiro Urristi

Sumario: I. Introducción.— II. Herramientas para las políticas públicas para prevenir el desvío de armas de fuego.— III. Estadísticas de la *performance* de las diferentes leyes.— IV. Políticas públicas actuales para la eficiencia de las herramientas legales.— V. Conclusiones.— VI. Anexo I: Leyes citadas.— VII. Anexo II: Tratados, convenciones y protocolos suscriptos por Argentina en materia de armas convencionales y delincuencia organizada transnacional.

I. Introducción

El 12/05/2021, la República Argentina participó de la Octava Reunión del Grupo de Trabajo de Armas de Fuego de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

En ese prestigioso foro internacional, la exposición de Argentina generó el interés de varios países, quienes se dispusieron a solicitar información adicional a esta Nación sobre las herramientas legales con las que cuenta, en materia de control, registración y combate del desvío de armamento hacia los canales ilícitos.

A continuación, se brindarán algunas reflexiones acerca de los conceptos tratados en dicha reunión **(1)**.

Argentina es miembro fundador de la Organización de las Naciones Unidas y ha suscrito todos los Tratados, Convenios e Instrumentos Internacionales en materia de Armas de Fuego **(2)**.

Desde el punto de vista de la organización administrativa, en materia de armas de fuego, el Estado argentino ha ido dando forma a su estructura, estableciendo la existencia de una Agencia Civil **(3)**, con competencia exclusiva y excluyente en materia de registración de usuarios y de armas de fuego que se encuentren en poder de estos. A su vez, el ordenamiento jurídico establece, en cabeza de cada una de las Fuerzas Armadas federales y de las Fuerzas de Seguridad provinciales, la potestad de registración de las armas de dotación de cada una de esas fuerzas.

Ello es así por cuanto Argentina es una república democrática y federal **(4)** y, dada esa naturaleza, cada orden provincial o estadual tiene competencia para regular y gestionar algunos aspectos del orden administrativo local, dentro de los cuales obra la potestad de organización de las fuerzas policiales o de seguridad.

En ese orden de ideas, resulta preciso exponer que la Agencia Nacional de Materiales Controlados tiene competencia para regular todo lo

(1) Este documento sólo tiene en cuenta armas convencionales, excluyendo aquellos instrumentos jurídicos referidos a armas de destrucción masiva (QBN, v.gr., armas químicas, biológicas, nucleares).

(2) Ver ANEXO II.

(3) La Agencia Nacional de Materiales Controlados (ANMaC) en la especie. Ver: https://www.argentina.gob.ar/justicia/anmac

(4) Cfr. Constitución de la Nación Argentina, artículo 1º: "La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal, según la establece la presente Constitución".

atinente al control y registro de armas de fuego que estén en poder de la sociedad civil, pero también, conforme el ordenamiento jurídico argentino **(5)**, tiene la potestad exclusiva para registrar la fabricación, exportación o importación de todo tipo de armas de fuego, sea que estas tengan como destino a la sociedad civil o a las fuerzas armadas y de seguridad **(6)**.

En este contexto, es la mencionada Agencia Civil el órgano estatal con mayores atribuciones con relación a la materia relativa a las armas de fuego y a otros materiales controlados **(7)**.

II. Herramientas para las políticas públicas para prevenir el desvío de armas de fuego

Habiendo establecido la forma en la que el Estado argentino organiza los órganos dispuestos a gestionar aquello atinente a las armas de fuego, corresponde ahora abocarnos a las herramientas legales con las que la Argentina cuenta, para prevenir los desvíos de armamento hacia los canales ilícitos.

II.1. Ley de Armas de Fuego y Explosivos (ley 20.429)

En primer orden, la Argentina cuenta con una ley de armas que regula la registración, tanto de usuarios de armas de fuego, como de armas en cabeza de estos.

En Argentina para tener o portar un arma de fuego, en primera instancia, el Estado debe conceder la Condición de Legítimo Usuario (CLU) a una persona, luego de haber reunido determinados requisitos **(8)**. Una vez que la persona cumple con la CLU, puede solicitar la tenencia de una o varias armas de fuego, las cuales se inscriben a su nombre.

La ANMaC otorga una credencial para acreditar la CLU y otra que acredita la tenencia, para cada una de las armas de fuego que el usuario adquiera.

Resulta importante destacar que el Estado argentino requiere la CLU, no solo a individuos que deseen adquirir armas de fuego, sino también en otras ocasiones en donde los usuarios toman contacto con otros materiales que también son controlados por la Agencia. Es el caso de personas que poseen vehículos blindados, dado que estos vehículos están constituidos en parte por materiales de blindaje, que son controlados por la ANMaC; otro caso es el de personas que trabajan en diferentes tipos de industria, como la minería, la industria petrolera, etcétera, quienes, con motivo de su trabajo, deben manipular materiales explosivos, también controlados por la Agencia **(9)**.

Cada una de las armas que ingresan al mercado interno de la Argentina, cuentan con una Clave Única de Identificación de Material (CUIM) asignada por la ANMaC, la cual es una herramienta registral que contiene la hoja de ruta de toda la vida útil del material.

Argentina implementó la asignación de CUIM en el año 2012, lo cual ilustra la existencia de material previo a la asignación de este nuevo estándar de marcación digital **(10)**.

II.2. Ley de Registro de Armas de Fuego Secuestradas e Incautadas (ley 25.938)

En septiembre de 2004, el Congreso de la Nación sancionó la ley que regula la interacción entre los órganos administrativos registrales (ANMaC), las fuerzas de seguridad y los diferentes órganos judiciales de la Argentina, para el

(5) Leyes 27.192 (Creación de la ANMaC) y 20.429 (Ley de Armas).

(6) Ver normas en ANEXO I.

(7) Las armas de fuego y municiones no son los únicos materiales controlados por la ANMaC, también se encuentran los materiales de usos especiales, tales como chalecos de protección corporal, materiales de blindajes, explosivos inmediatos o potenciales, etc.

(8) Estos requisitos son: 1) Demostrar un medio de vida lícito, 2) Acreditar la inexistencia de causas judiciales en materia penal, 3) Aprobar un examen de aptitud psicofísica, 4) Aprobar un examen de aptitud en el manejo de armas de fuego, 5) Indicar lugar de guarda de las armas, con apego a la normativa, 6) Pagar las tasas administrativas.

(9) La Argentina verifica y controla todo tipo de materiales explosivos, aún aquellos que potencialmente podrían ser explosivos.

(10) Recordemos que la marcación física en las armas de fuego data de mucho tiempo atrás, la CUIM es una clave que identifica el material nuevo que ingresa al mercado, como así también aquellos materiales que se reempadronan, de acuerdo a la normativa vigente. Más adelante veremos específicamente el ítem reempadronamiento.

tratamiento de las armas secuestradas e incautadas en hechos ilícitos.

Esta es una herramienta legal esencial para el tratamiento de armas que pueden estar registradas previamente o no, pero que deberán tener, como destino ineludible, el envío al único Depósito Definitivo **(11)** creado por la ley, para su procesamiento y posterior destrucción.

II.3. Ley de Emergencia Nacional en Materia de Armas de Fuego (ley 26.216)

En enero de 2007, el Estado argentino, a través de la rama legislativa, declaró la Emergencia Nacional por la existencia y circulación de armas de fuego.

Esta ley es una valiosa herramienta, creación vanguardista en el ámbito internacional, la cual hoy, luego de una década y media de *performance* en el país, algunas de sus figuras, están siendo imitadas por naciones foráneas **(12)**.

La finalidad de la ley es disminuir el circulante de armas de fuego con el fin de crear una sociedad más pacífica y crear consciencia en el uso de este tipo de materiales con la intención de ir generando un marco propicio para la deconstrucción cultural de paradigmas, cuyos efectos acentúan la violencia social.

La norma crea órganos colegiados para generar políticas públicas en materia de armas de fuego. Por un lado, crea el Comité de Coordinación, al cual lo integran los principales ministerios de la nación y brinda la posibilidad de integrar a otros órganos institucionales de todo el país; por otro lado, crea el Consejo Consultivo para generar contenido de políticas junto a Organizaciones No Gubernamentales (ONG), entidades académicas, entre otros sectores interesados en la materia.

La principal herramienta de gestión que crea la ley es el Programa de Entrega Voluntaria de Armas de Fuego (PEVAF), que es una figura a través de la cual el Estado argentino invita a la sociedad a que voluntariamente entregue armas de fuego a la ANMaC.

Este programa tiene las siguientes características:

- Cualquier persona puede entregar cualquier arma de fuego y cualquier tipo de municiones. No es necesario que sea su propietario.

- La entrega puede ser anónima, a elección del depositario.

- Se dispensa de consecuencias legales a quien realiza la entrega.

- Se establece una amnistía de consecuencias penales por infracciones al delito previsto en el artículo 189 del Código Penal (Tenencia irregular de armas de fuego).

- Se otorga un incentivo económico a quien realiza la entrega **(13)**.

Otro de los puntos relevantes de la ley es la conminación a la realización de un inventario de armas de fuego y municiones existentes, en todo el ámbito de la República Argentina.

En este contexto, se están elaborando las normas sublegales para instrumentar esta manda legal, a través de un programa denominado Programa de Empadronamiento de Armas de Fuego.

Resulta necesario exponer que, la República Argentina es un país que tiene una tradición de comercio de armas de fuego iniciada en el siglo XIX.

Grandes importaciones de material bélico fueron dadas por las Fuerzas Armadas Argentinas, para las diferentes campañas militares desarrolladas en la historia de este país. La tradición cuenta que, luego de finalizadas esas campañas militares, las Fuerzas Armadas solían eliminar los números de serie de las armas y luego las vendían a la población civil.

(11) V.gr., el Banco Nacional de Materiales Controlados (BANMAC), situado en instalaciones de la ANMaC.

(12) Es el caso del Programa de Entrega Voluntaria de Armas de Fuego (PEVAF), el cual está siendo replicado por la República de Perú.

(13) En la ANMaC existe un nomenclador con más de 12.500 tipos de armas de fuego diferentes. A los efectos de establecer el incentivo económico se agrupo a las armas en 4 segmentos, estableciendo 4 tasaciones diferentes. Generalmente los cupones más onerosos son de aquellos tipos de armas que guardan mayor relación con el delito. Recientemente se incrementó el valor de los incentivos en un 200%.

Sumado a ello, a mediados de siglo XX, con el proceso de industrialización del país y las políticas de sustitución de importaciones, se comenzó a fabricar armas de fuego de manera local.

Tanto la importación como la fabricación local comenzaron a darse de manera previa a la existencia de registros, los cuales tuvieron lugar recién en la década de 1990.

Es por ello por lo que el empadronamiento y reempadronamiento de armas de fuego, junto con la invitación a la entrega voluntaria de armas de fuego, constituyen dos pilares esenciales en materia de control y disminución de circulante, con efectos directos sobre el desvío de armas a los canales ilícitos.

II.4. Ley de creación de la Agencia Nacional de Materiales Controlados (ley 27.192)

En octubre de 2015, a través de una iniciativa del Poder Ejecutivo, el Congreso de la Nación sancionó la ley que transformó la naturaleza jurídica del órgano encargado de registrar armas de fuego y otros materiales controlados.

A través de esta norma legal, el estado creó una agencia descentralizada, con autarquía económica-financiera, personería jurídica propia y capacidad de actuación en el ámbito del derecho público y privado.

Esa innovación en la estructura del Estado tuvo, por efecto inmediato **(14)**, la concentración de todas las herramientas legales antes enunciadas en un nuevo ente estatal, que es una Agencia Civil, con amplias potestades de registración, regulación, fiscalización y destrucción de armas de fuego, explosivos y demás materiales de usos especiales relacionados con la industria bélica y la seguridad.

III. Estadísticas de la *performance* de las diferentes leyes (15)

A continuación, se informa sobre la cantidad de armas de fuego extraídas de la sociedad por la ley de decomisos de armas ilícitas y por la ley de entrega voluntaria de armas de fuego:

Ley	Cantidad de armas	Destruidas
25.938	315.716	80%
26.216	206.218	80%
TOTAL	**521.934**	**415.637**

IV. Políticas públicas actuales para la eficiencia de las herramientas legales

En este momento, en la ANMaC, se está desarrollando una serie de gestiones tendientes a eficientizar las acciones principales que se dan en cabeza de aquella.

Entre ellas se incluyen la propuesta de digitalización integral del organismo, la generación de políticas públicas complementarias para la obtención de un mayor control sobre el circulante de armas, y la integración con diferentes órganos de la administración pública, el Poder Judicial y el Ministerio Público Fiscal.

IV.1. Digitalización

A fines de abril de 2020 se advirtió que no se había hecho mucho en materia de digitalización, de cara a los habitantes que desean realizar gestiones ante el organismo. La única digitalización disponible era una base de datos insegura e infiel, cuya creación data de la década de 1990.

(14) De hecho, la ley lo establece expresamente en el artículo 4 inciso 3.

(15) Actualizado a mayo de 2021.

En ese contexto, se propuso generar todas las herramientas digitales para que los pretendientes de cualquiera de los 235 trámites que se realizan en el organismo **(16)**, puedan realizarlo a través de cualquier dispositivo, íntegramente de forma digital.

Naturalmente este proceso, en un organismo que no cuenta con ningún tipo de herramientas en materia de digitalización, es arduo y ha de comenzar desde cero, sin posibilidad de apalancamientos o utilización de estructuras existentes.

Uno de los primeros pasos fue la firma de convenios de colaboración mutua para la gestión conjunta con diferentes organismos estatales, cuya información resulta de vital importancia para los trámites de la ANMaC.

En ese contexto, se celebraron convenios con la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) **(17)**, a efectos de detectar y validar automáticamente la información que los usuarios ofrecen para acreditar que poseen un medio de vida lícito. En este cometido también conveniamos con la Administración Nacional de Seguridad Social (ANSES) para abarcar los casos de personas retiradas o jubiladas **(18)**.

También se celebró un convenio de colaboración mutua con el Registro Nacional de las Personas, con la finalidad tanto de acreditar la identidad digital de quienes inicien actuaciones en la ANMaC, como de realizar una limpieza de la base de datos de la Agencia, la cual no está actualizada **(19)**.

Se trabajó conjuntamente con la Dirección Nacional de Reincidencia del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos a los efectos de acreditar de forma automática la inexistencia de antecedentes de causas en materia penal.

Se creó el Sistema Abierto y Federal (SiAF) para la emisión de certificaciones psicofísicas, el cual fue resultado de un trabajo en conjunto con el Ministerio de Salud de la Nación y, a través del cual creamos un registro íntegramente digital para médicos y psicólogos, con el fin de que puedan emitir certificaciones de aptitud psicofísica con el permanente monitoreo de la ANMaC y de la cartera de Salud **(20)**.

En segundo lugar, se está desarrollando un sistema de cobros digitales con la asistencia de entidades intermedias en el canal de recaudación que permitirá pagar con todos los medios digitales disponibles en el mercado.

La tercera medida, que ya está performando, fue la constitución de la ANMaC, como autoridad registrante de firma digital. Este paso fue un proceso de cinco meses en el que capacitamos a la cantidad necesaria de operarios para que la Jefatura de Gabinete de la Nación nos otorgue esta facultad. A través de esta, se podrá otorgar firma digital a instructores de tiro, médicos, psicólogos, etcétera, para que todas las actuaciones que realicen de cara a los trámites que curse en la ANMaC, puedan ser elaboradas de forma digital, sin la necesidad de imprimir papeles que luego hubiesen sido firmados de forma ológrafa.

La ANMaC está muy cerca de poder inaugurar este ciclo de digitalización, el que transformará la forma de vinculación con los usuarios que realicen trámites y, a su vez, transformará el trabajo de los agentes internos del organismo, dado que podremos capacitar a agentes del interior para que procesen operaciones de forma remota, desde cualquier punto del país.

En tiempos en donde la pandemia mundial del coronavirus aún afecta de forma severa a la sociedad global, contar con la herramienta de la digitalización emerge como algo indispensable e impostergable y transformará la Agencia para siempre.

IV.2. Política de empadronamiento

Como dimos cuenta párrafos atrás, el ordenamiento jurídico establece en cabeza de la ANMaC herramientas para registrar usuarios y

(16) Es justo mencionar que también existe un proceso de revisión del listado de trámites, el cual pasará a estar nomenclado y sistematizado.

(17) Máximo órgano de recaudación impositiva a nivel Federal en Argentina.

(18) En igual sentido conveníamos con el Instituto de Previsión Social de la Provincia de Buenos Aires (IPS).

(19) Por ejemplo, en materia de defunciones.

(20) En este sistema controlamos el estado de matriculación de los profesionales y les brindamos los protocolos de actuación profesional, tanto en materia médica como psicológica.

sus armas, para extraer de la circulación armas ilegales y para invitar a la sociedad a que entregue voluntariamente armas de fuego que estén en su poder.

Al conocer que en Argentina existe un gran circulante de armas de fuego de forma previa a la registración, emerge como necesaria una política complementaria a las tres antes descritas, la cual ha de consistir en campañas de empadronamiento y registración de armas en cabeza de usuarios legalmente constituidos.

La política de empadronamiento debe ir de la mano con la manda legal atinente a la confección de inventarios de armas circulantes en la sociedad **(21)**.

En ese contexto, se están proyectando los planes de acción y definiendo la participación que cada una de las áreas de la ANMaC deberá tener en las acciones directas de empadronamiento, como parte integrante del plan anual de fiscalización que cada año se planifica.

IV.3. Interacción con los órganos judiciales y fiscales

La gestión atinente al tratamiento de las armas de fuego ilícitas que detectan las fuerzas de seguridad y luego disponen los jueces y fiscales, en el marco de la ley 25.938, merece un salto cualitativo que le proporcione agilidad y eficiencia.

En ese contexto, en el marco de los órganos colegiados destinados a generar contenido de políticas públicas en materia de armas y explosivos, se elaboró una serie de documentos marco, para desarrollar acciones mancomunadas con los diferentes actores de esta temática.

Estos convenios-marco tendrán dos pilares fundamentales.

En primer lugar, se generará un sistema de comunicación online cuya principal característica sea la inmediatez. Bajo esta premisa, se capacitará a agentes fiscales y judiciales y se les dará un controlado acceso a las bases a efectos de que puedan cotejar información de manera inmediata las 24 horas del día.

(21) Artículo 14 de la Ley 26.216.

En segundo orden, está prevista la capacitación de agentes para el uso del sistema de registración de armamento con el fin de que las armas incautadas y decomisadas sean registradas en la ANMaC de forma inmediata. De ese modo, se dificultará mucho cualquier desvío que pudiese existir una vez que las armas están en resguardo de estas entidades fiscales o judiciales.

Estas iniciativas han sido muy bien recibidas por parte de jueces y fiscales, quienes están dispuestos a digitalizar la comunicación con la Agencia y a registrar de forma inmediata toda arma que decomisan o incautan. Esto se traducirá en una mayor transparencia en el tratamiento de estos materiales.

V. Conclusiones

Argentina es un país que se encuentra a la vanguardia de las regulaciones públicas en materia de armas de fuego. Tiene fuertes pilares jurídicos, que se traducen en políticas públicas concretas, de cara a una registración eficiente, a un adecuado tratamiento de materiales ilícitos y al fomento de la colaboración de la ciudadanía para extraer armas de fuego de la circulación. Estas políticas públicas han despertado el interés de diferentes naciones, como es el caso de Brasil, México, Estados Unidos, Israel y Canadá.

La cooperación internacional es clave en un mundo globalizado y Argentina tiene mucho para ofrecer y recibir en este tópico.

En 2020 se marcó un camino. Se propuso una transformación integral de la ANMaC, que incluye una digitalización de todos los procedimientos y trámites y con consecuente transformación del trabajo de los agentes, la integración digital con diversos organismos públicos y privados **(22)**.

(22) En lo público se avanzó con convenios e integración de sistemas con AFIP, ANSES, RENAPER, IPS (PBA) y se está a punto de firmar convenios con los diferentes poderes judiciales, ministerios públicos y fuerzas de seguridad de todo el espectro federal. En el ámbito privado se está trabajando la línea de cobro digital de tasas y servicios, a través de prestadoras de primer nivel, con el objeto de digitalizar de forma íntegra los trámites.

De la concreción del proceso de transformación nacerá una nueva Agencia, la cual se asemejaría a la soñada por el legislador en octubre de 2015.

VI. Anexo I: Leyes citadas

Ley 20.429 (BO. del 05/07/1973, ley nacional de armas y explosivos.

Ley 25.938 (BO. del 18/10/2004) Registro Nacional de Armas de Fuego y Materiales Controlados, Secuestrados o Incautados.

Ley 26.216 (BO. del 15/1/2007). Armas de fuego: declaración de emergencia.

Ley 27.192 (BO. del 22/10/2015). Agencia Nacional de Materiales Controlados (AnaMaC). Creación.

VII. Anexo II: Tratados, convenciones y protocolos suscriptos por Argentina en materia de armas convencionales y delincuencia organizada transnacional

La Argentina es miembro fundador de Naciones Unidas (1945), y es signatario de los principales tratados, acuerdos, convenciones y protocolos internacionales en materia de control de armas y delincuencia organizada transnacional, en línea con UNODA como, por ejemplo:

- Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan ser consideradas excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados, y sus protocolos anexos: Protocolo sobre fragmentos no detectables (Protocolo I), Protocolo sobre prohibiciones o restricciones al empleo de minas, armas trampa y otros artefactos (Protocolo II), y Protocolo sobre prohibiciones o restricciones del empleo de armas incendiarias (Protocolo III). Ley 24.536 (BO. del 15/9/1995)

- Protocolo sobre prohibiciones o restricciones del empleo de minas, armas trampa y otros artefactos (Protocolo II según fue enmendado el 3/5/1996), anexo a la Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados, y el Protocolo sobre armas láser cegadoras (Protocolo IV) adicional a la Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados. Ley 24.974 (BO. del 26/6/1998).

- Convención interamericana contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, municiones, explosivos y otros materiales relacionados (CIFTA). Ley 25.449 (BO. del 14/8/2001)

- Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional. Ley 25.632 (BO. del 30/8/2002).

- Convención interamericana sobre transparencia en las adquisiciones de armas convencionales. Ley 25.843 (BO. del 24/2/2004).

- Protocolo contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional. Ley 26.138 (BO. del 05/09/2006).

- Tratado sobre el comercio de armas. Ley 26.971 (BO. del 22/9/2014).

- Entendimiento entre el Mercosur, la Republica de Bolivia y la República de Chile relativo al mecanismo conjunto de registro de compradores y vendedores de armas de fuego, municiones, explosivos y otros materiales relacionados. MERCOSUR/CMC/DEC. 8/1998, del 24/7/1998. Disponible en: https://normas.mercosur.int/public/normativas/1471.

- Acuerdo entre los Estados partes del Mercosur y los estados asociados para el intercambio de información sobre la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, municiones, explosivos y otros materiales relacionados. MERCOSUR/CMC/DEC. 22/2017, del 20/7/2017. Disponible en: https://normas.mercosur.int/public/normativas/3435.

- Acuerdo marco para la disposición de bienes decomisados de la delincuencia organizada transnacional en el Mercosur. MERCOSUR/CMC/DEC. 5/2018, del 18/12/2018. Disponible en: https://normas.mercosur.int/public/normativas/3633.

Los órganos de control en la Constitución de la provincia de Corrientes

Juan D. A. Castello (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Órganos de control.— III. Epílogo.

I. Introducción

Las corrientes doctrinarias y la influencia de las directivas de los organismos internacionales dedicados al combatir el fenómeno de la corrupción fueron inspirando medidas de transparencia sobre las organizaciones públicas, erigiéndose a su vez en fuentes de las reformas constitucionales que se gestaron a partir de la década del 90 en el siglo pasado.

En nuestro país, tanto en el orden nacional como provincial, durante dicho período se fueron creando en las cartas constitucionales órganos de control internos y externos, o bien, se constitucionalizaron los que ya existían, mejorando su independencia al dotarlos de mayores y más eficientes atribuciones.

Este constitucionalismo del control fue un compromiso de la sociedad que apuntó a garantizar, como un "Ulises atado", el buen funcionamiento de las instituciones, y al mismo tiempo, un mensaje hacia el mundo a través del cual se quiere mostrar una organización estatal robusta.

La provincia de Corrientes acogió esta tendencia en la reforma constitucional acontecida en el año 2007, seis años después de concluida la última intervención federal a la provincia **(1)**.

Las diversas causas que llevaron a la aplicación de este remedio de emergencia federal, el desarrollo del gobierno a través de dos años de intervención y las consecuencias que todo ello produjo en el orden social, económico y político, generaron un aprendizaje en la sociedad que, en cierta forma, y desde lo jurídico, quedó plasmado en la Constitución que en 2007 se dio la comunidad provincial.

Uno de los aspectos novedosos de esta última reforma constitucional, donde se recogieron las lecciones aprendidas, ha sido la inserción de diversos órganos de control. Algunos de ellos ya tenían dilatada vigencia en el derecho público provincial, pero con jerarquía infraconstitucional. Otros en cambio, fueron creados con esta reforma. No obstante, ambas formas de inserción obedecieron a propósitos tendientes a controlar el poder y ordenar la gestión pública, de cara a prevenir nuevas crisis institucionales.

Antes de esta reforma, solamente estaban contemplados como órganos de control dentro de la Constitución, el contador general y el tesorero general, dedicados al control interno y de gestión del Poder Ejecutivo en lo relativo a la ejecución de la Ley General de Presupuesto. El fiscal de Estado, el Tribunal de Cuentas, la Fiscalía de

(*) Abogado (UNNE). Mgter. Dcho. Administrativo (U. Austral). Esp. Finanzas e Impuestos (U. Belgrano). Prof. adj. por concurso de Teoría y Dchos. Const. (UNNE).

(1) Hacia mediados del año 1999 el Estado provincial atravesó en una profunda crisis económica y social que provocó la remoción del gobernador y del vicegobernador, y hacia fines de ese mismo año, ante la falta de los acuerdos políticos necesarios para reconducir el gobierno, el Congreso de la Nación declaró la intervención federal a los tres poderes. Entre las causas principales del descalabro económico, se cuenta el desequilibrio financiero, lo que llevó a la implementación de medidas tales como la consolidación de deudas del Estado y la emisión de cuasimonedas. La intervención federal concluyó el 10 de diciembre de 2001.

Investigaciones Administrativos y el Consejo de la Magistratura, vigentes antes de la reforma de 2007, fueron creados por leyes de la Legislatura.

Los constituyentes de 2007 no solamente siguieron el camino que indicó la experiencia local, también resultaron influidos por los lineamientos que en materia de control de la actividad estatal fijó la Constitución Nacional con la reforma de 1994 **(2)**. Es atribuible a esta influencia, la creación del defensor del pueblo, la jerarquización constitucional del Tribunal de Cuentas, asemejándolo a la Auditoria General de la Nación incorporada al art. 85 de la Constitución Nacional, y la adopción del mecanismo de remoción de magistrados de instancias inferiores del Poder Judicial a través de un Jurado de Enjuiciamiento.

Esta reforma dio un paso trascendente y ejemplar, no solo por las nuevas incorporaciones en cuanto a órganos de control, sino además por la dimensión organizacional con que los dotó.

Sin embargo, la realidad viene demostrando que estas intenciones no se han cristalizado debidamente. Por un lado, defectos o errores en el diseño constitucional de los órganos se han revelado como factores que pueden malograr el propósito de control, y al mismo tiempo, las leyes reglamentarias dictadas no fueron consecuentes con los fines constitucionales.

Próximo a cumplirse 15 años de realizada la reforma de la Constitución de Corrientes, es intención de este trabajo repasar los caracteres de los órganos de control sobre la actividad estatal normados en la misma, efectuando críticas que apuntan proponer futuras modificaciones y dando cuenta de las experiencias recogidas en algunos casos.

II. Órganos de control

II.1. Tribunal de Cuentas

De existencia anterior a la reforma constitucional de 2007, el Tribunal de Cuentas ejerce el control externo de la hacienda pública provincial, reconociendo sus antecedentes inmediatos y con la misma organización con que actualmente funciona, en la ley 3757 **(3)**. De acuerdo con esta ley orgánica, el Tribunal de Cuentas ya contaba con personería propia, autonomía funcional y autarquía financiera, cumpliendo de su cometido dentro de la esfera del Poder Legislativo, características que se incorporaron en la Constitución de 2007.

Es un órgano esencialmente técnico que realiza un control posterior y externo de la hacienda pública. Posterior en tanto y en cuanto el control se realiza luego de la gestión presupuestaria, económica, financiera o patrimonial, y externo toda vez que no hay dependencias o delegaciones suyas que estén insertas en las estructuras de los diversos organismos de la provincia sujetos a su control.

La Constitución asigna dos competencias específicas. Por un lado, una competencia de ejercicio diario en la aprobación o desaprobación de la percepción e inversión de caudales públicos realizadas por los funcionarios, empleados y administradores de la provincia y de sujetos privados que perciban o administren fondos públicos provinciales, lo que conlleva la aplicación del procedimiento reglado en su ley orgánica. En base a esta facultad, el Tribunal puede llegar a endilgar responsabilidad patrimonial previo procedimiento administrativo (juicio de cuentas), a los funcionarios o particulares con obligación de rendir cuentas (cuentadantes), emitiendo el acto administrativo correspondiente (fallo). Estas decisiones, de ser condenatorias, pueden ser ejecutadas judicialmente por el fiscal de Estado, atribución con que este órgano contaba a través de la ley 3757 y que ha sido reiterada en el art. 137 de la nueva constitución.

La otra competencia constitucional es ejercida anualmente sobre la cuenta general del ejercicio del presupuesto que remite el contador general de la provincia. Sobre este acto, la facultad del Tribunal se limita al examen e informe de sus aspectos legales y contables y con la sola finalidad que la Legislatura ejerza la facultad constitucional de aprobar, observar o desechar anualmente las cuentas de inversión que remite

(2) Sirve recordar que la Constitución de Corrientes antes de la reforma de 2007, fue reformada en 1993 antes de finalizada la penúltima intervención federal que se extendió entre los años 1992 a 1993. Esta reforma únicamente se ocupó de modificar el régimen el electoral provincial y municipal.

(3) Boletín Oficial de la provincia 07/03/1983.

el Poder Ejecutivo **(4)**. Esta disposición erige al Tribunal de Cuentas en un colaborador **(5)** del Poder Legislativo para el cumplimiento de una de sus atribuciones, cometido similar al que desempeña la Auditoría General de la Nación (AGN) respecto del Congreso de la Nación.

En cuanto a su composición, la reforma innovó aumentando el número de miembros y modificando la incumbencia profesional de dos de ellos. Su integración ahora cuenta con cinco miembros **(6)**, de los cuales dos deben tener título de abogado y los otros tres el título de contador público. De acuerdo con el art. 134, son designados por el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado y como requisitos requiere haber cumplido treinta años de edad y ocho años de ejercicio en la profesión. Solo pueden ser removidos por juicio político. Tienen iguales inhabilidades, incompatibilidades, derechos e inmunidades que los miembros del Superior Tribunal de Justicia.

La integración de los dos abogados ha sido acertada ya que el examen de los aspectos legales de la cuenta general del ejercicio es acorde a la incumbencia de dicha profesión y se ha dotado de esa manera de una mayor legitimidad a la función de control.

Si bien la forma de organización y las atribuciones del órgano no merecen críticas, considero que, siendo un órgano de carácter técnico, la norma debería exigir que sus integrantes tengan una experiencia previa y específica en auditoría gubernamental o en administración financiera pública, y que ello se compruebe a través de un procedimiento de selección similar al implantado con el Consejo de la Magistratura **(7)**. Esta demanda no se asienta en meramente dificultar el proceso de selección, sino en la constatable complejidad que actualmente revisten las materias que este órgano debe abordar. Las especializaciones profesionales en finanzas públicas y auditoria gubernamental son los campos que más crecieron en estas últimas décadas debido, precisamente, a su aporte imprescindible a la labor de control.

II.2. Defensor del pueblo

También dentro del ámbito del Poder Legislativo, se ha introducido la figura del defensor del pueblo, la cual no registra antecedentes dentro del derecho público provincial local, no así en el municipal, donde la Carta Orgánica de la Municipalidad de la Ciudad de Corrientes incorporó un órgano similar en el año 1994 bajo la denominación de Defensor de los Vecinos.

El defensor del pueblo de la provincia está creado como un órgano unipersonal e independiente, instituido en el ámbito del Poder Legislativo, que actúa con plena autonomía funcional y autarquía financiera, sin recibir instrucciones de ninguna autoridad, contando con legitimación procesal para actuar en sede judicial o administrativa. Es designado únicamente por el Poder Legislativo con el voto de los dos tercios del total de los miembros de cada Cámara. Puede ser removido por juicio político. Goza de las inmunidades y prerrogativas de los legisladores, durando en la función cinco años, pudiendo ser designado en forma consecutiva una vez.

Si bien la regulación de este órgano presenta semejanzas con el órgano similar creado por la Constitución Nacional, me detendré en algunas de las particularidades que estimo destacables.

Sus funciones no solo están encaminadas a la protección de los derechos humanos y de incidencia colectiva o difusos, sino también a su promoción, lo que permite una actuación proactiva de este órgano en pos de difundir en la comunidad la vigencia y alcance de estos derechos.

(4) Constitución de la provincia de Corrientes art. 118° inc. 8.

(5) Adopto en esta opinión, la concepción de Ivanega respecto de la AGN, quien califica al órgano como "asistente" del Congreso Nacional cuando desempeña su función de órgano de control externo de la Administración Pública. Ivanega, Miriam, Mecanismos de Control Público y Argumentaciones de Responsabilidad, Abaco, 2003, 156.

(6) La ley 3757 disponía que fueran 4 miembros, cuyo presidente podía ser contador o abogado y tres vocales que debían ser contadores.

(7) Así se encuentra previsto, por ejemplo, en las constituciones de la Pampa y Tierra del Fuego.

En lo que hace a su función de protección de los derechos humanos, los derechos de incidencia colectiva y difusos, la nueva normativa constitucional amplía su campo de acción respecto del defensor del pueblo de la Nación, pudiendo actuar no solo ante hechos, actos u omisiones de la administración, sino además contra las afectaciones generadas en hechos, actos y omisiones provenientes de todos los poderes, entes y órganos públicos.

Por otra parte, y teniendo presente lo anterior, el control específico sobre la función administrativa no se detiene en la que desarrolla la administración pública, como lo determina la Constitución Nacional, pues la nueva carta magna provincial habla de "...el control del ejercicio de toda función administrativa sin que resulte menester que medie afectación de derechos, y la supervisión de la eficacia en la prestación de los servicios públicos". De este modo, la actuación del defensor del pueblo provincial no está limitada a la administración pública, abarcando el control de los hechos, actos u omisiones que resulten del ejercicio de las atribuciones propias de cada poder, como así también de la actividad materialmente administrativa que desarrollen tanto el Poder Judicial y del Poder Legislativo.

Otro rasgo destacable, es la atribución de iniciativa legislativa, la cual permite enviar proyectos de ley a cualquiera de las Cámaras legislativas, como así también puede proponer reformas legales a los demás poderes, entes u órganos de la organización provincial. Todas estas autoridades tienen el deber de considerarlas.

En el año 2009 se dictó la ley 5888 **(8)** que organizó el funcionamiento y reglamentó las competencias del órgano. Entre 2010 y 2015 se designaron sucesivamente dos defensores del pueblo, estando a la fecha vacante el cargo al haber vencido el periodo constitucional de cinco años del último de ellos.

En punto a las críticas sobre el funcionamiento posterior a la creación, debe mencionarse que la ley reglamentaria excedió su cometido al acotar aspectos competenciales y organizativos. La actuación del órgano quedó limitada a la actividad administrativa que desarrolla el Poder Ejecutivo y desconociendo la autarquía financiera del organismo, y en cuanto a su autarquía, ha sujetado diversas materias presupuestarias a la decisión de ambas Cámaras legislativas.

En cuanto al mecanismo de designación, la mayoría agravada que debe lograrse en ambas Cámaras, si bien concuerda con el rasgo democrático del órgano, en los hechos ha demostrado ser ineficiente a la hora de decidir los nombramientos **(9)**. En una próxima reforma constitucional nada impediría modificar la designación para que sea similar a la del fiscal de Investigaciones Administrativas, órgano unipersonal que también se encuentra en el ámbito del Poder Legislativo.

II.3. Fiscalía de Investigaciones Administrativas

Incluida como un capítulo de la sección correspondiente al Poder Legislativo, se creó la Fiscalía de Investigaciones Administrativas. Al igual que el defensor del pueblo, es un órgano unipersonal, aunque la denominación que recibe en el título del capítulo es la de la organización y no la del titular del órgano. Considero que este es un error de técnica legislativa del constituyente, pues nada regula sobre la organización, dejando de manera expresa dicha tarea a la Legislatura.

Su titular, el fiscal de Investigaciones Administrativas, es designado por el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado, permaneciendo en su cargo mientras dure su buena conducta, pudiendo solamente ser removido a través de juicio político. Debe reunir los mismos requisitos que para ser miembro del Superior Tribunal de Justicia y tiene las mismas prerrogativas e inmunidades.

De acuerdo con la Constitución, tiene por función investigar las conductas administrativas de los funcionarios y agentes de la administración pública, de los entes descentralizados y autárquicos, y de las empresas y sociedades del

(8) Boletín Oficial de la provincia de Corrientes 07/09/2009.

(9) En caso de Corrientes, las Cámaras no tienen representaciones sectoriales como en el orden federal (los diputados representan al pueblo y los senadores a las provincias). El bicameralismo solamente aporta una razonable y prudente complejidad a la tarea legislativa.

Estado, controladas por este o en las que tenga participación.

El art. 145 dispone que una ley establecerá su organización, funciones, competencia y procedimiento, manda que ha sido cumplida con el dictado de la ley 5920 **(10)**.

La ley especifica la competencia constitucional del órgano disponiendo que deberá promover la investigación formal, legal y documentada de la conducta administrativa de los funcionarios y agentes, en ejercicio de sus funciones o en vinculación con ellas, que pudieren constituir una irregularidad o ilícito de conformidad con las leyes vigentes.

Asimismo, y a diferencia de la Constitución que acota el ámbito de actuación a la administración pública central y descentralizada dependiente del Poderes Ejecutivo, la ley la extiende al Legislativo y Judicial, siempre que los funcionarios que puedan ser sujetos de su accionar no se encuentren sujetos a los procedimientos de Juicio Político, del Jurado de Enjuiciamiento u otros específicos cuya remoción se encuentre contemplada en la reglamentación interna que le sea aplicable. De tal modo, la ley estaría atribuyendo una especie de potestad de investigación residual respecto de todos los poderes del Estado.

La sustanciación de sumarios a los agentes se encuentra delegada por la ley, de manera permanente en el Director de Sumarios, pudiendo en el caso de los entes autárquicos y empresas del Estado delegarse en las dependencias especificas con que pudieran contar.

El resultado de la investigación es elevado al fiscal de Investigaciones Administrativas para que emita dictamen, para luego ser remitido a la autoridad máxima competente del organismo del cual es parte el agente sumariado, lo que deja claro que el órgano no tiene potestad disciplinaria, sino de investigación.

El organismo así creado y reglamentado, a la fecha de este trabajo, nunca fue puesto en funcionamiento. Sirve recordar que un organismo similar fue creado en el año 1990 por ley 4461 **(11)**, habiendo funcionado hasta el año 2000, momento en el que la ley fue derogada por el dec.-ley 03/2000 **(12)** del interventor federal. Su organización fue transformada en una subdirección dependiente del Ministerio de Hacienda. Este órgano sigue funcionando y tiene similares competencias de investigación a la Fiscalía de Investigaciones creada por la Constitución.

II.4. Contador y tesorero de la provincia

El contador y el tesorero de la provincia son órganos de la Constitución incorporados en el año 1889, manteniendo hasta la fecha las mismas atribuciones y forma de designación en un texto que no ha tenido modificaciones sustanciales desde la reforma de 1913.

De acuerdo con la Constitución, el contador podrá observar o no liquidar órdenes de pago que no estén arregladas a la ley general de presupuesto o leyes especiales, y el tesorero no podrá ejecutar pagos que no hayan sido previamente autorizados por el contador.

Ejercen su función en el ámbito del Poder Ejecutivo, siendo designados por este con acuerdo del Senado.

La reglamentación de estas funciones, la estabilidad de los funcionarios que ocupen dichos órganos y la forma de remoción, son aspectos que la Constitución deja en manos de la Legislatura al dictar la que llama anacrónicamente "Ley de Contabilidad" **(13)**. La ley 5571 de Administración Financiera (LAF), que sustituyó a la Ley de Contabilidad, actualmente se encarga de regular estos temas, interpretándose ser la

(10) Boletín Oficial de la provincia de Corrientes 11/12/2009.

(11) Boletín Oficial de la provincia 01/11/1990.

(12) Boletín Oficial de la provincia 21/01/2000.

(13) Esta denominación ha permanecido por un descuido del constituyente de 2007, pues en el año 2004 dicha ley fue derogada y reemplazada por la Ley de Administración Financiera que sigue una técnica distinta en materia de manejo y control de la Hacienda Pública, aunque con los mismos órganos. La Ley de Contabilidad que llevaba el número 3175, estuvo vigente desde 1974, siendo derogada por la ley 5571 denominada de Administración Financiera, vigente desde 2004.

norma continuadora de las materias antes reguladas por esta.

En el art. 95 de la LAF se dispone que la Contaduría General de la provincia será el órgano rector del sistema de control interno en el área de competencia del sector público provincial. Como tal requerirá y tendrá acceso directo a todo tipo de documentación y registros referidos al ámbito de su competencia, en uso de las funciones que tiene establecidas y de las técnicas usuales de control interno.

Por su parte, el tesorero, conforme lo establece el art. 71 de la LAF, está a cargo de la Tesorería General de la provincia, organismo de recepción, guarda, control y distribución de dinero y valores que componen el Tesoro provincial.

De acuerdo con los arts. 71 y 91 de la LAF, ambos funcionarios permanecerán en el cargo mientras dure su buena conducta, gozando de las mismas prerrogativas, tratamiento y remuneración que los miembros del Tribunal de Cuentas de la provincia.

Ni la Constitución ni la ley, reglamentan el procedimiento de remoción. Tampoco están incluidos de manera expresa en la Constitución entre los funcionarios sometidos a juicio político.

Claramente, es un descuido de mucha trascendencia, toda vez que son los dos únicos funcionarios constitucionales que requiriendo acuerdo del Senado y ejerciendo funciones de control, no cuentan con un mecanismo de remoción expreso, el que debería estar acorde a la envergadura de sus atribuciones y jerarquía otorgadas.

Este es un punto para tener en cuenta en una futura reforma, expidiéndome a favor de su inclusión dentro del procedimiento de juicio político. No obstante, considero que una interpretación armónica de las distintas disposiciones atinentes lleva a que sea este el procedimiento aplicable. Interpretando que la inamovilidad en estos cargos se dispone como una garantía para el correcto funcionamiento del Estado, por el principio del paralelismo de las formas y competencias, al contemplarse constitucionalmente una designación compleja, la remoción no podría gestarse de otra forma. En ese mismo orden de razones, y de acuerdo con el principio establecido por esta reforma de 2007 en el art. 19, según el cual equilibrio fiscal del sector público provincial y municipal constituye un beneficio a favor de los habitantes de la provincia, siendo el contador y el tesorero, órganos que garantizan este derecho difuso, tampoco podría interpretarse que la remoción pueda ser ejecutada sin un procedimiento complejo como el del juicio político. Por último, la LAF por delegación constitucional, los equipara en cuanto a prerrogativas a los miembros del Tribunal de Cuentas, quienes son removidos por juicio político.

A la fecha de esta publicación, y desde el año 2002, la titularidad de dichos cargos no ha sido modificada, siendo las mismas personas las que se vienen desempeñando desde entonces.

II.5. Fiscalía de Estado

En varias provincias las funciones del actual Ministerio Público y del fiscal de Estado, estaban reunidas en un solo organismo, mereciendo las denominaciones "Ministerio Público", "Ministerio Fiscal" o "Ministerio Público Fiscal", las que se utilizaban de manera indistinta para referirse tanto a la Fiscalía de Estado como al Ministerio Público propiamente dicho. Es así como la doctrina explica la función que hoy ostenta el fiscal de Estado, sosteniendo que "en nuestro país, tanto en el ámbito nacional como provincial, estuvo inicialmente a cargo de los integrantes del Ministerio Público, y a través de una paulatina evolución ella se adjudica a otros funcionarios ajenos a esa magistratura" **(14)**. Esta situación se debe a razones históricas, dado que, originariamente, el Ministerio Público se instituyó para defender los intereses económicos del monarca y recién en una segunda etapa tuvo a su cargo la tutela de los intereses sociales, procurando el castigo de los delincuentes **(15)**.

Bielsa puntualiza que corresponde efectuar un distingo entre los términos "Ministerio Público" y Ministerio Fiscal, pues sostiene que no

(14) TRIBIÑO, Carlos, "El Fiscal de Estado", Abaco, 2001, p. 17.

(15) Cfr. VÉLEZ MARICONDE, "Derecho Procesal Penal", Lerner, 1986, t I, p. 241.

son sinónimos, aunque se los ha utilizado promiscuamente para designar una misma institución. Para este tratadista el concepto de Ministerio Público denota "acción de los agentes del Estado en el orden defensivo de la ley", y el del "Ministerio Fiscal" expresa el de la "gestión o defensa del Fisco", es decir, del Estado (nación, provincial o comuna) en su doble aspecto patrimonial y financiero **(16)**.

La provincia de Corrientes no ha sido ajena a la situación descripta por la doctrina antes citada. Ello surge de las diferentes leyes que comenzaron rigiendo la función del fiscal de Estado (1426, 1585 y 1739), las cuales, sin distinguir claramente la competencia de este órgano, hacían alusión a la función tutelar de índole social con que hoy conocemos al Ministerio Público regulado por el actual dec.-ley 21/2000 **(17)**. A partir del dictando la ley 1739 de Fiscalía de Estado y de la ley 1738 de Organización de la Justicia, las funciones de ambos organismos han quedaron delimitadas, distinción que se ha mantenido con las sucesivas reformas que se han ido sucediendo a través de las leyes 2793 (modif. ley 3500 y dec.-ley 219/01) y dec.-ley 21/00.

La reforma de 2007 incluye entre los nuevos órganos de control con rango constitucional al fiscal de Estado **(18)**, estableciendo que tiene a su cargo el asesoramiento y control de legalidad de los actos de la administración pública provincial. Cumple su función en la órbita del Poder Ejecutivo, cuestión que la consideramos definida por esta Constitución al asignar la función de asesoramiento a dicho poder. Siendo esta su ubicación organizacional, la función de control es interna.

La Constitución establece que es designado por el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado. En punto a su permanencia, el funcionario goza de inamovilidad en el cargo mientras dure su buena conducta y solo puede ser removido mediante juicio político. Pero el texto fija que ejerce sus funciones durante el período del gobernador que lo ha designado. Se equipara a los jueces del Superior Tribunal de Justicia, en cuanto a requisitos para la designación, inhabilidades, incompatibilidades, derechos e inmunidades.

En 2008 se dictó la ley 5853 **(19)** que reglamentó las funciones del órgano y su organización y la del Cuerpo de Abogados del Estado.

Entre las funciones de control más transcendentes que asigna la Constitución al fiscal de Estado, se cuenta la de sostener la nulidad o inconstitucionalidad de la ley, decreto, reglamento, contrato o resolución que puedan perjudicar los intereses fiscales. Para ello la norma reviste al órgano con autonomía funcional y personería. La ley al reglamentar esta atribución en el art. 34, recalca que el fiscal de Estado podrá ejercer esta facultad sin requerir previa autorización del Poder Ejecutivo, pero solo en causa judicial en trámite; cuando el sostenimiento de la legalidad o constitucionalidad de la norma resultara perjudicial a los intereses del Estado; o en interés de la defensa de la legalidad y la supremacía constitucional.

Desde mi punto de vista, y siguiendo a Tribiño **(20)**, no comparto que el fiscal de Estado tenga en forma conjunta la función de asesoramiento y control. Considero que, como lo sostiene el autor citado, de esa manera se desnaturaliza su función esencial de órgano de control de los actos administrativos. Opino que debió seguirse el ejemplo de la provincia de Buenos Aires que instituye para la tarea de asesoramiento un asesor general de Gobierno y para la de control al fiscal de Estado.

La función de control también resulta desmerecida en punto a la forma en que se fijó la per-

(16) Cfr. BIELSA, "Derecho Administrativo", LA LEY 1964-V, 657.

(17) Boletín Oficial de la provincia 03/004/2000.

(18) El capítulo correspondiente, lleva el título "De la Fiscalía Estado", lo que podría hacer pensar que se reglamenta el funcionamiento del organismo. Sin embargo, en el articulado la Constitución pone como sujeto al Fiscal de Estado, volviendo a mencionar a la "Fiscalía de Estado" cuando dispone que "Bajo pena de nulidad, es necesario el dictamen jurídico de la Fiscalía de Estado previo al acto administrativo en los casos que establezca la ley". Considero esto como un error de técnica legislativa de parte del constituyente al igual que en el caso del Fiscal de Investigaciones Administrativas. En el caso, debió respetarse en la redacción la forma unipersonal del órgano, como lo hiciera con el defensor del pueblo, el contador y el tesorero.

(19) Boletín Oficial de la provincia 30/11/2005.

(20) TRIBIÑO, Carlos, ob. cit., p. 105 nota 11.

manencia en el cargo. Que el funcionario quede removido del cargo automáticamente al final del periodo constitucional del gobernador que lo designó, no genera la confianza que órganos con funciones tan trascendentes deberían infundir.

Asimismo, estimo que la atribución de control de legitimidad y constitucionalidad que asigna la Constitución resulta menguada por la ley reglamentaria, al establecerse que esta solamente se ejercerá en causas judiciales en trámite, pues de esa manera pareciera que la atribución únicamente es válida como defensa o excepción, y no como acción.

II.6. Ministerio Público

Desde la Constitución de 1889, donde se menciona por primera vez al fiscal general y agentes fiscales, y las sucesivas reformas de 1913, 1949, 1960 y 1993, en las que aparece la actual denominación Ministerio Público, la función de este órgano nunca estuvo fijada en la Constitución, dejándose dicha reglamentación en manos del Poder Legislativo que lo hizo a través del dictado de leyes orgánicas y de procedimiento penal.

Siempre estuvo ubicado en la órbita del Poder Judicial de manera implícita primero, y expresa a partir de 1993, determinándose formas de designación, estabilidad, remoción, incompatibilidades y remuneración.

Con la reforma de 2007, la indeterminación de las funciones y la dependencia respecto del Poder Judicial no mutaron, aunque sí su organización. Esta reforma, de manera muy escueta, da entender que las competencias en materia de acusación, defensa y tutela de menores y personas con capacidad restringida a través del asesor quedan organizadas bajo la cabeza de un fiscal general, un defensor general y un asesor general respectivamente, creándose de esta manera tres órganos en los que quedarían desmembradas las funciones que hasta dicha reforma estaban reunidas en un solo órgano, esto es, el Ministerio Público.

Explica Mario Midón: "La determinación adoptada tuvo su razón de ser en el hecho de que resultaba contrario a elementales reglas de funcionamiento del ministerio mantener la anómala situación en la que el jefe de los fiscales concentraba también la jefatura de los defensores y asesores. La hipótesis, que parecía de gabinete, quedaba patente en una realidad que en algún momento de las deliberaciones se calificó como prevaricato institucional tolerado por el sistema, toda vez que la configuración frente se prestaba a que, por conducto de instrucciones cruzadas, específicas o generales, el fiscal general pudiera definir en simultáneo el cometido de fiscales y defensores, quienes regularmente operan desde distintas perspectivas en el proceso penal" **(21)**.

Pocos años después de la reforma, la organización del Ministerio Público, de acuerdo con lo fijado por ella, fue objeto de una acción judicial promovida por el fiscal general del Poder Judicial (actual titular del Ministerio Público). A través de esta se planteó la nulidad de dicha reforma en relación con la creación de las figuras de defensor general y asesor general.

Por mayoría, el Superior Tribunal de Justicia **(22)** resolvió hacer lugar parcialmente a la demanda, declarando la nulidad de la incorporación de los cargos de defensor general y asesor general, con rango constitucional, dejando en consecuencia sin efecto su mención en los arts. 182, 197 y Disposición Transitoria Décima de la Constitución de la provincia de Corrientes y rechazó el planteo de nulidad en relación con el nuevo art. 183 de la Constitución de la provincia. A tal efecto, el Tribunal argumentó que del art. 3 de la ley que declaró la necesidad de la reforma surge la lista de "nuevos órganos con rango constitucional", dentro de la cual no se hallaban el defensor general y asesor general, operando así la nulidad absoluta establecida en el art. 10.

Llevada la cuestión a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, esta acogió la queja presentada por el Estado provincial, y declarando procedente el recurso extraordinario federal, revocó la sentencia y remitió las actuaciones al

(21) MIDÓN, Mario A. R., "La nueva Constitución de Corrientes", Ed. Mave, Corrientes, 2008, p. 259.

(22) STJ Sentencia N° 26/2009, "Sotelo César Pedro-Fiscal General del Poder Judicial de la provincia de Corrientes c/ Estado de la provincia de Corrientes s/ Acción Contenciosa Administrativa", 06/03/2009.

Superior Tribunal de Justicia a fin de que se dicte un nuevo pronunciamiento. Para llegar a esa solución, la mayoría expresó que "...si se acepta la legitimación activa del Fiscal General del Poder Judicial en ejercicio de la atribución que se le reconoce de actuar en sede judicial en defensa de la legalidad constitucional -como admitió el tribunal a quo en su decisión preliminar cuyos agravios la provincia mantiene en el recurso extraordinario-, la necesaria coherencia que ha de seguirse desde la premisa conceptual que constituye dicho encuadramiento lleva inexorablemente a que la nulidad de la cláusula constitucional incorporada bajo el art. 182 alcance a todas las nuevas autoridades creadas por la reforma en infracción a las leyes de convocatoria, vale decir "...el Fiscal General, el Defensor General y el Asesor General", y no que se excluya de esa declaración judicial al Fiscal General como sostuvo el superior tribunal, en una decisión que quebranta el razonamiento deductivo y, por ende, es arbitraria en orden a ese severo defecto en la construcción lógica del silogismo" **(23)**.

Asimismo se sostuvo que "el órgano judicial ha desconocido el riguroso límite del que jamás debe prescindir cuando pone en ejercicio la más alta, y delicada, competencia jurisdiccional que le asiste como órgano competente para realizar el control de constitucionalidad, para invadir las atribuciones del poder constituyente y proceder a realizar una reescritura del texto de la Ley Suprema, dejando en pie una de las autoridades constituidas por la reforma en el nuevo art. 182, a pesar de que la previsión normativa sobre el Fiscal General también era pasible de la mis objeción constitucional que sostuvo la invalidez declarada por el superior tribunal con respecto al Defensor General y al Asesor General ... El superior tribunal, al proceder de ese modo y fracturar el alcance subjetivo de la cláusula constitucional, ha desvirtuado el significado de la voluntad constituyente y ha alterado el espíritu de unidad del texto sancionado por la convención. Dicho de otro modo, el órgano jurisdiccional ha creado una norma nueva y distinta de la sometida a su escrutinio, mediante el artilugio de excluir del alcance de su pronunciamiento a la autoridad que había promovido la demanda, cuando tanto ella como las otras dos que sí fueron alcanzadas por la sentencia conformaban un todo inescindible".

Finalmente, y siguiendo los lineamientos establecidos por la CS, el Superior Tribunal de Justicia de Corrientes dictó una nueva sentencia **(24)** mediante la cual hizo lugar a la excepción de falta de legitimación activa y mandó comunicar al Poder Ejecutivo y al Honorable Senado de la provincia de Corrientes que la abstención de prestar acuerdo o nombrar a los postulantes, cuyos pliegos se hallaban en trámite para cubrir los cargos de defensor general y asesor general, quedó sin efecto como consecuencia del fallo.

El Ministerio Público en la provincia de Corrientes sigue funcionando únicamente con el fiscal general, por no haberse activado el procedimiento de designación y ni dictado la ley correspondiente a la nueva organización, lo que lleva a afirmar que la voluntad del constituyente sigue pendiente.

II.7. Consejo de la Magistratura y Jurado de Enjuiciamiento

Con la reforma de 2007 se consagró una modificación trascendente respecto del procedimiento de selección y remoción de jueces. Si bien esta reforma no alcanzó a los integrantes del Superior Tribunal de Justicia, al fiscal general, al defensor general y al asesor general, que siguen siendo designados por el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado y removidos a través del tradicional juicio político, se estableció que la selección y remoción los demás magistrados del Poder Judicial, incluyendo al Ministerio Público (fiscales, defensores y asesores), las efectúen dos órganos auxiliares incorporados al ámbito del Poder Judicial que son el Consejo de la Magistratura y el Jurado de Enjuiciamiento.

Desde los inicios de la organización constitucional argentina, la provincia de Corrientes mantuvo el sistema de designación de magistrados a través de la selección que realizaba el Poder Ejecutivo sometiéndola a acuerdo senatorial **(25)**.

(23) CS, Fallos: 335:2360.

(24) STJ Sentencia N° 1/2014 de fecha 06/02/2014.

(25) Las constituciones de 1856 y 1864, cuando aún no se había adoptado el sistema bicameral, disponían que

El sistema de selección se modificó parcialmente en el año 1996 con la sanción de la ley 5123 **(26)**, creándose el Consejo de la Magistratura, como órgano asesor del Poder Ejecutivo, en lo referente a la designación y promoción de los miembros del Poder Judicial que requieran acuerdo del Senado. Este órgano infraconstitucional realizaba los concursos de los aspirantes a cubrir las vacantes, emitiendo un dictamen no vinculante para el Poder Ejecutivo **(27)**.

La Constitución de 2007 incorporó en su plexo al Consejo de la Magistratura con facultades de selección de jueces y funcionarios del Ministerio Público en sus tres ramas, emitiendo una propuesta en terna vinculante al Poder Ejecutivo. Asimismo, cuenta con la potestad de decidir la apertura del procedimiento de remoción de dichos funcionarios, formulando la acusación correspondiente a través del fiscal general (titular del Ministerio Público Fiscal).

La Constitución también establece la composición del órgano, siendo presidido por el presidente del Superior Tribunal de Justicia e integrado, por el fiscal de Estado; un magistrado o integrante del Ministerio Público, elegido por votación directa de sus pares; un abogado que posea las mismas condiciones requeridas para ser miembro del Superior Tribunal de Justicia, elegido por votación directa de sus pares a través de sus entidades representativas; y un profesor titular por concurso de la facultad de derecho de una universidad pública estatal, elegido por votación directa de sus pares.

La ley 5849 **(28)** sancionada en 2008, reglamenta actualmente las funciones constitucionales del Consejo de la Magistratura.

Por su parte, la destitución de los jueces y funcionarios del Ministerio Público que antaño fuera competencia exclusiva del Poder Legislativo a través del tradicional procedimiento del juicio político, con la reforma de 2007 pasó a ser función del Jurado de Enjuiciamiento, con exclusión de los cargos antes mencionados.

La actuación de este órgano ocurre a instancia del Consejo de la Magistratura, quien como se mencionó, decide la apertura del proceso destitutorio a través de la acusación que deberá formular el fiscal general. La acción es pública a partir de denuncias formuladas por cualquier persona que se radican ante el Consejo de la Magistratura.

La integración del órgano, también prevista en la Constitución, presenta diferencias respecto del Consejo de la Magistratura. En primer lugar, el Jurado es presidido por un ministro del Superior Tribunal de Justicia que no revista la calidad de presidente de este cuerpo. El Poder Ejecutivo no tiene representación pues ni el fiscal de Estado u otro funcionario están mencionados, y se incorpora al Poder Legislativo a través de la intervención de dos diputados de distintos partidos políticos o alianzas y un Senador, todos ellos elegidos por la Cámara respectiva por mayoría absoluta de sus miembros. En el caso de la representación de los magistrados, solamente puede asumir dicha función un juez, quedando excluido el Ministerio Publico, a quien le cabe la función de acusar. A ellos se suman, en similares condiciones que en el Consejo de la Magistratura, un abogado y un profesor universitario.

De acuerdo con la Constitución la decisión del Jurado de Enjuiciamiento que decida la destitución debe emitirse con mayoría de cuatro [4] miembros del cuerpo como mínimo, y tiene como efecto la remoción del enjuiciado de su cargo y ponerlo a disposición de la justicia ordinaria si la causal fue la comisión de algún delito. Puede, además, inhabilitarlo para el ejercicio de la función pública, correspondiendo archivar las actuaciones y, en su caso, reponer al suspendido si transcurren ciento veinte días hábiles, contados desde la decisión de abrir el procedimiento de remoción sin que haya sido dictado el fallo.

---

el acuerdo lo otorgara la Cámara de Diputados. Desde la Constitución de 1889, el acuerdo pasó a ser una atribución de la Cámara de Senadores.

(26) Sancionada el 01/11/ 1996 y publicada en el Boletín Oficial el 31/03/1997.

(27) Cfr. AQUINO BRITOS, Armando R., "La designación de jueces en comisión en la provincia de corrientes", LLLitoral 2003. SÁNCHEZ MARIÑO, Gustavo S., "El consejo de la magistratura en la provincia de Corrientes", LLLitoral 2001-135, 2001.

(28) Boletín Oficial de la provincia 13/08/2008.

La reglamentación del funcionamiento y del procedimiento destitutorio fue realizada por ley 5848 **(29)**.

En cuanto a las críticas y experiencias de funcionamiento de estos órganos, es destacarse en primer lugar que, en lo que hace a la composición del Consejo de la Magistratura, luce inexplicable la ausencia de representación del Poder Legislativo. No podría argumentarse haber pretendido constituir un órgano políticamente neutral o puramente técnico o profesional, pues uno de sus miembros es el fiscal de Estado, que como se criticó precedentemente, tiene una dependencia política con el Poder Ejecutivo. Podría verse en ello un desbalance de poder que no encuentra una justificación plausible. Es útil también mencionar, que en la mayoría de las provincias y en el orden federal, el poder legislativo cuenta con representación en órganos similares **(30)**.

Asimismo, y con relación a ambos órganos, cabe señalar que la Constitución omitió disponer que el representante de los magistrados pertenezca a la circunscripción judicial del denunciado o acusado, tal como lo hace en el caso de la representación de los abogados **(31)**. De todas maneras, considero que la forma de elegir a los representantes de estos estamentos no es afortunada, pues aportaría mayor objetividad un sistema según el cual hubiera un titular y un suplente, actuando este último en caso de que el encartado se desempeñe en la misma circunscripción judicial que el representante estamentario titular.

Tampoco existe una justificación atendible para para incluir un representante de los magistrados y funcionarios del Ministerio Público tanto en el Consejo de la Magistratura como en el Jurado de Enjuiciamiento, ya que el Poder Judicial, como institución, se encuentra representado por un juez del Superior Tribunal de Justicia, quien, presidiendo estos órganos, armoniza las miradas institucionales sobre los problemas y soluciones que requiere el Poder Judicial **(32)**.

En punto a la integración de los órganos y la relación entre ambos, en fecha reciente la Corte Suprema de Justicia de la Nación se expidió en un caso planteado por un juez que fuera destituido por el Jurado de Enjuiciamiento. La decisión del Jurado se adoptó no obstante que el miembro representante del Superior Tribunal fuera el mismo que en tal calidad intervino en la etapa previa de acusación de dicho proceso ante el Consejo de la Magistratura. La Corte consideró que ello afectó la garantía de imparcialidad y en consecuencia dejó sin efecto el pronunciamiento del Superior Tribunal de Justicia que había confirmado la destitución dispuesta por el Jurado **(33)**. Posteriormente, y siguiendo los lineamientos establecidos por la CS, el Superior Tribunal de Justicia declaró nulo el fallo del Jurado de Enjuiciamiento de Corrientes por la cual se destituyó del cargo al juez **(34)**.

Otra cuestión criticable, con relación al Jurado de Enjuiciamiento, reside en la falta de previsión, que llevó a que quede desnaturalizada la forma de elección de los dos representantes de la Cámara de Diputados. Dado que estos representantes deben pertenecer a distintos partidos o alianzas, en la actualidad el oficialismo suele llegar a ocupar ambos lugares, desnaturalizando la finalidad constitucional de garantizar la representación del arco opositor, tal como ocurre en el orden nacional.

III. Epílogo

Los estados cuentan en la actualidad con organizaciones complejas en razón de las crecientes funciones que lo relacionan de manera cada vez más directa con la población. Estas funciones deparan mayores responsabilidades pública y una gestión más cuidadosa de recursos, situación que consecuentemente genera una mayor

(29) Boletín Oficial de la provincia 07/08/2008.

(30) Ver SOLANO AYALA, Javier, "Los procedimientos de selección y designación de los magistrados de instancias inferiores en el derecho público provincial argentino. Análisis comparativo", Cuadernos de derecho judicial Nro. 4, Universidad Austral, Buenos Aires, 2009.

(31) Así lo prevén, por ejemplo, las constituciones de las provincias de San Luis, Chubut y Río Negro.

(32) Cfr. GELLI, María A., "Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada", La Ley, Buenos Aires, 2015, 4ª ed. ampliada y actualizada, t. II, p. 241.

(33) CS, Fallos: 342:2298.

(34) STJ, Sentencia N° 122 de fecha 16/12/2020 dictada en autos: "jurado de enjuiciamiento remite actuaciones caratuladas: Fleitas Pablo Andrés s/ acusación expte. N° 14/09 s/ recurso de casación" Expediente N° STP 258/13

necesidad de control para que las responsabilidades no se diluyan y los recursos sean correctamente utilizados.

El control, como conjunto de procedimientos destinados a comprobar que los actos administrativos y de gobierno en general hayan respetado las leyes que los reglamentan, y sobre todo, advertir que no se hayan desviado de sus fines específicos y del interés general, pasa a tener un lugar preponderante que no puede ser soslayado.

Siguiendo a Comadira, sostengo que cualquiera sea el órgano que realice el control, su objeto es, en lo sustancial, el mismo: determinar, a través de un juicio lógico, la coherencia de la actividad controlada con el sistema normativo que la rige, con el fin de asegurar la vigencia de la juridicidad y de los valores que a esta le dan fundamento y sentido **(35)**.

Las meras construcciones normativas de órganos de control, sin el compromiso político de realizar las metas de transparencia que se derivan de estos, terminará dejando a la sociedad en situación de precariedad institucional, que en el caso de Corrientes no implicaría otra cosa que dejarla a las puertas de futuras crisis, da su relativamente reciente normalización.

La transparencia como estándar de gestión, es una forma de conducir una organización de tal modo que sus actos y los procedimientos llevados a cabo para su gestación, queden expuestos y sometidos continuamente al escrutinio público. La gestión transparente es un incentivo que constriñe a los responsables a ajustarse a los procedimientos, cumplir con los plazos establecidos y explicar sus decisiones, conductas que reducen las deviaciones de poder y los abusos que caracterizan al fenómeno de la corrupción. Si el reclamo de transparencia existe, es porque en las organizaciones surgen prácticas viciosas que crecen a causa de la opacidad en cumplimiento de sus objetivos.

La corrupción es un fenómeno propio, no extraño, de toda organización humana. Está presente en mayor o menor medida en cualquier asociación de personas regulada por un conjunto de normas en función de determinados fines. Sus consecuencias tienen impacto inmediato en el funcionamiento de la misma organización, y de acuerdo con su envergadura e importancia, podrá transcenderla, afectando la credibilidad de una comunidad respecto del valor y el sentido de su existencia, especialmente si son organizaciones públicas.

En el caso de la organización de los estados, la corrupción provoca una deficiente distribución de los recursos y, moralmente, influye sobre los ciudadanos creando una idea de ineficiencia y sospecha sobre la calidad ética de sus funcionarios.

Las causas de la corrupción son variadas y pueden estar presentes desde el nacimiento mismo de la organización o gestarse posteriormente. Instalada en una organización, la corrupción puede ir adquiriendo una mayor complejidad si existiendo controles, estos guardan resquicios que permitan franquearlos. Con lo cual, si los controles no son eficientes, no harán más que fortalecer las prácticas corruptas volviéndolas más difíciles de limitar. Ello es así por cuanto vencer una compleja situación de corrupción dada a pesar de la presencia de mecanismos de control, generalmente trae como consecuencia reformas estructurales costosas de implementar tanto en su faz económica como política.

En base a la concepción de Ihering **(36)** sobre el derecho, esto es, que el derecho es una idea práctica e implica una constante lucha contra la injusticia, pues el derecho que así no es entendido implica una negación a sí mismo, una organización que no implante mecanismos de control y gestión transparente fracasará como medio para hacer posible los fines que la inspiraron.

De nada sirven las construcciones normativas que se enfrenten al fenómeno de la corrupción, si no cuentan con los acuerdos políticos de la sociedad. En ellos un capítulo imprescindible para aportar a la prosperidad y evitar la precariedad de las instituciones, es el relativo a los aspectos que hacen al equilibrio en el ejercicio del poder y el cuidado en el manejo de los recursos públicos.

(35) Cfr. COMADIRA, Julio R., en AAVV "Control de la Administración Pública: Administrativo, Legislativo y Judicial, Jornadas sobre control de la Administración Pública (15/17 de mayo de 2002), Ed. RAP, Buenos Aires, 2003, p. 13.

(36) Cfr. VON IHERIGN, Rudolf, "La Lucha por el Derecho", Araujo, Buenos Aires, 1939, ps. 51/52.

Cuestiones de la prueba en el actual proceso contencioso administrativo salteño

Pablo Robbio Saravia

Sumario: I. Introducción.— II. Aspectos relevantes del contencioso administrativo en la provincia de Salta.— III. La prueba.— IV. Conclusión.

En memoria de mi querido amigo y profesor, Dr. Armando N. Canosa.

I. Introducción

La revisión judicial de la actividad administrativa en la provincia de Salta, de manera ordinaria, aún continúa, aunque morigerada, desarrollándose bajo las directrices del Código de Procedimientos en lo Contencioso Administrativo **(1)** (CPCA) inspirado en las previsiones del denominado "Código Varela" **(2)** que rigió en la provincia de Buenos Aires desde el año 1906 al 2003 con la entrada en vigencia del actual ordenamiento procesal bonaerense **(3)**.

El régimen procesal salteño ha sufrido escasas reformas respecto de su texto original **(4)**, lo que sumado a que el fuero se ha ido ampliando rápidamente en cuanto a su competencia material y no así orgánicamente, es claro que necesita de manera imperiosa una reforma profunda que contemple los principios y criterios que el derecho contemporáneo exige para lograr y consolidar la instalación de una jurisdicción de naturaleza plena e integral, que abreva del principio a la tutela judicial efectiva definitivamente afincado en nuestro derecho argentino **(5)**.

Mientras tanto, se deberá conciliar el texto positivo vigente con los postulados que emanan del contencioso moderno garantizando un debido proceso que tenga por norte obtener una sentencia ajustada a derecho en orden a los verdaderos hechos, útil y emitida dentro de plazos razonables.

El objeto del presente es identificar aspectos que se presentan habitualmente en la etapa probatoria y que podrían mejorarse frente a una obligada reforma. Hasta que ello ocurra será vital el desempeño de los sujetos involucrados en el proceso, de quienes se exigirá el empleo activo y creativo de los medios que ofrece el sistema para colaborar en el cumplimiento de sus fines, ya que muchas veces una interpretación rígida de las normas en juego puede derivar en soluciones injustas no solo para las partes sino para el propio sistema de justicia que debe tener por fin último, en lo que a la prueba se refiere en los procesos contenciosos, la búsqueda de la verdad material u objetiva **(6)**.

(1) Ley 793 (BO. del 13/02/1908).

(2) Sancionado por ley 2.961 (BO del 22/12/1905) y que se redactó sobre la base del proyecto que el gobierno de la provincia de Buenos Aires le encomendó, por decreto del 6 de junio de 1903, al Dr. Luis V. Varela.

(3) Ley 12.008 (BO. número 23.472 del 03/11/1997).

(4) Ver, leyes 4.426 (BO. del 22/10/1971), 6.569 (B.O. número 13.320 del 21/11/1989) y 7.822 (BO. número 19.350 del 25/07/2014).

(5) SAMSÓN, Ernesto, SIMÓN PADRÓS, Ramiro y ROBBIO, Saravia Pablo, "Proyecto para un nuevo Proceso Contencioso Administrativo en la Provincia de Salta", Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública —Rap-, Nro. 492 (año 2019), Sección Doctrina Especial p. 33.

(6) MERTEHIKIAN, Eduardo, "La prueba en el proceso administrativo a la luz de la garantía constitucional a la

En efecto, y sin desconocer lo importante que fue para su época, la realidad es que nos actualmente nos encontramos a más de ciento diez años de la sanción de lo que hoy representa una vetusta normativa procesal, que se inspiró en un proceso ampliamente restrictivo destinado solo a aquellos titulares de derechos subjetivos con la única finalidad de impugnar actos administrativos definitivos, y qué en estos tiempos modernos debe compatibilizar con una Constitución Nacional que incorporó en su reforma de 1994 numerosos tratados de derechos humanos y consolidados principios de acceso irrestricto de justicia y tutela judicial efectiva con amplitud de materia justiciable, pudiéndose ver en ocasiones limitada, dada la inflexibilidad de algunas de sus previsiones, en lograr un eficiente proceso.

II. Aspectos relevantes del contencioso administrativo en la provincia de Salta

Mucho se ha escrito sobre nuestro régimen provincial, poniéndose de resalto sus características principales y solicitando al unísono por una necesaria reforma integral que lo *aggiorne* a las actuales tendencias del contencioso administrativo contemporáneo **(7)**. En esos intentos de cambio se han confeccionado proyectos de reforma al Código de Procedimientos en lo Contencioso Administrativo **(8)**, mereciendo hasta alguno de ellos un valioso comentario doctrinario **(9)**, que a la fecha no han logrado remover al ordenamiento que nos rige desde 1908.

Nuestro Código provincial, que como dijimos abrevó en gran parte del derogado ordenamiento de la provincia de Buenos Aires, ha seguido el denominado dogma revisor, donde el acto administrativo se muestra como la estrella del proceso **(10)**, que en la actualidad claramente ya se encuentra agotado en cuanto exhibe el pecado de generar situaciones que consagran verdaderas denegaciones de justicia **(11)**. A lo sumo solo debe interpretárselo en términos de congruencia entre las pretensiones planteadas ante el Poder Ejecutivo y, luego en el proceso judicial; pero en ningún caso cabe extenderlo sobre el campo de los hechos, del derecho o los medios de prueba **(12)**.

Sin embargo, coincidimos con Simón Padrós **(13)** que tras la reforma constitucional de 1986 que incorporó la cláusula transitoria cuarta **(14)**, donde se prevé como condición de admisibilidad de la demanda "la previa denegación expresa o tácita por parte de la autoridad administrativa de la pretensión", se ha superado de manera definitiva el ámbito meramente revisor de la actuación estatal al reconocer a la pretensión **(15)** como el verdadero objeto del proceso.

---

tutela judicial efectiva y el principio de legalidad", Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública -Rap- N.º 341, ediciones Rap, Buenos Aires, 2007, p. 29.

(7) V., entre otros, SIMÓN PADRÓS, Ramiro, El Contencioso Administrativo en la Provincia de Salta, en la obra colectiva "El contencioso administrativo en la Argentina", GARCÍA PULLES, Fernando (dir.), Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, t. I, p. 301; VON FISCHER, Marcela, "Control judicial en la Provincia de Salta", Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública -Rap- N.º 453, p. 69, ediciones Rap, Buenos Aires, 2016; ROBBIO SARAVIA, Pablo, "Aspectos de la tutela judicial en el proceso contencioso administrativo", Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública-Rap-N° 453, p. 151, ediciones Rap, Buenos Aires, 2016.

(8) Entre ellos, v. SAMSÓN, Ernesto, SIMÓN PADRÓS, Ramiro y ROBBIO SARAVIA, Pablo, ob. cit., p. 33.

(9) V., BOTASSI, Carlos, "El proyecto de Código Procesal Administrativo de la provincia de Salta", RDA 2020-132, 178.

(10) GORDILLO, Agustín, El acto administrativo, en la obra colectiva "El nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires", Librería Editora Platense, 2011., p. 57.

(11) VON FISCHER, Marcela, ob. cit., p. 71.

(12) BALBÍN, Carlos, "Manual de Derecho Administrativo", La Ley, Buenos Aires, 2018, 4ª ed., p. 801.

(13) SIMÓN PADRÓS, Ramiro, ob. cit., p. 309.

(14) Dice el citado texto constitucional: "Hasta tanto se dicte la ley de creación de Tribunales de Segunda Instancia en el fuero Contencioso - Administrativo, la Corte de Justicia entiende por vía recursiva en los juicios de expropiación y procesos administrativos. Es condición de admisibilidad de la demanda o acción, la previa denegación expresa o tácita por parte de la autoridad administrativa, de la pretensión, salvo cuando sea demandada la Provincia o sus entidades autárquicas como persona de derecho privado".

(15) Soria, citando destacada doctrina, sostiene que la pretensión consiste en una modalidad de petición fundada en derecho, un tipo de declaración de voluntad, por la que se solicita al órgano jurisdiccional una actividad frente a una persona determinada y distinta del autor de la declaración, en relación con determinados bienes jurídicos (derechos o intereses tutelados por el ordenamiento).

En lo que respecta a la materia contencioso-administrativa el CPCA presenta un sistema de cláusula general **(16)** que encasilla al proceso en función a la Administración pública subjetivamente considerada. Este criterio subjetivo se vio sustancialmente modificado tras la sanción de la ley 6.569 **(17)**, que estableció que los juzgados contenciosos entenderán en "los juicios de expropiación y procesos contenciosos administrativos que se deduzcan contra la provincia, sus reparticiones descentralizadas cualquiera fuera la modalidad de organización y Municipalidades, reclamando por la vulneración en su carácter de poder público, de derechos subjetivos e intereses legítimos del accionante", resultando entonces que la actividad administrativa de los órganos del Estado queda incorporada como elemento objetivo a fin de delimitar la materia **(18)**.

En ese entendimiento, ha sido la misma jurisprudencia del máximo Tribunal de Justicia provincial la que ha ido ampliando casuísticamente la competencia material del fuero contencioso, generando en algunos casos inseguridad y desconcierto entre los mismos justiciables y en los tribunales inferiores **(19)**, formulándose planteos que, en su mayoría, culminaron con la remisión de expedientes con trámite en diferentes fueros (v.gr. civil y comercial) al contencioso administrativo para continuar su proceso y pasar a regirse por un ordenamiento especifico como lo es CPCA **(20)**.

Estructuralmente el fuero, en la actualidad, cuenta con dos juzgados de primera instancia, con asiento en la ciudad (capital) de Salta —distrito judicial centro— y con competencia territorial en toda la provincia, revistiendo la Corte de Justicia carácter de tribunal de apelación hasta tanto se concrete la creación de la Cámara pertinente **(21)**. Bajo tal panorama, y si la ten-

Desde luego, añade, no es una declaración cualquiera, ni equivale a una simple petición procesal; constituye la postulación básica del litigio, que moviliza a la jurisdicción, delimita el planteo del caso y constituye la materia objetiva a resolver en la sentencia de mérito (SORIA, Daniel Fernando, "Aspectos básicos de las pretensiones en el Código Procesal Administrativo de la Provincia de Buenos Aires", en la obra colectiva "El nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires", BOTASSI, Carlos (dir.), Librería Editora Platense, 2011, p. 175.

(16) Reza el art. 1: "A los efectos de la jurisdicción acordada al Superior Tribunal de Justicia por el Art. 149 de la Constitución, se reputarán causas contencioso-administrativas las que inicien los particulares o alguna autoridad administrativa, reclamando contra una resolución definitiva, dictada por el Poder Ejecutivo, las Municipalidades o el Consejo de Educación y en la cual se vulnere un derecho de carácter administrativo, establecido en favor del reclamante por una ley, un decreto, un reglamento u otra disposición administrativa prexistente".

(17) BO. del 21/11/1989. Por medio de esta norma se creó en la provincia el primer Juzgado en lo Contencioso Administrativo con asiento en la Capital y jurisdicción en todo el territorio provincial. Posteriormente, por conducto de la ley 7.822 (BO. del 25/07/2014) se creó el segundo juzgado contencioso con idéntico alcance.

(18) SIMÓN PADRÓS, Ramiro, ob. cit., p. 311.

(19) VON FISCHER, Marcela, ob. cit., p. 71.

(20) A modo de ejemplo, luego del caso "Barreto" (CS, Fallo: 329:759) donde la Corte Federal modificó su doctrina sobre el concepto de "causa civil" excluyendo a los casos en los que se pretenda atribuir responsabilidad patrimonial por daños y perjuicios derivados de la presunta "falta de servicio" en que habría incurrido un órgano estatal, y a los supuestos en los que, a pesar de demandarse restituciones, compensaciones o indemnizaciones de carácter civil, se requiera para su solución la aplicación de normas de derecho público provincial o el examen o revisión, en sentido estricto, de actos administrativos, legislativos o judiciales de las provincias en las que éstas procedieron dentro de las facultades propias reconocidas por los arts. 121 y sigs. de la Constitución Nacional, la Corte Provincial declaró la competencia del fuero Contencioso Administrativo para atender o continuar atendiendo en los juicios por responsabilidad del Estado en orden a la naturaleza pública de la cuestión debatida. Esto generó que los procesos de responsabilidad que tramitaban en el fuero civil y comercial, bajo las directrices del Código Procesal Civil y Comercial, fueran enviados, para su continuidad, a los juzgados contenciosos administrativos que se rigen principalmente por las reglas del Código de Procedimientos en lo Contencioso Administrativo debiendo readecuar el proceso a este último ordenamiento. Ello llevó en muchos casos problemas con las pruebas denunciadas (y las que aún no lo habían sido) ya que debían adaptar las mismas al CPCA que, a diferencia del régimen civil, es más restrictivo con respecto a la oportunidad para su ofrecimiento.

(21) Por decreto de necesidad y urgencia 3.367/2007 (BO. del 11/12/2007) que se remitió a la Legislatura Provincial para su tratamiento se buscó crear la Cámara Contencioso-Administrativa, integrada por dos jueces, con asiento en la cuidad de Salta y con jurisdicción en toda la provincia, para ser el tribunal de apelación del -por entonces- único juzgado de primera instancia (creado por ley 6569). Por decreto de necesidad y urgencia 232/2008 la nueva administración del Poder Ejecutivo,

dencia para delimitar la competencia se encarrilla a su determinación en base a un criterio objetivo sobre el concepto de "función administrativa", no caben dudas que los juzgados existentes se encontraran desbordados interviniendo en los más variados procesos, lo que exigirá la creación de más tribunales de primera instancia, que bien podrían ubicarse en los demás distritos judiciales **(22)**, y de la tan ansiada Cámara de Apelaciones, dejando así a la Corte provincial su intervención en cuestiones estrictamente constitucionales.

En lo que se refiere específicamente al trámite procesal, el CPCA establece un único modelo sujeto a las reglas del juicio ordinario.

Una vez deducida la demanda, que podrá ser rechazada *in limine* en determinados supuestos **(23)**, el juez actuante solicitará dentro de las 48 horas a la autoridad demandada la remisión de las actuaciones vinculadas con el escrito de inicio, las que deberán ser remitidas al tribunal dentro de los 15 días a contar desde la recepción del oficio correspondiente **(24)**.

Cuando la resolución administrativa que motivase la demanda ordenase el pago de alguna suma de dinero, proveniente de liquidación de cuentas o de impuestos, el demandante no podrá promover la acción sin abonar previamente la suma referida. La Corte de Justicia local, siguiendo el lineamiento de la Corte Federal **(25)**, hizo extensiva esta prerrogativa fiscal a las multas a pesar de la naturaleza sancionatoria de estas, aunque en sus últimos pronunciamientos no solo las excluyó de la exigencia del depósito previo sino admitió, con relación a los tributos, la sustitución del pago previo por un seguro de caución o por garantías reales **(26)**.

Una vez declarada la competencia del tribunal y la procedencia de la acción por sus formas extrínsecas se decretará el traslado a la autoridad administrativa demandada para que la conteste dentro del término de treinta días **(27)**. Si el demandado fuese el Poder Ejecutivo de la provincia, se notificará la demanda al Fiscal de Estado para que tome la intervención que le corresponde **(28)**.

---

recién asumido, revocó el mencionado decreto de necesidad y urgencia.

(22) El poder judicial provincial descentraliza su servicio en distintos distritos, a saber: Distrito Judicial Centro — Salta: comprende los departamentos Capital, La Caldera, General Güemes, Cerrillos, Chicoana, Guachipas, La Viña, Rosario de Lerma, Cachi, Molinos, La Poma, Los Andes, y los municipios Santa Victoria Oeste y Nazareno del departamento Santa Victoria y el municipio Iruya del departamento homónimo; Distrito Judicial Centro — Cafayate: comprende los departamentos Cafayate y San Carlos; Distrito Judicial Tartagal: comprende el departamento San Martín y los municipios Santa Victoria Este y Rivadavia Banda Norte del departamento Rivadavia; Distrito Judicial Orán: comprende el departamento Orán, el municipio Rivadavia Banda Sur del departamento Rivadavia, el municipio Los Toldos del departamento Santa Victoria, y el municipio Isla de Cañas del departamento Iruya; Distrito Judicial Sur — Metán: comprende los departamentos Metán, Rosario de la Frontera y La Candelaria; Distrito Judicial Sur — J. V. González: comprende el departamento Anta.

(23) El art 27 del CPCA establece que el Tribunal (léase, Juzgado de primera instancia conforme art. 7 ley 6.569) podrá rechazar in limine la demanda que versare sobre: "1) cuestiones en que la autoridad administrativa haya procedido en ejercicio de facultades discrecionales; 2) cuestiones en que el derecho vulnerado sea de orden civil o en que la autoridad haya procedido como persona jurídica; 3) resoluciones que sean reproducción de otras que no hubiesen sido reclamadas por el mismo demandante en término oportuno; 4) asuntos en que alguna ley haya aclarado expresamente que quedan excluidos de la acción contencioso- administrativa".

(24) Si la autoridad administrativa no remitiera las actuaciones dentro del plazo exigido, será nuevamente compelida a su cumplimiento dentro de un lapso que no supere los 8 días. De persistir el incumplimiento, se declararán a salvo los derechos de los interesados para exigir la indemnización de daños y perjuicios, contra la persona o personas que resultasen culpables de la demora en la remisión y, de insistir el interesado en escrito motivado, el Tribunal procederá a entender en esa demanda, tomando como base la exposición que hiciese el actor, sin perjuicio del derecho de la demandada en introducir como prueba el mismo expediente (conf. arts. 32 y 33 del CPCA).

(25) CS, Fallos: 285:302; 323:3012.

(26) CS, Fallos: 174:737; 198:251, 473.

(27) El art. 45 del CPCA señala que el Tribunal "decretará traslado a la autoridad administrativa demandada (...) emplazándola para que comparezca a estar a derecho dentro del término de nueve días". Mediante la ley 4.426 (B.O 22 de octubre de 1971) se dispuso que cuando se promuevan acciones judiciales contra la Provincia o sus reparticiones autárquicas, el término para contestar la demanda será de treinta días.

(28) El art. 149 de la Constitución Provincial establece que el "Fiscal de Estado es el encargado de la defensa del

En materia de excepciones **(29)**, deberán oponerse dentro del plazo fatal de nueve días de notificada la demanda y provocará la suspensión inmediata del plazo para contestarla para todos los que intervengan en el juicio por la demandada. De la excepción se correrá traslado al actor por el plazo de cinco días, y el tribunal resolverá sin más trámite.

Ya en el período probatorio, sobre lo que profundizaremos más adelante, el tribunal señalará su término para que las partes puedan producir sus pruebas. El tribunal podrá rechazar la prueba que se solicitare cuando esta resulte evidentemente improcedente o ajena al asunto materia del juicio; verse sobre hechos en que las partes hayan estado conformes o cuando la cuestión ventilada sea de puro derecho. Vencido el término de la prueba, el secretario así lo hará constar pudiéndose solo recibir de la prueba pedida y no evacuada la que el tribunal considere necesaria. Las partes podrán formular sus alegatos, pudiendo prescindir de ello si así lo señalaran.

Concluida la etapa de alegatos, el tribunal pronunciará la sentencia dentro de un plazo que no excederá de 40 días.

La sentencia podrá ser recurrida ante la Corte de Justicia de Salta quien intervendrá como Tribunal de apelación, siendo su resolución definitiva. En cuanto a los recursos, la ley 6.569 estableció que se articularan los previstos en el Código de Procedimientos Civil y Comercial de la provincia.

Resulta importante destacar que recientemente, mediante la Acordada 13.131 el máximo Tribunal local resolvió la división funcional en cuatro Salas por fueros para el ejercicio de su competencia por vía recursiva, en consonancia con lo dispuesto por el art. 152 **(30)** de la Constitución de la provincia, creándose entre ellas la Sala IV en lo Contencioso Administrativo integrada por cuatro ministros, siendo necesaria la intervención del presidente de la Corte —que no integra ninguna— en caso de desempate. Esta descentralización funcional sin dudas permitirá agilizar la resolución de aquellos procesos contenciosos remitidos, por apelación ante el más alto Tribunal.

En apretada síntesis se ha intentado describir el funcionamiento actual del fuero contencioso administrativo en la provincia de Salta, lo que nos ayudará a comprender algunas cuestiones que se presentan en materia probatoria durante el juicio y así ser tenidas en cuentas frente a una eventual reforma legislativa, ya que muchas veces estas pueden atentar contra el fin último que debe tenerse en cuenta al dictarse la correspondiente sentencia; esto es garantizar, a través de la búsqueda de la verdad material de los hechos, que el obrar de la administración ha sido en plena observancia del principio de legalidad, el cual resulta indispensable para sostener un verdadero Estado de derecho.

III. La prueba

III.1. Aspectos generales

Se tiene dicho que la prueba, en sentido amplio, es la demostración de la existencia de un hecho ignorado o no afirmado, como la confirmación de un hecho supuesto previamente afirmado **(31)**.

En el marco del derecho procesal la prueba se presenta como un medio de verificación de las proposiciones que los litigantes formulan en el juicio **(32)**, representa uno de los períodos más

Patrimonio del Fisco. Es parte legítima en todos los juicios en que se afecten intereses y bienes de la Provincia".

(29) El art. 37 prevé como únicas las de: 1) incompetencia del Tribunal fundada sólo en que la resolución reclamada no da lugar a la acción contencioso o en que la demanda ha sido presentada fuera de termino; 2) falta de personalidad en el actor, en su representante o en el demandado, fundándose esta excepción con arreglo a las disposiciones del Código de Procedimientos Civiles y Comerciales; 3) defecto legal en el modo de proponer la demanda y, 4) la de litis -pendencia.

(30) Dicha norma señala que para ejercer su competencia por vía recursiva la Corte puede dividirse en Salas.

(31) KIELMANOVICH, Jorge L., "Teoría de la prueba y medios probatorios", Rubinzal — Culzoni, Santa Fe, 2010, p. 24.

(32) QUADRI, Gabriel H., "La prueba en el proceso civil y comercial", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, t. I, p. 17. El mismo autor señala que esa concepción presenta, en el sistema del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y en los provinciales que tras él se alinean, excepción: la posibilidad de que se prueben no ya las afirmaciones de las partes sino directamente los hechos constitutivos, mo-

importantes de todo el proceso de cognición por la transcendencia de las actividades que en él se realizan **(33)**, y es la vía más confiable para el descubrimiento de la verdad, y la mayor garantía contra la arbitrariedad de las decisiones **(34)**.

Y su importancia es tan cierta que "de poco puede servir a una persona hallarse en posesión del derecho más claro e incontrovertible si en el momento procesal oportuno no logra demostrar los hechos que constituyen la hipótesis legal. Por eso se ha dicho que quien no consigue convencer al juez, cuando su derecho es desconocido o negado, de los hechos de que depende su derecho, es como si no tuviera ni hubiese tenido nunca el derecho" **(35)**.

Podemos sostener entonces, que el objetivo último de la etapa probatoria es provocar una certeza en el ánimo del juzgador no lógica, sino psicológica, sobre la existencia o inexistencia de los hechos afirmados. Representa la producción del convencimiento psicológico del órgano judicial sobre este último extremo, la finalidad a la que en definitiva tiende la actividad probatoria **(36)**.

Con respecto a la carga de la prueba, los regímenes procesales civiles y comerciales **(37)**, siguiendo el principio dispositivo, establecen que le incumbe probar a la parte que afirma la existencia de un hecho controvertido o de un precepto jurídico que el juez o tribunal no tengan del deber de conocer.

Si bien el proceso contencioso no es ajeno a ese principio, las amplias facultades de las que gozan sus jueces permitiéndoles indagar más allá de la colaboración que las partes pudieran brindarle, nos evidencia la presencia de rasgos inquisitivos dentro este tipo de proceso, que debe tener por norte la búsqueda de la verdad real y objetiva con el claro límite de respetar la garantía de la defensa en juicio. Incluso se ha llegado a señalar que en materia probatoria no deben aplicarse al proceso contencioso los mismos principios que rigen el proceso civil, con fundamento en que la jurisdicción contenciosa es revisora de la vía administrativa **(38)**.

En procura de aquel objetivo, no vemos impedimento para que se aplique al proceso la denominada teoría de las cargas probatorias dinámicas **(39)** que consiste en exigir que pruebe quien por su situación se encuentra en mejores condiciones de hacerlo respecto al hecho controvertido, sin importar si es actor o demandado. No podemos desconocer que, en la generalidad de los casos, es la autoridad administrativa quien se encuentra en mejores condiciones frente a un justiciable que carga con la difícil o imposible tarea de tener que probar aspectos fácticos que se desenvolvieron dentro de un ámbito donde en la mayoría de los casos no tiene ocasión de participar **(40)**.

Es por ello, y con acierto se ha señalado, que el hecho de no ver al proceso contencioso como un mero juicio revisor del acto tiene como consecuencia inmediata, que pesa igualmente sobre la Administración pública la carga de acreditar los elementos configurativos del sostenimiento de la legalidad del acto impugnado debiendo demostrar que su accionar está en conformidad con el ordenamiento jurídico **(41)**.

---

dificativos o extintivos, producidos durante la sustanciación del juicio aunque no hubiesen sido invocados oportunamente como hechos nuevos (ob. cit., p. 17).

(33) GUASP, Jaime, "Derecho procesal civil", Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968, t. II, p. 56.

(34) ALTAMIRA GIGENA, Julio I., "Acto Administrativo", Advocatus, Córdoba, 2008, p. 116.

(35) MUÑOZ SABATÉ, "Técnica probatoria", en Estudios sobre las dificultades del proceso, Praxis, Barcelona, p. 34.

(36) PALACIO, Lino E., "Derecho procesal civil", Lexis Nexis -Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2005, t. IV, p. 320.

(37) En este caso hacemos referencia a los códigos procesales Civil y Comercial de la Nación y de la Provincia de Salta, los que en sus arts. 377 tiene una redacción similar.

(38) GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, citado por MERTEHIKIAN, Eduardo, "La prueba en el proceso administrativo a la luz de la garantía constitucional a la tutela judicial efectiva y el principio de legalidad", Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública -Rap- N.º 341, ediciones Rap, Buenos Aires, 2007, p. 33.

(39) MAIRAL, Héctor A, "¿Uno o dos derechos administrativos?", Sup. Adm. 2010 (agosto), 1.

(40) RODRÍGUEZ PRADO, Julieta, "La prueba en el proceso administrativo", en la obra colectiva "Derecho Procesal Administrativo", TAWIL, Guido S. (dir.), Abeledo — Perrot, Buenos Aires, 2011, p. 473.

(41) MERTEHIKIAN, Eduardo, ob. cit., p. 38.

Por último, resulta importante destacar un aspecto que diferencia al proceso civil con el contencioso administrativo, y que se vincula con el mayor alcance que tienen los jueces en este último respecto de las medidas de mejor proveer.

El máximo Tribunal de Justicia provincial tiene dicho que el régimen de la prueba en el juicio contencioso administrativo tiene características que le son peculiares con especial referencia a la absoluta discrecionalidad que tiene el juzgador para el ordenamiento de medidas para mejor proveer. El magistrado en lo contencioso debe satisfacer al interés público a través de la verdad investigada y comprobada en la causa. La verdad es el objeto y el interés público es el fin; por eso las denominadas diligencias para mejor proveer no tienen limitaciones ni necesitan conformidades previas **(42)**.

Y ello tiene fundamento en el proceso contencioso debido a la fuerte presencia del interés público que lleva a reconocer mayores facultades a los jueces para esclarecer la verdad **(43)**.

Claro está que esa atribución, que en su aplicación no debe atentar contra la igualdad procesal de las partes y los principios de bilateralidad y de contradicción, coloca en cabeza del juez contencioso facultades inquisitivas para lograr el fin último del proceso y que consiste en resolver siempre en base a la verdad real y material.

III.2. El ordenamiento procesal local

La etapa probatoria en el proceso contencioso administrativo provincial transita principalmente y de manera directa por las disposiciones contenidas por el Código de Procedimientos en lo Contencioso Administrativo (CPCA), aplicándose de manera supletoria el Código Procesal Civil y Comercial a todo aquello que no tuviese tramitación expresa o términos especiales **(44)**.

En cuanto al plazo que tendrán las partes para producir prueba **(45)**, será el propio juez quien fijará el término, dentro del ordinario del "Procedimiento Civil" que no excederá de cuarenta días y será común a las partes **(46)**. La norma le concede un amplio margen de discrecionalidad al magistrado para que establezca el término probatorio, el que debiera fijarse de acuerdo con la complejidad del asunto planteado en cada causa. Habitualmente se fija un plazo de treinta días, y esto a quienes se han justificado señalando en que, a diferencia del proceso civil y comercial, aquí las partes no pueden ofrecer nueva prueba o bien modificar o ampliar la ofrecida en su oportunidad **(47)**, lo que equivale decir que el plazo es menor en base a las limitaciones propias que impone la normativa específica.

Respecto del tipo de prueba que puede ofrecerse y producirse, el CPCA solo regula aspectos de la de informes (arts. 50 y 51) y documental (arts. 31 a 36 y 48), aplicándose en lo demás los medios previstos en el Código Procesal Civil y Comercial (Título II —Proceso Ordinario— Capítulo V —Prueba—) esto es, de confesión (arts. 404 a 425); de testigos (arts. 426 a 458); de peritos (arts. 459 a 478); reconocimiento judicial (arts. 479 y 480) y de presunciones (arts. 481) como los aspectos de la documental (arts. 387 a 395) e informativa (arts. 396 a 403) en tanto no se opongan al régimen específico.

Ahora bien, como dijimos al inicio del presente trabajo, en el estado actual de la situación procesal que rige el contencioso en la provincia de Salta, donde la norma central —sin perjuicio de sus modificaciones— continua reflejando el pensamiento del Código Bonaerense de 1905, donde solo existen dos juzgados primera instancia para toda la provincia y la Corte de Justicia entiende en calidad de Tribunal de Apelaciones, con un fuero que viene ensanchando —jurisprudencialmente— su competencia material, se presentan en los hechos cuestiones que, en ocasiones, pueden atentar contra principios de in-

(42) CS, Fallos: 196:121.

(43) HUTCHINSON, Tomás, "Derecho procesal administrativo", Rubinzal — Culzoni, Santa Fe, 2009, t. I, p. 479.

(44) El art. 23 del CPCA señala: "En todo lo referente al procedimiento de las causas contencioso-administrativas, y que no tuviese tramitación o términos especiales, señalados en esta ley, regirá el Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial, que se considerará como ley supletoria de ésta".

(45) Art. 49 CPCA.

(46) Conf. art. 367 del Código Procesal Civil y Comercial.

(47) MARTORELL, Adriana, "Código de Procedimientos en lo Contencioso Administrativo de la Provincia de Salta comentado", Maktub, Salta, 2004, p. 126.

discutible reconocimiento legal como la tutela judicial efectiva que hace a un debido proceso.

Si bien es cierto que muchos de esos valladares podrían sortearse mediante la aplicación de las llamadas mejores prácticas, con miras a lograr una pronta y cumplida justicia, utilizando los instrumentos legales vigentes **(48)**, una reforma positiva sobre algunos aspectos conectaría realmente a la actividad probatoria con el dictado de una sentencia emitida en base a todos los elementos necesarios para demostrar la realidad de los hechos.

Además, no podemos perder de vista que en el proceso contencioso tanto las partes como el juez, deben bregar por buscar la verdad jurídica material, dado que se encuentran ventiladas cuestiones que atañen a la actividad estatal —*lato sensu*— que no deben traspasar, en el marco de un verdadero Estado constitucional de derecho, el límite de la legalidad.

III.2.a. Oportunidad para ofrecer la prueba

Una de las cuestiones a las que hacemos referencia es a la oportunidad procesal que tienen las partes para ofrecer la prueba, que harán valer en busca de sostener con solvencia su posición en el proceso y así lograr un convencimiento en el juez al momento de dictar la respectiva sentencia. Se trata de uno de los puntos neurálgicos de todo proceso, dado que se busca acreditar y sostener la posición que se invoca.

Dice el art. 48 del CPCA: "En el juicio contencioso administrativo, las partes deben acompañar a la demanda y a la contestación toda la prueba que haga a su derecho, y que esté a su alcance. Respecto de la que no pudiesen presentar, podrán solicitarla en los términos escritos, enunciando con precisión en lo que consiste la prueba que se proponen producir" **(49)**.

El mismo Luis V. Varela señalaba que a través de este postulado se buscaba ahorrar trámites inútiles en la sustanciación de esta clase de juicios. Y agregaba: "si toda la prueba se presenta o se propone con la demanda y la contestación, el Tribunal estará habilitado, desde el primer momento, para decidir cuál es la parte pertinente y cual la impertinente de esa prueba propuesta, y las partes podrán prepararse a producirla" **(50)**.

Desde hace mucho tiempo la doctrina señalaba que esta premura en el ofrecimiento de la prueba no estaría exenta de inconvenientes, y podría hasta ser causa de indefensión para el actor que ignora las alegaciones que pueda aducir u oponer y las pruebas que pueda ofrecer la parte demandada al contestar la demanda; por lo que tendría legítimo interés en rendir la contraprueba que estime en su defensa **(51)**. Lo dicho se justifica plenamente a través del principio de igualdad entre las partes **(52)**.

Y sobre ello, no podemos desconocer que en la mayoría de los supuestos es el particular quien actúa en calidad de parte actora debiendo acompañar y ofrecer toda la prueba con la presentación de la demanda, sin que luego pudiera contrarrestar lo que pueda surgir de la contestación de aquella.

El máximo Tribunal de la provincia viene sosteniendo de manera inalterable que el art. 48 del Código de Procedimientos en lo Contencioso exige que las partes acompañen a la demanda y a la contestación toda la prueba que haga a su derecho y que esté a su alcance. Reconoce que si bien el art. 23 del CPCA señala que el Código Procesal Civil y Comercial es ley supletoria en todo lo que no tuviese tramitación o términos especiales en ordenamiento contencioso administrativo, dado que del texto del citado art. 48 surge un trámite especial para el ofrecimiento

(48) ARIZA de ZAPATA, Beatriz, "El juez, director del proceso en la jurisdicción contencioso-administrativa. Mejores prácticas para una pronta y cumplida justicia", Revista Estudios Socio — Jurídicos, vol. 8, núm. 1, enero —junio, 2006, p. 126-142, Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia.

(49) Dicho texto es la reproducción del art. 50 del derogado Código de Buenos Aires.

(50) Código de Procedimientos de lo Contencioso Administrativo para la provincia de Buenos Aires — Precedido del informe ilustrativo de la ley con notas en cada artículo por el autor del proyecto Dr. Luis V. Varela, p. 98, ed. J. LAJOUANE & Cía. — Librería Nacional, Buenos Aires.

(51) ARGAÑARAZ, Manuel J., "Tratado de lo Contencioso Administrativo", Lex, Provincia de Buenos Aires, 1988, p. 311.

(52) PALACIOS, Julio A., "La acción contencioso-administrativa", Fides, Buenos Aires, 1975, p. 193.

de pruebas, no resulta aplicable el art. 367 del régimen civil y, en consecuencia, la posibilidad de ofrecer pruebas dentro de los primeros veinte días del plazo probatorio **(53)**.

Incluso, la Corte de Justicia ha fundado su posición bajo los mismos argumentos expuestos por Luis V. Varela en sus notas; esto es, "en la necesidad de ahorrar trámites inútiles en la sustanciación de esta clase de juicios; si toda la prueba se presenta o se propone con la demanda y la contestación, el tribunal estará habilitado, desde el primer momento, para decidir cuál es la parte pertinente y la parte impertinente de esa prueba propuesta, y las partes podrán prepararse a producirla" **(54)**.

No caben dudas que una mirada textual del art. 48 del CPCA nos lleva indudablemente a la conclusión de que el ofrecimiento de la prueba debe hacerse en oportunidad de presentar la demanda y contestarla, y que la aplicación supletoria del ordenamiento procesal civil y comercial resulta, frente a la literalidad del ordenamiento especial, de imposible aplicación en ese aspecto.

Es por ello por lo que, más a allá del rol pueda desarrollar el juzgador y sobre lo que nos referiremos seguidamente, creemos que frente a una reforma —necesaria— del ordenamiento procesal debe, indudablemente, flexibilizarse el momento en que las partes puedan ofrecer pruebas en el proceso.

Decimos ello, porque no debemos olvidar que al redactarse el art. 48 el proceso contencioso solo tenía por finalidad la impugnación de los actos administrativos definitivos, es decir estábamos frente al carácter revisor del proceso y por ende no existía el abanico que hoy en día se presenta en materia de competencia en el fuero contencioso administrativo.

Cuestionar un acto administrativo, muchas veces no exige una abundante producción de prueba, y alcanza con la remisión por parte de la autoridad de las actuaciones que sirvieron de sustento a su dictado más la documentación que pueda aportar el particular en el caso, ya que la actuación administrativa por principio es documentada **(55)**.

Distinto es el caso donde el cuestionamiento del actuar estatal no se sostiene en el dictado de un acto administrativo (como podría ser un supuesto de responsabilidad estatal) y la complejidad de la discusión puede necesitar de un desarrollo amplio de la prueba, que tal vez no puede ser tenido en cuenta por el actor en oportunidad de redactarla, ya que algunas cuestiones pueden surgir de la misma contestación o bien de la intervención de terceros interesados o de coadyuvantes al proceso. Esa situación podría colocar no solo en una situación de desventaja a quien inicia el proceso, sino al interés público en general que tiene sus expectativas puestas en que el control sobre el actuar de la administración arroje la verdad real de los hechos.

Nuestro Código Procesal Civil y Comercial establece que el plazo ordinario de la prueba será fijado por el secretario y no excederá de cuarenta días. Dicho plazo es común. Las pruebas deberán ofrecerse dentro de los primeros veinte días.

Como señala importante doctrina, hay un claro interés público en que exista adecuada publicidad y contradicción en la prueba, para que gracias a ella pueda cumplir el proceso el fin público a que está destinado **(56)**; y es tan importante el principio de contradicción de la prueba que debe negársele valor a aquella practicada con su desconocimiento **(57)**.

El ordenamiento procesal civil y comercial prevé entonces la posibilidad, en el proceso ordinario, que las partes ofrezcan la prueba dentro de los primeros veinte días a contar desde que el secretario certifica que se encuentran debidamente notificados del auto de apertura. Es decir, las partes ante la posibilidad de ofrecer prueba con la litis trabada, conociendo sobre la base de que hechos se sustanciara el proceso, se en-

(53) CS, Fallos: 173:351; 235:1083.

(54) CS, Fallos: 77:763; 196:121.

(55) WEDER, Rubén L., y LISA, Federico J., "El Proceso Contencioso Administrativo en la Provincia de Santa Fe", en la obra colectiva "El contencioso administrativo en la Argentina", GARCÍA PULLES, Fernando (dir.), Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, t. I, p. 143.

(56) DEVIS ECHANDÍA, "Teoría general de la prueba judicial", Zavalía, Buenos Aires, 1970, t. I, p. 359.

(57) Ibidem, p. 123.

cuentran en un estado de igualdad en la etapa probatoria.

Como vemos la aplicación lisa y llana del art. 48 del CPCA puede colocar a las partes en un estado de desigualdad y condicionar, a su vez, la verdadera finalidad del proceso contencioso, más allá, claro está, la atribución que tiene el juez contencioso respecto a las medidas de mejor proveer con sus límites propios.

Vemos con buenos ojos que pueda aplicarse al proceso contencioso administrativo, en cuanto al ofrecimiento de la prueba, la modalidad que prevé en la actualidad **(58)** nuestro Código Procesal Civil y Comercial en su art. 367, es decir que las partes puedan ofrecer —salvo la documental— prueba dentro de los primeros 20 días del plazo probatorio. Esto colocara a las partes en un real estado de igualdad para que puedan proponer la prueba que consideren necesaria y aquella otra que pueda surgir una vez conocidos los hechos controvertidos, así como la prueba ofrecida tanto en la demanda y en su contestación, cómo frente a lo ventilado y ofrecido por algún tercero al proceso. Frente a ese más claro y despejado panorama, las partes pueden contar con la posibilidad de ofrecer toda aquella prueba que no pensaron o tuvieron en cuenta en el momento de confeccionar sus primeros escritos.

Lo propuesto claramente resulta compatible con el juicio contencioso administrativo dado que, si bien existen marcadas diferencias con el proceso civil, la aplicación del código procesal civil resulta en este punto claramente beneficioso y necesario.

Bajo tal lineamiento destacada doctrina ha señalado que la producción de la prueba o su apreciación en sede judicial no pueden encontrar mayores dificultades que las presentes en el proceso ordinario **(59)**, por lo que si en el proceso civil se permite a las partes ofrecer prueba durante los primeros días del plazo probatorio no habría obstáculo para impedir ello en el proceso contencioso. Es más, resulta valorada la remisión en los procesos especiales a lo ya dispuesto y consolidado —jurisprudencialmente— para los juicios civiles, evitando de esa manera no solo incurrir en inútiles reiteraciones sino superando conflictos interpretativos **(60)**.

Y en el mientras tanto, será muy importante el rol activo de los magistrados para evitar que puedan presentarse situaciones que, por una estricta hermenéutica, puedan generar desigualdad entre las partes y tener incidencia en el resultado final del pleito; instancia donde debe asegurarse el dictado de una sentencia en base en la verdad real de los acontecimientos siendo para ello necesario haber producido toda la prueba conducente posible.

(58) No obstante a ello, resulta importante señalar que se ha presentado ante la legislatura provincial un interesante y novedoso proyecto de reforma del Código Procesal Civil y Comercial inspirado no solo en actualizar el sistema procesal tras la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación sino en la necesidad de adecuar las normas procesales a los mecanismos de comunicación vigente, a una realidad dominada por las nuevas tecnologías. En lo que respecta al momento para ofrecer prueba, dentro del denominado "Proceso Ordinario por Audiencias", el art. 403 inc. g) indica que junto a la demanda (o su contestación v. art. 407) se deberá ofrecer toda prueba documental con las que se pretenda demostrar la verdad de los hechos alegados, siendo que la "...restante prueba podrá ser ofrecida hasta cinco días antes de la celebración de la audiencia preliminar". Por su parte, el art. 404 del proyecto señala que las "(...) partes podrán ofrecer otros elementos probatorios hasta cinco días antes de la audiencia preliminar. En el caso de ofrecimiento de la prueba testimonial se indicarán sus nombres, documento de identidad y domicilio, al igual que los hechos sobre los que versará, sin que ello suponga limitar la declaración posterior. En los supuestos de prueba pericial se propondrá la especialidad del perito, los puntos de pericia y la designación de consultores técnicos". La audiencia preliminar será fijada por el juez, una vez trabada la litis. La norma establece, a diferencia de previsto en la actualidad por el Código Procesal Civil y Comercial en tanto permite ofrecer prueba —salvo la documental- dentro de los 20 días a contar desde que el secretario certifica que se encuentran debidamente notificados del auto de apertura, que podrán ofrecerla hasta los 5 días antes de la celebración de la audiencia preliminar. (V., "Lineamientos para la reforma del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Salta", Anteproyecto elaborado por docentes de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica de Salta, agosto, 2020).Cabe destacar, que de prosperar la reforma en este punto vemos con buenos ojos que se aplique el mismo al proceso contencioso, toda vez que el régimen continúa permitiendo que las partes puedan ofrecer la prueba con pleno conocimiento de lo ventilado en la demanda y en su contestación.

(59) TAWIL, Guido S., "Administración y justicia. Alcance del control judicial de la actividad administrativa", Depalma, Buenos Aires, 1993, t. II, p. 407.

(60) Botassi, Carlos, ob. cit., p. 198.

III.2.b. Facultades del juez en las medidas de mejor proveer. Su límite

Como venimos diciendo, las dificultades que pueden suscitarse frente a la limitante prevista por el ordenamiento procesal respecto a la oportunidad para ofrecer prueba encuentran un aire de esperanza en las facultades que el ordenamiento actual le concede a los jueces contenciosos en el dictado de medidas de mejor proveer.

El art. 52 del CPCA establece que el "Tribunal podrá para mejor proveer, hacer a los testigos las preguntas que considere convenientes, así como mandar practicar de oficio todas las diligencias que considere oportunas para la averiguación de la verdad de los hechos, aun cuando las partes no hubieran propuesto esas medidas, o se opusieran a que se practiquen".

Del mencionado artículo se desprende que en materia de prueba los jueces tienen amplias facultades. Su fundamento se encuentra en la nota al artículo 54 del— ya derogado— Código de Procedimientos en lo Contencioso Administrativo para la provincia de Buenos Aires en tanto así lo justifica: "al sancionarse en este Código el capítulo referente a la prueba, no se ha podido olvidar que los jueces están obligados a averiguar siempre la verdad, trayendo a los autos todos aquellos elementos que puedan concurrir a descubrirla, aun cuando las partes no lo pidan; aun cuando alguna de ellas se oponga, y aun cuando estén vencidos todos los términos que a ellas acuerden las leyes. Los jueces no pueden, no deben tener límites para el ejercicio de su alta misión, este es el propósito del artículo. Se ha querido que la Suprema Corte pueda, en las causas contencioso-administrativas, disponer toda la prueba para descubrir la verdad, sin que disposición alguna de la ley prohíba o cohíba su acción. Por lo mismo que se trata de un tribunal de única instancia, esa atribución debe serle acordada con mayor amplitud".

En la misma línea se ha dicho que el carácter instructorio del procedimiento contencioso determina que la excepcional medida para mejor proveer, vigente en el procedimiento común, alcance en estos procesos una extensión ilimitada. La defensa de los intereses públicos también inviste al magistrado como garantía de su realización, sin perjuicio de mantenerse independiente en la causa. El interés público que es de toda la colectividad no puede quedar al azar de la negligencia procesal de un agente que abandona el responsable ejercicio de la defensa. Las medidas para mejor proveer decretadas por el magistrado no deben tener limitaciones y se permiten hasta sobre probatorias abandonadas o desistidas, debiéndose justificar, en estos casos, con debida motivación. La jurisprudencia impone la carga de la prueba contra toda presunción de legitimidad de los actos administrativos. La presunción fue instrumento garantizador y formal para la ejecutoriedad, pero no para crear la ficción de la verdad **(61)**.

La jurisprudencia de la Corte de Justicia de la provincia de Salta viene sosteniendo que el régimen de la prueba en el contencioso administrativo tiene características que le son peculiares con especial referencia a la absoluta discrecionalidad del juzgador para el ordenamiento de medidas de mejor proveer, para requerir aquellas diligencias que el magistrado necesita para la búsqueda de la verdad material en el litigio **(62)**, aun cuando las partes no lo pidan o bien se opongan a ellas y aun cuando estén vencidos los términos acordados por las leyes **(63)**, ya que debe satisfacer el interés público a través de la verdad investigada y comprobada en la causa **(64)**.

Esta doctrina ha sido empleada aún por el máximo Tribunal en el marco de un proceso de expropiación sujeto a un régimen especial **(65)**, resultándole aplicable el CPCA de manera supletoria, donde se permitió solicitar nueva tasación pericial del inmueble expropiado al fracasar el avenimiento entre las partes, ello sobre la base de la amplitud probatoria del proceso contencioso administrativo, en la absoluta

(61) FIORINI, Bartolomé, "Derecho administrativo", Abeledo Perrot, Buenos Aires, t. II, p. 704.

(62) CS, Fallos: 58:295; 77: 721; 77:763.

(63) CS, Fallos: 58:279; 77:763; 204;657; 234:381.

(64) CS, Fallos: 196:121. Aquí la Corte citando a Fiorini ha dicho que "La verdad es el objeto y el interés público es el fin; por eso las denominadas diligencias para mejor proveer no tienen limitaciones ni necesitan conformidades previas (FIORINI, Bartolomé A., "Que es el Contencioso", Abeledo Perrot, 1966, p. 282).

(65) Ley 2.614 (BO. del 03/09/1951), modificada parcialmente por ley 4.272 (BO. del 11/12/1968).

discrecionalidad del juez para el ordenamiento de medidas de mejor proveer, y con fundamento en el interés público que denota el instituto de la expropiación **(66)**.

También la Corte ha señalado, en ocasiones, que la facultad del juez en orden a obtener la verdad real no es absoluta, y encuentra su límite cuando no se resguarda la garantía constitucional de defensa en juicio **(67)**, que se encuentra satisfecha solo cuando se da a las partes la oportunidad de ser oídas y de probar de algún modo los hechos que creyeron conducentes a su descargo, evitando de ese modo alterar el equilibrio procesal de los litigantes o bien cuando se ha procedido con negligencia probatoria o en inobservancia del principio de colaboración con el magistrado **(68)**.

Entendemos acertada la previsión del art. 52 del CPCA en el sentido que concede al juez herramientas que le permiten arribar a la búsqueda de la verdad real y objetiva en el transcurso del litigio. Como dice un destacado autor, "se trata de un principio que deriva del compromiso de la función estatal misma con los requerimientos republicanos relacionados con la responsabilidad de los funcionarios y de la unidad del Estado, más allá de la división del poder, y su compromiso con el bien común y con su causa eficiente vinculada a la justicia social" **(69)**.

Y es que la función del Estado debe siempre desarrollarse en plena observancia de las normas constitutivas de la república como así de todas aquellas que de ella derivan. La actividad administrativa —en sentido lato— tiene el deber constitucional de actuar en pos del principio de legalidad, ya que todo accionar contrario a ello debe ser observado por el poder judicial al realizar su revisión.

Ya nos señalaba Fiorini que "la conquista del Estado de derecho consagra el control del poder judicial sobre las actividades administrativas (...) el control judicial es el enjuiciamiento de la actividad administrativa por órganos independientes y sin subordinación" **(70)**.

Es indudable la importancia institucional de la revisión judicial de los actos administrativos. A diferencia de lo que ocurre con los juicios entre particulares, donde los intereses que se debaten son también particulares y, por lo general, no trascienden a la sociedad, en los juicios contenciosos administrativos la materia litigiosa es siempre de naturaleza pública o predominantemente pública, lo cual significa que en estos pleitos está presente el interés general y, con ello, el de la sociedad **(71)**.

Se desprende de lo señalado que el juez, como custodio de la legalidad, en los procesos contenciosos administrativos sea actor o demandado el Estado, debe perseguir la búsqueda de la verdad material, ya que es la expectativa que tiene toda una sociedad de conocer si el proceder estatal lo ha sido ceñido al ordenamiento jurídico.

La actuación del juez en busca de esa verdad material no puede quedar limitada a lo que las partes señalen, dado que su papel quedaría reducido a presumir que la actuación estatal es siempre legítima salvo arbitrariedad manifiesta, con lo cual se convertiría en un apéndice de los otros poderes estatales. El único límite del juez en este ámbito es el de preservar la igualdad de las partes en el proceso y la vigencia de los principios de bilateralidad y de contradicción que lo informan, por cuanto ello es garantía de la defensa en juicio **(72)**.

Resulta interesante lo dispuesto en este aspecto por el Código Procesal Contencioso Administrativo de Costa Rica **(73)** en su art. 82. Allí

(66) CS, Fallos: 164:383.

(67) CS, Fallos: 113:585; 172:547.

(68) CS, Fallos: 113:585.

(69) PÉREZ HUALDE, Alejandro, "Actuación de pruebas en el Contencioso Administrativo y Debido Proceso", RDA 2010-74, 853.

(70) FIORINI, Bartolomé, ob. cit., t. II, p. 587.

(71) LUQUI, Roberto Enrique, "Revisión judicial de la actividad administrativa", Astrea, Buenos Aires, 2005, t. I, p. 144.

(72) MERTEHIKIAN, Eduardo, ob. cit., p. 35.

(73) Ley 8.508 (Publicado en la Gaceta 120 del 22/06/2006). Es importante señalar que el proyecto de Código Procesal Administrativo de la provincia de Salta elaborado por los Dres. SAMSÓN, Ernesto; SIMÓN PADRÓS, Ramiro y ROBBIO SARAVIA, Pablo ha receptado del Código de Costa Rica aspectos relacionados con la oralidad dentro del juicio, destacando que su incorpora-

señala: "La jueza o el juez ordenará y practicará todas las diligencias de prueba necesarias para determinar la verdad real de los hechos relevantes en el proceso".

Se ha sostenido al respecto "que se muestra en dicha norma el aspecto público de la actividad probatoria, que nos permite entender que esta va más del interés de las partes. Pues el proceso administrativo es un medio dentro del Estado de derecho, para solucionar los conflictos que se generan en relación con el ejercicio del poder. En la línea de pensamiento expuesta, el nuevo Código reconoce al Juzgador un perfil inquisitivo, que echa por tierra el tradicional principio del dispositivo en materia probatoria. No pretendo sugerir que se venga a desconocer el derecho fundamental de las partes a los medios de prueba, pero que si estaremos frente a un nuevo escenario. Ambiente en el cual, el ejercicio de sus nuevas competencias —limitadas por los principios de igualdad y defensa —no debe hacer perder al Juez su condición de árbitro objetivo" **(74)**.

Es importante reconocerle de forma expresa al juez en lo contencioso administrativo facultades amplias en la etapa probatoria, a los fines de resguardar el interés público que existe en acreditar los verdaderos hechos generadores del pleito, y así sostener la legalidad del actuar administrativo. Claramente ello encuentra su límite en no vulnerar el derecho de defensa de las partes.

Una futura reforma normativa del proceso contencioso sin dudas debería contemplar expresamente que el juez pueda o deba contar con instrumentos que le permitan desarrollar un rol activo dentro de la etapa probatoria del juicio, con el límite de no violentar la garantía de defensa de las partes. El desafío pasará por debatir si esas herramientas continuarán, y en su caso, si serán facultativas como hasta ahora **(75)** o bien pasarán a ser obligatorias para los magistrados.

IV. Conclusión

A través del presente trabajo se busca exhibir algunos aspectos del proceso contencioso provincial que deberían ser tenidos en cuenta frente una eventual reforma.

Puntualmente, es indispensable que se revea la oportunidad procesal para el ofrecimiento de la prueba, dado que actualmente ningún ordenamiento contemporáneo puede dejar margen alguno para que exista una mínima desigualdad entre las partes.

La tutela judicial efectiva consagra, entre otros aspectos, la posibilidad de ofrecer y producir prueba. Ese ofrecimiento debe ser pleno y dentro de un contexto normativo flexible que permita a las partes continuar aportando prueba una vez trabada la litis, y que su posibilidad no se agote con la primera presentación en juicio.

Su trascendencia radica en que, por la naturaleza propia del proceso contencioso, donde debe prevalecer la búsqueda de la verdad real y objetiva, resulta de suma importancia que las partes puedan en el juicio contar con plenitud para articular su ofrecimiento.

Finalmente, no podemos dejar de recalcar la importancia que tiene el juez contencioso dentro del proceso, en su calidad de custodio último de la legalidad y garante de la tutela judicial efectiva **(76)**, quien debe continuar detentando atribuciones expresas que le permitan dictar con amplitud medidas de mejor proveer, observando como límite no violentar el derecho de defensa de las partes.

---

ción le otorgará mayor celeridad al proceso y, al conferir al juez un rol activo, lo humanizará (SAMSÓN, Ernesto, SIMÓN PADRÓS, Ramiro y ROBBIO SARAVIA, Pablo, ob. cit., p. 34).

(74) FLORES ZÚÑIGA, Luis Diego, "La prueba en el nuevo Código Procesal Contencioso Administrativo", https://www.pgr.go.cr/publicaciones/la-prueba-en-el-nuevo-codigo-procesal-contencioso-administrativo

(75) Conf. art. 52 del CPCA.

(76) MERTEHIKIAN, Eduardo, ob. cit., p. 45.

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 nota de Raúl Luis Montero

1. — En el examen de legalidad del art. 10 *in fine* del 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 Con-

greso 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 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 razo-

nabilidad (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 "aislamien-

to 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 exponen-

cial 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 modificacio-

nes 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 título 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 conser-

vación 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 constitucional, 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 activida-

des 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 provincias 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 presencia-

les 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 deli-

cada 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 oca-

siona 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 consi-

deran 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 consenso. 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 fran-

quicia 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, en-

tonces, 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 pre-

cedentes 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 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.

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=Cj0KCQjwyZmEBhCpARIsALIzmnJ8c9H7QFsm7aGuBEgRpGnTTWtmmUb935769owxaNc37J2YbxHwvb8aAkOYEALw_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 es-

cuelas. 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.*

¿Qué federalismo nos depara el futuro?, o ¿el futuro nos depara federalismo?

Raúl Luis Montero

Sumario: I. Palabras iniciales.— II. Breves comentarios sobre la evolución del federalismo argentino.— III. La "desfederalización" o la frustración constitucional.— IV. Definiciones del fallo.— V. Tipos de federalismo.— VI. ¿Qué competencias corresponden sean reasumidas por los Estados miembros?, o ¿qué leyes del Congreso sobreviven al fallo?— VII. Palabras finales.

I. Palabras iniciales

Sin duda alguna el fallo de la Corte Suprema de Justicia nacional en los autos "Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c. Estado nacional (Poder Ejecutivo nacional) s/ acción declarativa de inconstitucionalidad" no es un fallo más, está destinado a ser uno de aquellos que se invocan para resolver diversas situaciones que se sometan a juicio; será citado e invocado por jueces de Primera Instancia, Tribunales, Cámaras, Tribunales superiores de Estados miembros, y claro está, por la propia Corte Suprema.

No pasó inadvertido al momento de su emisión y no pasará inadvertido en el futuro, sea este cercano o lejano. No solo es de interés para los hombres del derecho, sino que lo es también para los hombres de la política, para los del periodismo, y como pocas veces se observa, para el hombre de a pie. No sabemos si se lo invocará a ciento cincuenta años de su emisión, como ocurre con "Saladeristas" y "Plaza de Toros", pero creemos que existirán múltiples derivaciones de este pronunciamiento. Es por ello, que nos vemos motivados a escribir algunos párrafos a su respecto, y si bien son muchas las aristas desde las que el pronunciamiento puede ser abordado, a saber: el derecho a la educación, la obligación de los Estados miembros de asegurar la educación [primaria conforme el texto del art. 5º de la CN, o más allá de ella si adoptamos posturas menos exegéticas **(1)**], el derecho a educar (por parte del sector privado, y de los docentes), el derecho a la salud (tanto en su goce, como en lo relativo a la posibilidad de brindar salud como industria lícita), o el sistema federal y la distribución de competencias; a nosotros nos interesa hacerlo desde el punto de vista del citado "Sistema Federal", y en particular respecto del "Subsistema de Distribución de Competencias" y su funcionamiento.

Así entonces, realizaremos unos breves comentarios sobre la evolución del federalismo argentino, y lo que llamaremos "la desfederalización o la frustración constitucional"; para luego enunciar, a través del análisis de los votos, las que a nuestro criterio son las definiciones del fallo; a continuación, haremos una referencia a los distintos tipos de federalismo, tanto desde la perspectiva del derecho como desde la óptica del análisis económico del derecho, señalando las relaciones entre esas perspectivas. Luego de todo ello, nos preguntaremos como eje de este opúsculo: ¿qué competencias corresponderían sean reasumidas por los Estados miembros? y ¿qué leyes del Congreso debería considerarse que sobrevivirían al fallo? Ello, claro está, con la idea de reflexionar sobre qué nos depara el fe-

(1) Por ejemplo, teorías tales como la de la Constitución Viviente de Bruce Ackerman ("La Constitución Viviente", Ed. Marcial Pons, Madrid, España, 2011).

deralismo en el futuro, o si el futuro nos depara federalismo.

En las palabras finales, nos limitaremos a plantear ideas e interrogantes, muchos de los cuales ya se abran expresado en los puntos precedentes, y que en gran medida son prexistentes al fallo en comentario, pero definitivamente reavivados por él.

II. Breves comentarios sobre la evolución del federalismo argentino

Entendemos imprescindible realizar unos breves comentarios sobre la evolución del federalismo argentino, obviamente no pretendemos en este reducido espacio desarrollar una teoría al respecto; pero, si queremos efectuar, podríamos decir, un punteo de diferentes "hitos", sean estos fácticos o teóricos, que constituirán el "iter" que nos coloca en el estado actual de las cosas respecto de nuestro sistema federal.

Como todo lo relativo y concerniente al derecho público argentino, entendiendo por este tanto al producido por el Estado Federal, como por los Estados Miembros, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los municipios debemos retrotraernos a los antecedentes coloniales **(2)**. Ellos marcaron a fuego a nuestra sociedad, a nuestras instituciones y nuestro derecho, por más que se esfuercen algunos teóricos en minimizar o directamente descartarlos de los análisis, esos antecedentes nos persiguen, dado luces y sombras sobre nuestro federalismo.

Dentro de este período deben distinguirse dos etapas bien marcadas, la de los Austrias o Habsburgos (Carlos I, Felipe II, Felipe III, Felipe IV y Carlos II) que va desde el descubrimiento de estas tierras hasta 1700, y la de los Borbones (Felipe V, Luis I, Fernando VI, Carlos III, Carlos IV y Fernando VII), desde 1700 a 1810. Si bien Fernando VII no ejercería la Corona entre 1808 y 1813, a los fines de este trabajo, extendemos la etapa borbónica hasta 1810. Prescindimos de la Casa de Bonaparte (José I —1808 a 1813—) porque los efectos de ese reinado podrían analizarse desde el punto de vista filosófico, político y hasta constitucional [por la Constitución de 1812 —más conocida como La Pepa **(3)**—], pero no en lo referente al federalismo.

Si bien compartimos en líneas generales el desarrollo y las ideas de Juan Bautista Alberdi en torno a esta etapa, que fundamentalmente plasmó en *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina* y *Derecho público provincial argentino*, tenemos nuestras diferencias, tanto respecto de su análisis de los antecedentes provenientes de esta etapa, como en cuanto al modelo de federalismo que propugnaría en el primero de los trabajos citados, del que podría sostenerse intentó matizar en el segundo, en el cual pone énfasis en las competencias materiales reservadas por los Estados miembros, mientras que procura minimizar las delegadas al Estado Federal, valiéndose para ello de algunas argumentaciones e interpretaciones sobre la Constitución Federal que a lo largo del desarrollo del trabajo mencionaremos. Volviendo a su tratamiento de los antecedentes del período hispano, es en el primer trabajo citado donde enuncia los antecedentes federales y unitarios del período monárquico de manera expresa, lo hace en el numeral "XVII Bases y puntos de partida para la constitución del Gobierno de la República Argentina" **(4)**. Mientras que, en el segundo, de forma implícita lo efectúa en el punto VI del cap. II, que bajo el título "Leyes y tradiciones políticas anteriores a la Revolución de 1810" **(5)** analiza la importancia y rol del Cabildo **(6)** en esa etapa. Al enumerar los antecedentes unitarios, Alberdi los subdivide en coloniales y patrios; mientras que los federales los enumera en un único listado **(7)**. No

(2) En realidad, ocurre lo mismo con el derecho Privado; basta leer las notas de Vélez al Código Civil para observar la presencia de la legislación española para la américa.

(3) Aquella, que al ser vivada por el pueblo español sería el origen del popular dicho "viva la pepa".

(4) ALBERDI, Juan Bautista, "Bases y Puntos de Partida para la Organización Política de la República Argentina", Ed. Plus Ultra Arg., Buenos Aires, ps. 111-119.

(5) ALBERDI, Juan Bautista, "Derecho Público Provincial Argentino", Ed. Ciudad Argentina Arg., Buenos Aires, ps. 55-66.

(6) Término cabildo deriva en el latín capitulum, es decir, a la cabeza y el término concejo (nombre que se daba al cuerpo legislativo municipal) deriva del latín concilium, es decir, reunión.

(7) Podríamos decir, a manera de ironía, como dice el dicho: Separado se escribe todo junto, y todo junto separado.

podemos saber si esa diferencia, en un hombre profundamente sistémico **(8)**, tuvo intencionalidad o no, si fue fruto del apuro con que escribía esa obra **(9)**, o si intentaba bajarles el precio a los antecedentes federales; tengamos presente que el sistema que consagraría en su proyecto constitucional fue, por decirlo de alguna manera, bien poco federal. Ahora bien, en esa enumeración el prócer no efectúa ninguna distinción entre los periodos que enunciáramos, siendo que en nuestra opinión deberían considerarse. Así, la organización institucional de la que los Austrias dotaran a las tierras en las que se asentaban, como sus prácticas de gobierno constituye un antecedente de federalismo, en ese sentido cabe decir que el respeto de la diversidad fue el mayor legado al federalismo, Daniel Larriqueta lo dice en estos términos "...serán dos Españas" **(10)**.

"Esta paradoja dialéctica de *la unidad en la diversidad* es el galimatías mayor de la historia política de la Comunidad Hispana. Los reyes de España y su clase dirigente realizarán un verdadero prodigio para mantener del inmenso imperio durante nada menos que tres siglos. Y con más o menos astucia aplicaran ora *el criterio de diversidad* iniciado por Isabel de Castilla..." **(11)**.

En nuestro entendimiento serán los monarcas de esta casa real los que con el objeto de consolidar el Imperio Universal realizaron los mayores esfuerzos en ejercer la autoridad de forma tal que no quebrara la unidad imperial, siendo su organización más política que administrativa y permitiendo el florecimiento del Cabildo como principal herramienta institucional de su sistema. En cambio, los Borbones, franceses ellos, y afrancesados en su estilo de organización y administración, dieron al Imperio una forma más administrativa que política; prueba de ello son la nueva división de los dominios de ultramar (reordenación de los virreinatos —con creación de nuevos y de capitanías generales—) y la "Real Ordenanza de Intendentes" de 1782 de Carlos III **(12)**. La influencia de la norma jurídica citada se mantendría hasta nuestros días, de manera particular un término hasta ese entonces, utilizado en el derecho público francés, no en el Español, nos referimos al término "intendente", cuyo uso se generalizó en la Argentina moderna para identificar al jefe de Gobierno municipal **(13)**; recordemos que en los tiempos del Cabildo las denominaciones utilizadas para distintos cargos del nivel de estatalidad municipal eran "Regidores", "Alcaldes", "Alguaciles", "Alférez", "Síndicos" y "Procuradores", entre otras. El término "intendente" era extraño al derecho municipal; era sí, una de dos cosas, la forma en que se denominaba a los funcionarios reales que reemplazaron a los gobernadores de los tiempos de los Austrias, o a los encargados del mantenimiento y limpieza de edificios; prueba irrefutable de esto último es el "Oficio del Cabildo de Buenos Aires" del día 11 de enero de 1811 requiriendo la Creación del Gobierno-Intendencia de Buenos Aires **(14)**. Estamos convencidos de que "la terminología" desnuda lógicas, y en este caso, sin lugar a duda, centralista (esas gobernaciones-intendencias eran dependencias administrativas; aunque en el citado Oficio, se observa cierta idea de distribución de competencias).

(8) Ver las obras de CANAL FEIJÓO, Bernardo, "Constitución y Revolución" y "Alberdi. La Proyección Sistemática de la Revolución de Mayo" (Ed. Fondo de Cultura Económica Arg., Buenos Aires, 1955 y Ed. Losada Arg., Buenos Aires, 1961, respectivamente).

(9) Dos obras más vieron la luz por aquellos años con la similar finalidad, influir en el Congreso Constituyente, se trata de "Argirópolis" de Domingo Faustino SARMIENTO y "Cuestiones Argentinas" de Mariano FRAGUEIRO.

(10) Idea que reaparecerá durante los días de la Revolución de Mayo; la España Americana, es una distinta a la España Española.

(11) LARRIQUETA, Daniel, "La Argentina Renegada", Ed. Sudamericana Arg., Buenos Aires, 1997 p. 23. El destacado nos pertenece.

(12) Algunos autores creen ver en la citada Real Ordenanza un antecedente del federalismo, en nuestro criterio es todo lo contrario. No debe confundirse antecedente del federalismo, con el hecho que sobre su diseño geográfico se constituyeran los actuales Estados miembros de la Federación Argentina, si se observa la división territorial de las Intendencias, veremos que se corresponden con las provincias y no con los cabildos. Además, los intendentes reemplazaron a los gobernadores.

(13) Reiteramos que en esa norma los intendentes ejercían las funciones de los anteriores gobernadores, no las de los Cabildos.

(14) "Nueva Recopilación de Leyes y Decretos de la Provincia de Buenos Aires", Ed. Imprenta del Mercurio, Buenos Aires, 1877, ps. 108-110.

Alberdi hace énfasis en este período en los antecedentes de unidad, por ejemplo, en la unidad de legislación, fundamento de la atribución del actual inc. 12 del art. 75; no compartimos las conclusiones de esa postura **(15)**, por el contrario, si estudiamos lo que ocurría en América con esa legislación se observará que cada parte del Gobierno hispano la aplicaba o no, según sus pareceres, los que en general eran el fruto de las discusiones públicas llevadas adelante en los Cabildos. Cada gobernador o virrey recurría a los Cabildos para legitimar su poder. Vale aquí la pena recordar la guerra civil de los hermanos Pizarro y los Almagro, que se vio atizada entre otras razones por la aplicación o no de una serie de Decretos Reales de Carlos I (V de Europa) inspiradas en las prédicas de Fray Bartolomé de las Casas. Respecto de estas decretos sostiene un historiador español que eran "...muy buenos en sí, pero desde luego hechos para no ser cumplidos", que "[e]ran grandes las discusiones acerca de la *legalidad de los decretos...*", que "[l]etrados había que afirmaron cómo *no incurrían en deslealtad ni crimen por no las obedescer,* cuanto más por suplicar dellas, diciendo que *no las quebrantaban, pues nunca las habían consentido ni guardado; y no eran leyes ni obligaban las que hacían los reyes sin común consentimiento de los reinos que les daban la autoridad,* y que *tampoco puedo el Emperador hacer aquellas leyes sin darles parte a ellos,* que eran el todo de los reinos del Perú;..."; "Y que ni era ley, ni habían de aconsejar al Emperador que firmase otra..."; señalando finalmente el autor que "...iguales disgustos que en el Perú ocurrían en Méjico y Santo Domingo" **(16)**. También es digno de resaltar que en ese contexto Gonzalo Pizarro "...se dejó proclamar capitán general y procurador general por los soldados y los cabildos de Cuzco y otras ciudades" **(17)**.

De lo expuesto se puede concluir que la administración en América **(18)** en la época de los Austrias aún transitaba entre el sistema medieval (muchas veces caracterizado como un federalismo dada la retención de poder y competencia por los señores feudales) y el absolutismo (de características centralistas); obsérvese que el texto habla de "estos reinos" lo que implica una separación jurídica de los Reinos de Castilla y Aragón, primero, y de España desde la unificación de las dos coronas. Con los Borbones este esquema de "reinos" desaparecería frente a la "división administrativa de los Virreinatos"; los virreyes ya no reinarían en estos Reinos en nombre de rey, sino que serían funcionarios administrativos del Virreinato. Podríamos decir que con los Borbones se abandonaba el criterio de diversidad que rescataba Larriqueta.

Ahora bien, a pesar de la evolución en dirección a un estado absolutista y a pesar de los Borbones en América se mantuvo vigente el sistema instaurado durante el descubrimiento se sostuvo, en particular desde el punto de vista sociológico y humano; así rápidamente aparecieron en las américas los cuyanos, los puntanos, cordobeses, arribeños y abajeños, entre cientos de gentilicios desde el Cabo de Hornos hasta gran parte del territorio del actual EE.UU. (que también formaba parte del Imperio Hispánico). Así, cada Reino en la América (luego Virreinato), mantuvo entre sí una gran independencia, y dentro de ellos sus regiones o gobernaciones la mantenían entre sí y con el Reino que integraba; así como también, cada Cabildo mantenía esa independencia de la Gobernación y Reino.

---

(15) Y lamentamos sus consecuencias, dado que ha sido mediante la puesta que abrió a través del citado inciso el hueco por el que el unitarismo se impuso en la Argentina.

(16) OPISSO, Alfredo; "Historia de España y de las Repúblicas Latinoamericanas", Ed. Gallach, Esp. Barcelona, t. 12, ps. 106-108. El destacado nos pertenece.

(17) OPISSO, Alfredo, ob. cit., p. 203.

(18) No debemos dar a los eventos en América el mismo sentido de lo que ocurría en España, dado que ambos procesos son diferentes; en el viejo continente se asistía a la agonía de los "fueros municipales" y de las "competencias de los cabildos", siendo su último acto de resistencia la revuelta de los "Comuneros" o "Guerra de las Comunidades" de 1520 a 1522, mientras que en América el Cabildo florecía y se constituía en un ámbito de vida democrática. Vale, aclarar, que tampoco existía identidad absoluta entre los comuneros españoles y los americanos; aquellos, más bien eran una clase aristocrática (hay quienes sostienen que se trató de la primera revolución burguesa), mientras que los americanos eran el pueblo llano.

En el territorio del Virreinato del Río de la Plata **(19)** dos sucesos marcan la persistencia de las lógicas en disputa en la ya citada Guerra Civil del Perú; se trató de los levantamientos de los "Comuneros del Paraguay" y los "Vecinos de Corrientes" **(20)**. Los comuneros del Paraguay constituyeron un movimiento cívico que estalló contra las políticas centralistas españolas en 1721, téngase presente que tan solo habían pasado veinte años desde que los Borbones se encontraban al frente de gobierno español. El "Común" era un funcionario elegido por el pueblo, de ahí el nombre de la sublevación que fuera conducida por los representantes del pueblo. El exacerbado centralismo borbónico se topó en América con un pueblo acostumbrado a gobernarse por sí mismo en una importante cantidad de áreas o materias de la vida pública, ese encuentro género que entre 1721 y 1734 el movimiento comunero cobrara una fuerza inusitada y llegara a establecerse un gobierno comunero, que no logró consolidarse en un principio, pero que finalmente fue derrotado. Por aquella época los correntinos también se sublevaron a instancias de los comuneros, sublevación que treinta años más tarde provocaría otra más, esta vez identificada bajo el nombre de "los vecinos de Corrientes", sublevación que también llevaría a la instauración de un gobierno de la vecindad entre 1762 y 1764.

Como se puede ver, la persistencia de ciertos "aspectos de autogobierno", y particularmente a nivel de los cabildos, nunca desaparecieron de la América hispana, cosa que sí ocurrió en la España europea; así puede explicarse nuestra diferencia de apreciación con Alberdi.

Francisco Ramos Mejía nos trae otra mirada sobre el fenómeno de formación del federalismo argentino, fundada en un profundo estudio de la historia de las instituciones de España, rescata el "particularismo" que siempre reinó en ella hasta el momento en que se lanzó a la epopeya de colonización de gran parte del globo, y destaca el carácter federativo de aquella organización política **(21)**. Luego sostenía que tales caracteres se trasladaron a la América, y cimentaron el federalismo (antes había analizado la importancia de la "ciudad española", la que también fue trasladada a América). El autor nos aporta un elemento en general no analizado dentro de los antecedentes federales; se trata de como el "particularismo" instalado en América mediante la labor fundacional que los conquistadores iban desarrollando, cada uno dictando leyes y formulando organizaciones bajo la influencia de sus antepasados locales de la España. Sostiene en ese desarrollo que "...los productos del mismo pueblo fueron distintos en las diversas secciones del continente americano; en el Perú distintos del de Chile; en el país argentino distinto del de ambos: del de todo el resto de la América podríamos decir..." **(22)**. Ahora bien, la razón del sostenimiento de la idea de un especial y único particularismo argentino la funda a partir de un proceso que solo se verifica tan profundamente en esta parte del continente; se trata de la ocupación del territorio argentino por tres corrientes distintas, las del Perú, la de Chile y la del Río de La Plata. Decía Ramos Mejía: "La conquista y población del país que hoy forma la República Argentina se hizo por tres puntos distintos. Por el lado del Perú y por enviados del virrey de Lima, como Núñez del Prado, Cabrera y otros; por Chile con Villagrán, Aguirre y Castañeda, no solo en la parte comprendida en la Gobernación, como la provincia de Cuyo, sino en la que dependía directamente del virrey de Lima, de cuya jerarquía hacían caso omiso; finalmente por el Río de La Plata.

"No fue, pues, un acto único que partiera de un centro común y al que sucesivamente fueran

(19) También hubo un movimiento similar en Nueva Granada (Actual, Ecuador, Colombia y Venezuela).

(20) Recomendamos la consulta de la valiosa obra del Dr. GUARESPI, Juan José (h), "La Guerra de las Comunidades. El Federalismo Argentino", Ed. Juárez Arg., Buenos Aires, 1970. En dicha obra analiza las guerras de las comunidades en España y en América, efectuando una comparación entre los levantamientos de Castilla, Paraguay, Corrientes, Perú, y Nueva Granada (a los que también dedica un capítulo en cada caso). En el caso del levantamiento de Nueva Granada, cita de Germán Arciniegas, y pone de resalto como en 1781 el rol del Cabildo Abierto, el que conforme el principio revolucionario que postulaban era la fuente de la autoridad del Pueblo (ver p. 152).

(21) RAMOS MEJÍA, Francisco, "El federalismo argentino. Fragmentos de la Historia de la Evolución Argentina", Ed. La Cultura Argentina Arg., Buenos Aires, reedición de 1915, ps. 93-111.

(22) RAMOS MEJÍA, Francisco, ob. cit., p. 115.

agregándose las porciones adquiridas constituyendo así una unidad territorial. Fué, por el contrario, el resultado de la acción parcial de tres entidades, que aunque procedían en nombre de un soberano único y que tenían una lengua y una tradición común, obraban de una manera independiente y por cuenta propia, constituyendo así tres grupos de territorio en quienes todo brillaba menos la unidad. Tres grupos poblacionales que se miraban con despego por su propia índole, por las particularidades del país y a quienes una política de desconfianzas y de egoísmos aislaba por sistema" **(23) (24)**.

Ya en tiempos de la Revolución de Mayo, entendemos que el primer antecedente del federalismo lo produce, de manera consciente o inconsciente, Juan José Paso en el Debate del Cabildo Abierto del 22 de Mayo cuando al responder a la crítica que el fiscal Villota realizara a la postura de Juan José Castelli, argumentó que el Cabildo de Buenos Aires se encontraba habilitado para reasumir la autoridad y formar gobierno provisorio, invitando luego a los demás Cabildos a enviar representantes para formar gobierno permanente. En líneas generales, las discusiones del Cabildo Abierto del 22 de mayo de 1810 no son ni más ni menos que la evolución doctrinaria y filosófica de aquellas que se dieron en todo el territorio americano en tiempos de Carlos I, y en los levantamientos de los Comuneros del Paraguay y los Vecinos de Corrientes; sobre todo en lo relativo al autogobierno y a la titularidad del poder **(25)**. Opisso, en la obra ya citada al abordar el "Alzamiento de Buenos Aires" sostendría: "Reunidos secretamente Belgrano, Ocampo, Terrada, Thompson, Irigoyen, Beruti, Chiclana, Paso, los hermanos Vieytes, Agustín Donado, Cornelio Saavedra, Viamont, Balcarce y Martín Rodríguez, acordaron se convocase a una asamblea general, o cabildo abierto, a la que debían asistir los notables y funcionarios, además de los alcaldes y regidores.

"El resultado fue, salvo la oposición del obispo Lue, proclamar la caída del poder español y español y de las autoridades que lo representaban; el pueblo se arrogaría la soberanía del monarca y se constituiría un gobierno defensor de sus derechos" **(26)**.

Es importante entender y recordar que el Cabildo Abierto del 22 de mayo de 1810 decidió lo que decidió en virtud del "principio-dogma de la soberanía del pueblo". Debe entendérselo porque constituye el principio filosófico sobre el que se estructura todo nuestro sistema de derecho, y debe recordárselo porque en caso contrario se corre el riesgo de desestructurar el sistema sosteniendo principios extraños a él. En nuestra opinión, es precisamente el cambio de sentido dado al término soberanía uno de los instrumentos mediante los cuales se bastardeó y anuló lo federal del sistema de 1853/1860.

El segundo antecedente estaría dado por el cumplimiento de la palabra dada en el Cabildo Abierto del 22 al invitar la Primera Junta a los demás Cabildos del interior a enviar representantes. El día 27 de mayo se despachó una circular en la que se invitaba a todas las regiones del país a reconocer al nuevo gobierno y a elegir diputados. La elección debía ser efectuada por los Cabildos y, asimismo, previó que debía quedar "...entendido que los Diputados han de irse incorporando en esta Junta conforme y por el orden de su llegada a la capital, para que así se hagan de la parte de confianza pública".

El tercer antecedente, y sin dudas el más importante, será la discusión que concluyó con la incorporación de los representantes del interior

(23) RAMOS MEJÍA, Francisco, ob. cit., p. 116.

(24) A esa formidable complejidad, en la evolución de nuestro federalismo habrá de agregarse en los siglos XIX y XX la llegada de inmigrantes italianos, de españoles modernos (que en muchos aspectos muy poco parecidos a los de los siglos XIV y XV); la de la búsqueda de los intelectuales en modelos extranjeros y extraños; y, por último, también deberíamos evaluar las nuevas corrientes migratorias provenientes de los países latinoamericanos (fundamentalmente paraguayos y bolivianos).

(25) No abordaremos en profundidad el aspecto "democrático" que subyace en las Instituciones trasladadas a América por los Austrias, en particular el Cabildo; pero no podemos dejar de señalarlo, y sobre todo, del dogma de la "soberanía popular" en los términos de Francisco Suarez.

(26) OPISSO, Alfredo, ob. cit., p. 167. Obsérvese que, a pesar de no ser abogado el historiador, con toda claridad indica la asunción de la soberanía por parte del pueblo. También vale la pena señalar la cita de algunos apellidos casi desconocidos para nuestra historia, la no castellanización del apellido del Viamonte, y la ausencia de Moreno.

y la formación de la Junta Grande **(27)**. En esa discusión, Juan José Paso, a pesar de sus argumentos del día 22, votaría en contra de la incorporación de los representantes del Interior a la Primera Junta (debate del 18 de diciembre).

Respecto de estos hechos acaecidos a partir del 22 de mayo de 1810 es muy curioso como la doctrina, tanto desde el punto de vista histórico como jurídico no analiza el carácter federativo subyacente. Es aún más llamativo en el caso de Juan Bautista Alberdi, dado que él reconoce, en el ya citado trabajo destinado al estudio del derecho público provincial argentino, el rol del Cabildo como resguardo de la vida democrática en toda la América Española, pero nada dice del principio federativo subyacente en esos hechos; como tampoco nada señala respecto del principio centralista esbozado por quienes se oponían a la incorporación de los Diputados del Interior (fundamentalmente M. Moreno). Una excepción a esta tendencia de la doctrina la constituye Carlos Octavio Bunge, quien en su trabajo *El federalismo argentino* entre las ps. 29 y 70 dedica especial atención a los antecedentes federativos del periodo que va desde el 22 de mayo de 1810 a 1812. Puntualmente, respecto del 22 señala, también sorprendidos como nosotros, el hecho de que Paso acompañara con su voto la postura de Mariano Moreno, a pesar de haber sido quien sostuvo la tesis ya citada de *negotiorum gestor* para justificar la potestad del Cabildo de Buenos Aires.

Vale la pena transcribir algunos párrafos de Bunge para observar cómo los partidos del "porteñismo" y del "interior" se encontraban definidos rápidamente desde las primeras jornadas de mayo. Decía el autor: "El decreto de 6 de Diciembre, fue aquella inspiración famosa del patriota Moreno, brazo y cabeza del porteñismo revolucionario, destinado á asestar un golpe de maza á la persona que podía considerarse como primera entidad del provincialismo, á Saavedra. Eran dos verdaderos partidos políticos los que ya se diseñaban vagamente en los libros de historia, á los cuales hemos dado esos dos nombres por sus antecedentes, y que pueden considerarse como factores eficientísimos de los futuros unitarismo y federalismo" **(28)**, y que "...los miembros del naciente partido de Saavedra y Funes, provincianos celosos de que el incremento excesivo del poder dela capital no ahogara la libertad de una democracia perfecta en el territorio, democracia antagónica á toda idea de hegemonía ó absorción del más débil por el más fuerte. Bajo este punto de vista Saavedra y Funes personificaban las ideas verdaderas destinadas a triunfar en el futuro, y Moreno puede considerarse como un mártir ilustre de sus nobles sentimientos de amor patriótico, que parecían encarnar la idea de la patria en la prepotencia de Buenos Aires" **(29) (30)**.

Volviendo a los antecedentes, los posteriores se nos hacen más conocidos, las instrucciones de Artigas y el Proyecto de Constitución de 1813; este, a diferencia de lo que ocurría cuarenta años más tarde no sería una Constitución dada por Estados independientes que se reconocían como integrantes de una unidad sociológica llamada Argentina, sino que sería la adopción de un sistema federal por parte de un Estado Nación existente **(31)**. Si se analiza el citado proyecto se observarán aspectos propios del sistema federal combinados con otros propios del sistema unitario; ello se explica por el hecho de ser una Constitución que era dada por

(27) En este debate encontramos a Mariano Moreno oponiéndose a tal incorporación, lo que lo transforma en el primer vocero de lo que a la postre sería el unitarismo o el centralismo, y a Cornelio Saavedra, algunos de los principios que luego serían parte del ideario federal.

(28) BUNGE, Carlos O., "El Federalismo Argentino", Ed. Imprenta de Martín Biedma e hijo Arg., Buenos Aires, 1897, p. 32.

(29) BUNGE, Carlos O., ob. cit., p. 38.

(30) Podríamos seguir trascribiendo párrafos que acreditan el claro antecedente federal del grupo que encabezaba Saavedra, como sí también su carácter "popular", frente al carácter unitarista, centralista y "aristocrático" del grupo liderado por Moreno. Creemos que con los dos párrafos transcriptos alcanza, solo diremos que los hechos del 5 y 6 de abril son la contundente prueba de que Saavedra representaba a los sectores populares llamados "orilleros" y que Moreno en tiempos de la colonia era el "Representante de los Hacendados". Por último, coincidimos con Bunge en que ambos patriotas eran republicanos y democráticos, que deben ser puestos en altar de los hombres que sacrificaron todo por amor a la libertad, pero no la propia, sino la de todos sus compatriotas.

(31) Que se extinguiría en 1820 y 1827, luego de la ley de Presidencia.

un gobierno general **(32)** y no establecidas por Estados que se asociaban por ella; además claro está, por la poca experiencia existente hasta ese momento.

Definitivamente conocidos son los antecedentes que se desprende de la formación de las provincias a partir de 1815 **(33)**, la sanción de sus Constituciones **(34)**, el Pacto Federal de 1831, y el acuerdo de San Nicolás de los Arroyos.

Respecto de estos tratados debemos señalar que constituye un caso peculiar en la ciencia del Derecho Constitucional, a saber, normalmente se sostiene que el Poder Constituyente Originario es ilimitado, modernamente se le reconocen límites sociológicos; ahora bien, el Poder Constituyente Originario Argentino de 1853, se encontraba "limitado normativamente" **(35)** por el Pacto Federal y el Acuerdo de San Nicolás que le imponían la obligación de establecer un sistema federal.

Con lo dicho en los párrafos precedentes y la adhesión al resto de los antecedentes federales que surgen de las enunciaciones de las obras citadas de Juan Bautista Alberdi puede considerarse completo el cuadro de estos hasta 1853; ellos forman parte de la "evolución del federalismo" argentino que en este punto tratamos de describir.

Con la Constitución de 1853 se establecería un sistema que, si bien presenta elementos de federalismo, claramente era un sistema que ponía el eje en lo "nacionalizante", lograr la unidad nacional primó sobre el respeto al sistema que todos los "Estados Independientes" llamados "provincias" se habían obligado a "constituir" mediante el Pacto Federal de 1831.

La Reforma de 1860, curiosamente impulsada por los "porteños" traería varias mejoras al sistema e intentaría de alguna manera "federalizar" la Carta Magna; no alcanzaría, la Constitución seguía siendo "nacionalizante". Ponemos de resalto que los porteños, que fueron impulsores del sistema unitario, tanto en lo teórico como en la práctica (Rivadavia y Rosas), al reincorporarse a la República Argentina propiciaran un sistema más federal. Lo resaltamos, dado que estos momentos, con sus más y sus menos, aquello parece repetirse; de hecho, el fallo que origina estas líneas se debe al intento del gobierno porteño de defender algunos principios y de poder practicar el federalismo en alguna materia (en este caso la vinculada a la obligación de asegurar la educación) **(36)**. Ahora bien, no nos confundimos en esto, en aquellos tiempos los porteños trataban de mantener cierta "autonomía" frente al gobierno federal, cierto estado de cosas que los había favorecido durante los años de separación, no se trataba en definitiva de una defensa del federalismo o de un intento de instalarlo.

(32) El Reglamento Provisional dictado por el General don Manuel Belgrano el día 30 de diciembre de 1810 para los Pueblos de Misiones, presenta ya con claridad los tres niveles de estatalidad (Nación, Provincia y Cabildo —municipio—).

(33) Las provincias se formarían, en buena medida, en rededor del Cabildo de la Capital de la Gobernaciones Intendencias y de las Juntas Provinciales creadas por la Junta Grande el 10 de febrero de 1811. La doctrina niega a esta creación el carácter de antecedente federal dado que solo ejercían las competencias de los anteriores gobernadores intendentes (los que más bien eran funcionarios desconcentrados del poder central), pero lo que es innegable es su carácter de antecedente en la formación de las provincias.

(34) El Estatuto Provisorio de Santa Fe de 1819, la Constitución de la República del Tucumán de 1820, el Reglamento Provisorio de Córdoba de 1821, el Reglamento Provisorio de Corrientes de 1821, la Constitución de Salta de 1821, el Estatuto Provisorio de Entre Ríos de 1822, el Reglamento Constitucional para la Nueva Provincia de Catamarca de 1823, la Carta de Mayo de San Juan de 1825, el Proyecto de Constitución de Buenos Aires de 1833 (promovido por Balcarce y sepultado por el Tirano Rosas) y la Constitución de Jujuy de 1835.

(35) No es necesario explicar que los pactos, acuerdos o tratados, según la terminología utilizada en aquellos tiempos, constituyen normas jurídicas.

(36) Respecto de los "porteños" del S. XIX, debemos señalar que los mismos se integraban por los actuales "porteños" y "bonaerenses" lo ponemos de resalto porque en el líneas generales, lo "nacionalizante" o "unitaristas" se encuentra muy enquistado en los bonaerenses, que son centralistas para arriba (constantemente consientes la transferencia de competencias y jurisdicción a la Nación) y para abajo (permanentemente toleran la absorción de competencias típicamente municipales por parte del gobierno provincial). También podríamos o deberíamos decir que son bastante poco republicanos, dado que toleran la concentración de facultades en el Poder Ejecutivo, en desmedro del Legislativo.

Distintas prácticas jurídicas y políticas a lo largo de la segunda mitad del siglo XIX, de todo el siglo XX, y de lo que va del siglo XXI profundizarían constantemente esa tendencia. Varios serían los mecanismos mediante los que ese proceso "unitarista" se verificaría; una persistente "desinterpretación" de la Constitución, la doctrina, la jurisprudencia, la ley, la actuación de facto del gobierno federal, la omisión de los gobiernos de provincia, y la tolerancia de las sociedades locales serían componentes esenciales de lo que llamamos la "desfederalización". La misma reforma constitucional de 1.994, bajo la declarada voluntad de "federalizar la constitución" hizo todo lo contrario.

En conclusión, y siguiendo las ideas expuestas por Bernardo Canal Feijóo, entendemos que la vida genuinamente federal nunca existió, que "[s]e ha hablado siempre del federalismo argentino como de algo que existiera, o hubiera existido en algún momento. En realidad, y nada más que por brevísimo tiempo, solo hubo cierta lucha por un federalismo a lograrse, que pronto queda malograda para siempre. La improvisación de las autonomías provinciales, entre 1815 y 1821, para resistir el hegemonismo de Buenos Aires... y los famosos 'pactos interprovinciales', ilustran etapas de ese movimiento federalista hasta 1831, en que queda detenido por el turno rosista, hasta la Constitución de 1853 que lo descarta formalmente..." **(37)**.

III. La "desfederalización" o la frustración constitucional

En el punto anterior intentamos, en prieta síntesis, describir la evolución del federalismo argentino, y en ese andar concluimos en que nunca había existido, sino solo en esbozos que se practicaron durante ciertos períodos. Dada las dimensiones de un trabajo como este solo es posible realizar mediante el método retórico, una síntesis de esa evolución, y no se trata de una contradicción, utilizamos la retórica para explicar cómo los dos sistemas en pugna se sintetizaron en uno, el modelo alberdiano, y lo hacemos en pocas páginas.

Visto desde estos tiempos, paradójicamente, el primer golpe al federalismo fue la supresión de los Cabildos, la supresión de la vida municipal constituyó el mecanismo mediante el cual los ciudadanos se convirtieron en habitantes, o mediante el cual los titulares del poder se transformaron en súbditos nuevamente; a Rosas y su sistema de restauración de las leyes del tiempo de la monarquía se le olvidó la "restauración del Cabildo", sabía que su sistema no se podía mantener si existía la democracia, era un tirano y consolidó su sistema mediante un centralismo tanto en lo interno como en lo externo, desde la ausencia de vida democrática municipal y el estrangulamiento económica de las demás provincias. Así el federalismo se transformó en un término vacío de contenido, decía Domingo Faustino Sarmiento que "...Rosas ejerce de hecho, hace mucho tiempo, un poder ilimitado sobre todas las administraciones de las provincias argentinas; que él pone los gobiernos y que él quita; y que por medio de ellos manda a todos los rincones del país, como manda en la plaza de Buenos Aires" **(38)**. Un dato importante a los fines de explicar esta sujeción de las provincias (por aquella época, verdaderos Estados independientes en términos jurídicos) es la economía productiva y los ingresos estatales derivados de los tributos; efectivamente, las guerras de la independencia y la civil destruyeron las economías del interior, las rutas comerciales de los tiempos del Gobierno de España, otrora activas, ya no veían el paso de las mercaderías del interior y lo poco que salía o entraba a las provincias solo beneficiaba a Buenos Aires mediante su aduana. Así, despobladas **(39)** y pobres, las provincias fueron presas fáciles de Buenos Aires **(40)**; en ese esquema, el levantamiento de

(37) CANAL FEIJÓO, Bernardo, "La Frustración Constitucional", Ed. Losada Arg., Buenos Aires, 1958, p. 15.

(38) SARMIENTO, Domingo F., "Política de Rosas", Ed. Jackson Arg., Buenos Aires, p. 23.

(39) En este aspecto debemos señalar que el interior soportó los costos humanos de la prolongada guerra de la independencia y la guerra civil. Debe recordarse que para cuando las provincias de Buenos Aires y del Litoral ya no participaban de la Guerra de la Independencia, las provincias de Cuyo y el Norte sostenían la guerra, tanto económicamente como con su sangre; debe recordarse que el General Martín Miguel de Güemes moría en junio de 1821 y que la guerra continuó en el Alto Perú hasta 1825.

(40) Para profundizar en los aspectos económicos ver, BURGIN, Mirón, "Aspectos Económicos del Federalismo Argentino", Ed. Solar-Hachette Arg., Buenos Aires, 1969.

Justo José de Urquiza concluyó más en la búsqueda del fin del sistema tiránico que la instauración final de un federalismo verdadero.

Ese sistema se formalizaría en la Constitución de 1853, obviamente sin el componente tiránico, la estructura de la carta magna estaría muy lejos de las intenciones del Pacto Federal y más cerca del "...estado de cosas..." rosista **(41)**. Como señalamos antes, la Reforma de 1860 intentaría reforzar los escasos mecanismos federales que contenía la Constitución, introducir algunos, y suprimir mecanismos unitaristas como era la aprobación de las Constituciones de los Estados Miembros por parte del Congreso nacional; de poco valdría, el contexto y la evolución en el tiempo consolidaron un sistema unitario que alcanzaría niveles de centralización mayor al de algunos estados unitarios como España o Italia, donde las autonomías existentes hoy día son mayores a las de nuestros Estados miembros.

De manera inmediata a la sanción de la Constitución en 1853, y con mucha fuerza a partir de 1860, otro fenómeno afectaría al "federalismo argentino", este no producirá efectos que hagan al sistema menos federal, pero afectará su "originalidad", introduciendo cambios en su fundamentación y justificación, nos referimos a como los constitucionalistas y estudiosos del derecho público explicaran nuestro federalismo. Así, a partir de Sarmiento, pensadores varios, entre los que se encuentran Mitre, Vélez Sarsfield, Nicolás Calvo, y Del Valle, entre otros, sostuvieron que nuestra carta magna nacional era el resultado directo de la influencia de la Constitución de Estados Unidos de Norte América **(42)**. Si bien, reiteramos, este fenómeno no afectó al federalismo de la Constitución (por el contrario, implicó una fuerte defensa), lo ponemos de resalto porque tiempo después otro fenómeno de transnacionalización de los fundamentos si afectaría al federalismo, nos referimos a la influencia del derecho administrativo francés, el que obviamente al tratarse de un derecho administrativo unitario sirvió a los fines de la "unitarización".

Volviendo a la cuestión central de este punto, poco a poco se fue afirmando la tendencia "nacionalizante", por ejemplo con el uso de los términos "gobierno nacional" en vez de "gobierno federal", es digno de resaltar que la Constitución utiliza mayoritariamente estos últimos y muy poco los primeros, y que conforme la estructura de la Constitución las "Autoridades de la Nación" son tanto el "Gobierno Federal" como los "Gobiernos de provincia"; efectivamente, la Segunda Parte de la Constitución, comúnmente llamada parte orgánica, se titula Autoridades de la Nación y se divide en dos títulos, precisamente denominados Gobierno Federal y Gobiernos de provincia.

Desde el punto de vista argumentativo, se utiliza la opinión de Bartolomé Mitre en el despacho del proyecto de la Sección destinada a las Declaraciones y Garantías durante la Convención Constituyente de 1870/1973 para sostener la idea de que no puede hablarse de "soberanía provincial" (intervención referida al proyectado art. 7º); a partir de ahí se comenzaría a socavar lo federal que en la Constitución existía, ello se daría a partir del reemplazo del término soberanía para referirse a las competencias reservadas por las provincias por el de "autonomía". Esto se generalizaría durante el siglo XX y se mantiene en la actualidad; ahora bien, hasta esa época todos coincidían en que la "soberanía residía en el pueblo" y que era parcelada entre los tres niveles de estatalidad, de forma tal que Estado Federal, Estados Federados y municipios ejercían una porción de la soberanía. Las definiciones de Alberdi, Estrada, y Barraquero **(43)** son por demás elocuentes en ese sentido, todas coinciden en el uso del término soberanía y en la idea de que esta se divide y ejerce en los tres niveles. Y, lo que es aún más importante, Mitre en la misma intervención sostiene que sin perjuicio

(41) CANAL FEIJÓO, Bernardo, ob. cit., p. 16.

(42) En torno a este proceso recomendamos la lectura de la obra ya citada de Francisco Ramos Mejía, y de manera particular su Introducción, obra de Nicolás Coronado. También recomendamos la lectura de la obra de SALOMONI, Jorge L., "Teoría General de los Servicios Públicos", Ed. Ad-Hoc Arg., Buenos Aires, 1999. En este trabajo el autor da cuenta de la importancia de los antecedentes patrios y se propone una reconstrucción de la teoría de los servicios públicos.

(43) Ver nuestro trabajo "Breves reflexiones sobre la distribución de competencias en el Sistema Federal Argentino" publicado en Revista de Derecho Administrativo de Abeledo-Perrot, nro. 119, septiembre-octubre 2018, ps. 965-974.

de las cesiones que pueden hacerse a la Nación la provincia mantenía la "soberanía territorial" (intervención referida al proyectado art. 9º).

El uso del término autonomía se sostiene usualmente que fue introducido por Mitre con la finalidad de abandonar el modelo de la soberanía dividida que se había consagrado, pese a todo, en la Constitución de 1853/60; más allá de la exactitud de esas expresiones lo cierto es que lo "nacionalizante" adquiría carta de ciudanía y comenzaba su camino de "abrogación" de las porciones de "soberanías provinciales" retenidas mediante la previsión del actual art. 121 de la CN.

Es importante señalar que la concepción de la "soberanía dividida" no es solo reconocida en el derecho público argentino del siglo XIX, fue y sigue siendo la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de Norte América bajo la denominación de "Soberanía Dual" **(44)**; en nuestro caso como ya dijimos la soberanía se detentaba y ejercía por los tres niveles de estatalidad. Así, Juan Bautista Alberdi al definir a los Cabildos o municipios sostenía que eran "...unos pequeños poderes económicos y administrativos, elegidos directamente por el pueblo, para ejercer *la soberanía* que delega constitucionalmente en ellos, en orden a dirigir y administrar, *sin injerencia del poder político o gobierno general de provincia,* los intereses propios de cada localidad o vecindario, en los citados ramos de policía, justicia, instrucción, beneficencia, caminos, población y mejoras materiales e inteligentes de todo género" **(45)**; José Manuel Estrada decía que "[m]unicipio, provincia y nación son tres categorías o tres entidades autonómicas con gobierno propio; de otro modo, *el municipio* no es un poder del gobierno provincial: *es una concreción distinta de la soberanía"* **(46)**, y Julián Barraquero sostenía que "[n]o puede haber libertad donde el individuo, la familia, el municipio y demás centros autonómicos de la sociedad, *no son soberanos en su propia esfera,* por cuanto la libertad no consiste sino en el ejercicio de esas soberanías relativas".

En esos hitos que queremos señalar merece un lugar especial la polémica sostenida por Bernardo de Irigoyen y Marcelino Ugarte (p) respecto del alcance de las competencias de la Corte Suprema de Justicia nacional con relación a las provincias. Bernardo de Irigoyen publicó un trabajo titulado "Justicia nacional" al que respondería Ugarte con su "Provincias ante la Corte"; a la que respondería el primero con una ampliación de la obra original; el primero de los autores defendía una posición "nacionalizante" y el segundo una férrea defensa de la "soberanía de las provincias". Claro está que la influencia del exfuncionario rosista sería superior a la de Ugarte **(47)**; pero vale la pena efectuar algunas breves citas de este, quien indicaba, haciendo suyas las ideas de Story, que "...*cada soberanía, la de la Nación, y la soberanía de los Estados,* establezca dentro del límite de sus atribuciones respectivas..." **(48)**, y también que "[l]a abdicación parcial es necesaria para constituir un gobierno federal. La abdicación absoluta haría de Estados Federados, un solo Estado Unitario. Existiría entonces, la soberanía de todos en rigurosa unidad. Pero no existiría la soberanía de cada uno" **(49)**.

En esa línea de pensamiento se entronca el art. 2º de la Constitución de la provincia de Buenos Aires cuando dice: "Todo poder público

(44) Recomendamos la obra de BALLBÉ, Manuel — MARTÍNEZ, Roser, "Soberanía dual y constitución integradora. La reciente doctrina federal de la Corte Suprema norteamericana", Ed. Arial, Esp. Barcelona, 2003.

(45) ALBERDI, Juan Bautista, "Derecho público provincial argentino", Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires Arg., 1998, p. 79. El destacado nos pertenece.

(46) ESTRADA, José Manuel, "La política liberal bajo la tiranía de Rosas", Ed. W. M. Jackson Inc., Buenos Aires, 1947, 2ª ed., p. 254. El destacado nos pertenece.

(47) Apellidos que protagonizarían otro evento donde el centralismo se manifestaría nuevamente más potente que el federalismo, nos referimos a la intervención de Buenos Aires, gobernada por Marcelino Ugarte (h), dispuesta por Hipólito Irigoyen.

(48) UGARTE, Marcelino, "Provincias ante la corte. Estudio de Derecho Constitucional", Ed. Imprenta, Buenos Aires, p. 52.

(49) UGARTE, Marcelino, "Provincias ante la corte...", ob. cit., p. 60. Transcribe el autor en apoyo de su posición diferentes intervenciones parlamentarias de Vélez Sarsfield, Rawson y Gorostiaga; en ellas se sostiene que las provincias conservan la soberanía no delegada y que, respecto de estas, se presenta como exclusiva, completa y absoluta.

emana del pueblo; y así este puede alterar o reformar la presente Constitución, siempre que el bien común lo exija y en la forma que por ella se establece". La circunstancia que todo poder público emane del pueblo, implica que este es su titular y que es él, en virtud de la "soberanía popular" el que asigna contenido a los "poderes funciones" del estado. Creemos que era más clara y feliz la fórmula utilizada por la Constitución de 1.854, la actual viene de la del año 1873, que en su art. 15 establecía: "La soberanía reside originariamente en el pueblo, y su ejercicio se delega en los tres poderes: Legislativo, Ejecutivo y Judicial". En aquella, sin rodeos se postulaba el principio de la soberanía popular como origen del poder provincial; lo que claramente se contrapone con la tesis que criticamos.

Frente a esta concepción del término soberanía, basada en las doctrinas de Francisco Suárez, en el siglo XX comenzaría a tener preminencia otra, vinculada a la Escuela Administrativista del Litoral (influenciada por la doctrina francesa), y que la entendía como una cualidad del Estado; no es ni más ni menos que la teoría de Jean Bodin que efectúo una conceptualización del término a fin de sentar las bases del estado moderno francés, es decir, del estado centralista. Es esta teoría la que ganaría espacio en la doctrina del derecho público argentino, con muy pocas excepciones.

A su vez, algo similar ocurriría en la Jurisprudencia poco a poco se fueron justificando ampliaciones de la competencia federal, sean ellas ejercidas por el Congreso, el Poder Ejecutivo, o el Judicial.

La tesis de la soberanía dividida encontró pocos defensores, un caso es merecedor de comentario al respecto; en la sentencia recaída en los autos "Fisco de la Provincia c. Frigorífico SWIF" **(50)** el juez de Primera Instancia en los Civil y Comercial del Departamento de la Capital de la Provincia de Buenos Aires Dr. Lucio M. Moreno Quintana, en el Considerando 7º se pronunciaba entendiendo que "*[e]l concepto de la soberanía provincial pertenece al derecho público argentino*... La soberanía no se transfiere *jamás* por una transacción jurídica entre personas que actúan en el orden privado..." **(51)**, y que "...en virtud de sus facultades constitucionales las provincias no alienen sobre parte alguna de su territorio *el ejercicio de su soberanía,* aun cuando hayan vendido o cedido por una ley dicha parte del territorio al Gobierno nacional; *conservan sobre él la plenitud de sus facultades soberanas*..." **(52)**. A lo largo de los considerandos 6º y 7º reiteradas veces se vuelva a afirmar la existencia de soberanía de la provincia con relación a distintas materias.

Sin embargo, lamentablemente, la doctrina de los fallos "Castro, María F. V. c. Provincia de Buenos Aires" (1902) y "Ferrocarril del Sur c. Municipalidad de La Plata" (1911) consagraron la tesis de origen francés de que los municipios eran delegaciones del poder central, y también el carácter autónomo de las provincias. Obsérvese, que aquí se vuelve a golpear al federalismo, a través del ataque al municipio, heredero del Cabildo; sin dudas esta doctrina culmina la tarea iniciada con la supresión de los Cabildos un siglo antes. Esa doctrina se mantuvo en píe respecto de los municipios hasta el fallo "Rivademar" de 1.989 en el que se adhirió a la tesis de la autonomía municipal; pero se mantiene vigente el aspecto que nos interesa, que es el no reconocimiento de la soberanía de las provincias y los municipios conforme la doctrina citada del siglo XIX. Manifestación de esta visión puede observarse en autores que son partidarios de la autonomía municipal; por ejemplo, el miembro del Tribunal cimero que emitiera el fallo en estudio, Horacio Rosatti, quien sostiene que "...los Estados miembros de una Confederación retienen el *status* de Estados soberanos, a diferencia de los Estados miembros de un Esta-

(50) Se trataba de un proceso por cobro de impuestos y multas provinciales en el que se discutieron cuestiones de domino privado del estado, de dominio público, las consecuencias de una compraventa civil entre la Nación y la Provincia, y de jurisdicción, entre otras materias de carácter institucional.

(51) Publicación especial de "Foro y Comercio"; "La jurisdicción de la Nación en el territorio de las provincias. Doctrina Jurídica del art. 67 Inc. 27 de la CN", La Plata, 1927, p. 81 (consid. 4º, párr. 3º del fallo). El destacado nos pertenece.

(52) Publicación especial de "Foro y Comercio"; "La jurisdicción...", ob. cit., p. 81 (consid. 4º, párr. 6º del fallo). El destacado nos pertenece.

do federal, que se convierten en autónomos no soberanos" **(53)**.

Un párrafo aparte merecen las prácticas políticas y la organización de los partidos políticos, a finales del siglo XIX con la aparición del Partido Radical el esquema de federaciones o confederaciones de partidos provinciales daría paso a la existencia de un partido nacional; el Radicalismo y el Justicialismo, además, imbuidos de un personalismo desmesurado, contribuyeron de manera fundamental al proceso de desfederalización. La obediencia partidaria, o la obediencia al líder han constituido en la práctica dos bastiones desde los que se bombardeó las bases del federalismo. La diversidad que implica el federalismo fue arrasada por la uniformidad del partido.

Y como si las prácticas identificadas en el párrafo precedente no fueran ataques al federalismo, nos falta contabilizar los largos períodos de unidad absoluta que implicaron de las tiranías **(54)** del siglo XX. Los gobernadores eran delegados del presidente, y los intendentes delegados de los gobernadores. Un relator de box podría haber dicho bienvenidos a "Unilandia".

Ambos fenómenos se entroncan en un creciente comportamiento fascista de la sociedad, o en un totalitarismo latente en buena parte de la sociedad, totalitarismo que no distingue con claridad entre derechas e izquierda **(55)**; en cualquier caso, siempre la diversidad federal como manifestación de la libertad humana será una de las primeras víctimas de estos sistemas.

Los fallos "Promenade" y "Rivademar" al reconocer el carácter de "autónomos" de los municipios trajeron un aire nuevo en materia de reparto de competencias en nuestro sistema federal, sin embargo, no se produjo lo mismo en materia de reconocimiento de competencias exclusivas a favor de las provincias; y lo que es aún peor, la Reforma Constitucional de 1.994 trajo aparejada una enorme concentración de poder en el Gobierno Federal. El otorgamiento de la facultad de "[i]mponer contribuciones indirectas como facultad concurrente con las provincias..." (art. 75, inc. 2º), la de "[e]stablecer y modificar asignaciones específicas..." (art. 75, inc. 3º) **(56)**, la elección directa del presidente (art. 94) constituyen restricciones concretas del federalismo; así como las disposiciones o habilitaciones de los incs. 22, 23 y 24 del art. 75 posibilitan, vía interpretación flexible, la ampliación de las potestades del Estado Federal en perjuicio de los Federados. En definitiva, lo "nacionalizante" volvió a prevalecer sobre lo "federal".

Ahora bien, volviendo al derecho, en el ámbito de la doctrina merece un tratamiento especial la obra de uno de los doctrinarios citados en el fallo en comentario; se trata de Clodomiro Zavalía, que es la gran excepción del siglo XX. Según este autor, "[e]l sistema federal consiste en la *armonía de poderes entre dos soberanías,* y el juego normal y coordinado de estas dos entidades es lo que revela en la práctica la bondad del sistema" **(57)**. Lamentablemente, no se cita la obra en la que se formuló esa definición; en esta obra se expone de manera clara y extensa la tesis a la que adherimos, la que realiza una interpretación federal de la Constitución y de los institutos e instrumentos en ella consagrados, lo que hace sin alterarlos, y sobre todo sin alterar, o negar los términos contenidos en ella, cosa que entendemos ocurre con quienes minimizan el rol del "principio dogma de la soberanía del pueblo", que niegan los efectos de su consagración expresa en el art. 33 de la CN y efectúan interpretaciones extensivas de los artículos que conceden competencias al gobierno federal minimizando el alcance del art. 121. Creemos que el autor

(53) ROSATTI, Horacio, "Tratado de derecho constitucional", Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2011, t. II, p. 542. El destacado pertenece al autor citado.

(54) Utilizamos el término tiranía dado que consideramos que el término dictadura se corresponde con una forma de gobierno de iure y no de facto; tal como ocurría en la antigua Roma.

(55) Ver el tratamiento de este aspecto en GIUSSANI, Pablo, "Montoneros. La Soberbia Armada", Ed. Sudamericana, Buenos Aires, 2011; y CASSAGNE, Juan Carlos, "El Estado Populista", Ed. B de F, Buenos Aires, 2017; y MONTES DE OCA, Ignacio, "El Fascismo Argentino. La matriz autoritaria del peronismo", Ed. Sudamericana, Buenos Aires, 2018.

(56) Esta facultad, consagra el federalismo carterizado (en términos del análisis económico del derecho) y ataca con capacidad destructiva al federalismo de concertación (en términos del derecho).

(57) ZAVALÍA, Clodomiro, "Derecho Federal", Ed. Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, 1941, 3ª ed., t. I, p. 17. El destacado nos pertenece.

postula las reglas correctas de interpretación del reparto de competencias entre los "gobiernos de provincia" y el "gobierno federal". Con ese objeto resulta central la clasificación que formula respecto de las leyes que puede constitucionalmente emitir el Congreso nacional.

Explica que existían "leyes destinadas a regir en todo el territorio", y "otras solo para los Territorios Federales y la Capital Federal"; y, decimos "existían" dado que, como resultado de la desaparición de los Territorios Federales, ya todos convertidos en provincias, y la consagración como un estado autónomo de la Ciudad de Buenos Aires el Congreso ya no tiene jurisdicción donde aplicar ese tipo de normas **(58)**. Consecuentemente, de esta clasificación solo puede el Congreso dictar aquellas normas que están destinadas a regir en todo el territorio, fruto de las expresas delegaciones efectuadas en la Constitución al Gobierno Federal (art. 75, inc. 12 y art. 75, incs. 19 y 23 —con el alcance y límite que surge de ellos mismos—). Además, indicaba el autor que también existían, y siguen existiendo, las leyes que dicta el Congreso en ejercicio de la competencia que surgen del art. 116 (100 a la época en que el autor escribió la obra); a esas las llama "leyes especiales".

Luego, a fin de seguir determinando lo "local" y lo "federal" analiza los aspectos materiales, es decir, las competencias atribuidas a cada nivel de estatalidad, y la forma en que ello se efectúa. En ese andarivel, con citas de Gorostiaga y Alberdi explica el carácter amplio e indefinido de las competencias estaduales (por imperio de los actuales arts. 121 y 125, hoy debemos sumar el 124), y el limitado, definido y expreso de las federales; es decir, las denominadas "competencias reservadas y delegadas" respectivamente. Agrega a ellas las "concurrentes", las "prohibidas a la Nación", las "prohibidas a las provincias" y las "prohibidas a ambas entidades".

Dedicaremos algunos párrafos a esta clasificación a fin de tenerlas presentes con más claridad al analizar el fallo, con relación a estas.

Lamentablemente, el autor, siguiendo una tradición al respecto individualizó, en primer lugar, a las competencias delegadas al Gobierno Federal, y también lamentablemente uso el término "Nación"; ambas cosas pueden entenderse en la "lógica nacionalizante" de la que estamos imbuidos; pero también, desde nuestro punto de vista por una mala ubicación de la "llave del sistema de reparto de competencias" en la Constitución nacional. Nos referimos al art. 121 de la Carta Constitucional Federal, que prevé que "[l]as provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno Federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación"; esta norma no debió ubicarse en el Título II de la Segunda Parte de la Constitución, destinados a los Gobiernos de provincia, debió ser el art. 2º de la CN, o un segundo párrafo del artículo primero, con ello no tendríamos dudas respecto de que Entidad posee más competencias materiales, a cual habría que atribuirle una concreta en caso de duda.

Tenemos, entonces, según Clodomiro Zavalía:

- Las *competencias delegadas,* que son de ejercicio exclusivo del gobierno federal, comprendiendo las del art. 67 y las implícitas que sean necesarias para ponerlas en ejercicio.

(58) Por ejemplo, la ley 22.914 de Salud Mental que establecía su ámbito de aplicación en los siguientes términos "Art. 15.— La presente ley se aplicará en la Capital Federal y en el Territorio Nacional de la Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur. El Poder Ejecutivo Nacional informará a los gobiernos de las provincias del texto y los fundamentos de la presente, a fin de que se contemple la posibilidad de implementar una legislación similar", al respecto desde ya señalamos que la norma que la reemplazara resulta inconstitucional, dado que entendemos vulnera el sistema de distribución de competencias, no poseyendo el Congreso Nacional competencia para dictarlas, aspecto que no logra sortear con la invocación de los tratados internacionales que formula en su art. 1º, por más que estén incorporados a la Constitución; la extraña y poco técnica previsión del inc. 22 del art. 75 no delego competencia normativa al Congreso, solo lo autorizó a otorgar jerarquía constitucional a determinados tratados; tampoco constituye una delegación que desplace la competencia provincial la habilitación del inc. 23 del mismo artículo cuando dispone que podrá el Congreso "Legislar y promover...", ello lo habilita a efectuar acciones concretas y a utilizar la técnica del fomento para que los derechos sean gozados en cada jurisdicción. Debe recordarse que el art. 27 manda a afianzar las relaciones con las potencias extranjeras estableciendo como límite la obligación de respetar los principios del derecho público, y claro está, el sistema federal y la distribución de competencias es uno de ellos.

Respecto de estas, somos de la opinión que dado su carácter limitado y expreso, no puede mediante la figura de lo "implícito" generarse nuevas competencias; ello importaría desvirtuar el "principio-regla" establecido por el art. 121, motivo por el cual la interpretación siempre deberá ser restrictiva y en caso de duda estarse a favor de la competencia provincial. Buen, y categórico ejemplo de la procedencia de nuestra postura es el hecho de que para habilitar al Gobierno Federal a dictar normas laborales fue necesario incluir en el texto del actual inc. 12 del art. 75 los términos "...y del Trabajo y Seguridad Social..."; incorporación que se efectúo por parte de la Reforma de 1.957 **(59)**. Ello demuestra de manera indubitable que las delegaciones del citado inc. 12 son expresas y que no puede el poder federal dictar normas en otras materias que no sean las enumeradas.

- Las *competencias reservadas,* se trata de las previstas en el art. 121 en forma de principio general o principio-regla; estas son de ejercicio exclusivo de los Estados Federados, debe sumarse a la fórmula algunas que se mencionan en forma expresa, tal el caso de las que surgen del art. 122.

- Las *concurrentes,* son aquellas competencias que pueden ser regladas por ambos niveles de estatalidad, tal como las obras públicas, los servicios públicos y el fomento entre muchas otras. En principio, estas normas federales no desplazan a las normas locales; cada uno de los niveles de estatalidad aplica la norma emitida por él a las situaciones, circunstancias, o hechos en los que es parte.

Sin embargo, estas presentan desde el punto de vista jurídico algunos inconvenientes de los que el autor citado se ocupaba, y de los que también nos ocuparemos nosotros; pero, en primer lugar, debemos señalar que en materia de concurrencia la Constitución nacional a partir de 1.994 presenta variaciones respecto del texto sobre el que formulaba sus opiniones. Efectivamente, la introducción de las "...leyes de organización y de base de la educación..." presenta un tipo de concurrencia nueva, una en la que algunas previsiones de la norma federal tendrán necesaria preeminencia respecto de la provincial; justamente esta nueva modalidad de concurrencia se ventila en el fallo en comentario.

También privaba la competencia nacional cuando la concurrencia se verifica en casos de materias delegadas al Gobierno Federal, pero este no había ejercido su potestad; a partir del momento en que lo hiciera la concurrencia desaparecía y la norma local perdía vigencia. Esta potestad concurrente para dictar normas surgía y surge del art. 126 de la carta magna federal.

Decía Juan Bautista Alberdi, respecto de las competencias delegadas al Gobierno Federal, generando, o reconociendo otra modalidad de concurrencia que tenía ocurrencia en las que Zavalía considera excluyentes para las provincias (las delegadas), que "[e]n muchos de los objetos sometidos a la acción del gobierno general, las provincias conservan el poder de legislar y estatuir en participación con aquel gobierno, con tal que no contravengan a las disposiciones de gobierno nacional, que son supremas por esencia, es decir, tienen la supremacía o prelación en su aplicación, cuando concurren en algún caso dado con las disposiciones de provincia" **(60)**. Obsérvese, que Alberdi *otorga supremacía a la norma federal, solo en el caso que la materia reglada por la norma provincial sea una de aquellas que han sido delegadas al Gobierno Federal;* es decir que, *de no tratarse de una materia delegada, la norma provincial, primará siempre sobre la federal.*

En este punto nos es indispensable efectuar algunas breves reflexiones respecto del art. 31 de la CN, que reza: "Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias

(59) Por ello, entre otras razones no tan jurídicas, el "Proyecto de Ley Nacional de Trabajo" que el General Julio Argentino Roca promovió en 1.904, y que fuera elaborado por Joaquín V. González. También vale recordar que el mismo Roca encargo a Juan Bialet Massé el legendario "Informe sobre el Estado de las Clases Obreras Argentinas", base de gran parte de nuestra legislación laboral. También, es ejemplo de ello la legislación laboral y de seguridad social promovida y sancionada durante el gobierno de Manuel Fresco en la Provincia de Buenos Aires (17/02/936 al 07/03/940); Ley de Accidentes de Trabajo (4.455), Ley Orgánica del Departamento Trabajo (4548), Ley de Sábado Ingles (4686).

(60) ALBERDI, Juan Bautista, "Derecho Público Provincial Argentino", p. 32.

extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto de 11 de noviembre de 1859". Aquí, otra vez será Alberdi el que nos permita demostrar que esta norma no es de aplicación a las materias reservadas por los Estados miembros, ni en los casos de concurrencia no excluyente con el poder federal; decía el tucumano que "[d]eterminados los objetos sobre que ha de recaer la acción del gobierno general de la Confederación, vendrá la cuestión de saber: ¿hasta dónde se extenderá su acción o poder sobre esos objetos, a fin de que la soberanía provincial, admitida también como base constitucional, quede subsistente y respetada?" **(61)**; y que "[l]a soberanía provincial, acordada por base, quedará subsistente y respetada en todo aquello que no pertenezca a los objetos sometidos a la acción exclusiva del gobierno general, que serán por regla fundamental del derecho público todos aquellos que expresamente no atribuya la Constitución al poder del gobierno federativo o central" **(62)**.

Debemos resaltar que en esta clasificación se encuentran en juego diversos artículos de la carta magna federal, pero de manera especial los arts. 121, 27 y 31; sobre ellos y su juego armónico nos remitimos a lo dicho en nuestro trabajo "Competencia y jerarquía normativa en el Estado federal argentino. Reflexiones a la luz de la filosofía del derecho sobre el juego sistémico de los arts. 121, 27 y 31 de la CN" **(63)**.

- Las *prohibidas al Gobierno Federal,* Zavalía identifica en estas las que se encuentran prohibidas en forma expresa, tal el caso de las que surgen del art. 32 de la Carta Magna Federal, que reza: "El Congreso federal no dictará leyes que restrinjan la libertad de imprenta o establezcan sobre ella la jurisdicción federal" **(64)**.

En lo que hace este tipo de facultades, es nuestra opinión que podrían a su vez clasificarse en prohibidas en forma expresa (art. 32 de la CN), y prohibidas en forma implícita (toda no delegada en forma expresa al gobierno federal, ello por imperio de la regla del sistema —art. 121—).

- Las *prohibidas a los Estados Federados,* dentro de las que identifica Zavalía las de establecer aduanas y acuñar moneda, entre otras; también estas podrían ser clasificadas en expresas (arts. 9º, 10, 11, 12. 126 y 127 de la CN), e implícitas, que son las delegadas con carácter exclusivo al gobierno federal (si seguimos a Zavalía, si por el contrario seguimos a Alberdi no existirían las implícitas, sola las expresas —téngase presente el párrafo transcripto al analizar las normas concurrentes—).

- Las *prohibidas a ambas entidades,* menciona el autor dentro de estas las de "...apoderarse de la propiedad privada sin ley de expropiación y sin la indemnización correspondiente", a estas se podrían enumerar todas las materias que surgen de las garantías de los arts. 15, 16, 17, 18, 19, 20 y 29 **(65)**.

---

(61) ALBERDI, Juan Bautista, "Bases...", Ob. Cit., p. 173.

(62) ALBERDI, Juan Bautista; "Bases...", Ob. Cit., p. 174.

(63) Publicado en "Revista Argentina de Derecho Público", Ed. IJ Editores Fondo Editorial, V, cita: IJ-CMX-228, sitio Fondo Editorial - IJ Editores, https://ar.ijeditores.com. Ese trabajo se efectúo a los fines de la evaluación de la asignatura "Lógica y Argumentación Jurídica" del Doctorado en Derecho de la Universidad de Buenos Aires (año 2019), que contara como Profesor Principal al Dr. Manuel Atienza; como Profesores Invitados a los Dres. Eugenio Bulygin, Rodolfo Vigo; y como Profesores Colaboradores a los Dres. Hugo Zuleta, Juan Pablo Alonso y Federico De Fazio. Al publicarlo dejamos en claro que optamos por efectuarla en su versión original, dejando para otra oportunidad su reelaboración como un estudio específico del derecho público argentino; entendiendo que ese tema requiere de un estudio profundo que revea las concepciones tradicionales del derecho público argentino, en lo referente al sistema federal y por tanto a los comúnmente denominados derecho constitucional y público provincial y municipal. En esta ocasión volvemos a dejar a salvo las mismas cuestiones y señalamos que la lectura de aquel trabajo y el presente son complementarias.

(64) Aún nos resulta extraño el fallo sobre la Ley de Medios.

(65) Desde nuestra perspectiva los derechos se consagran en los arts. 14, 14 bis, 20 (que derechos y garantías a los extranjeros), y 33. Los arts. 15, 16, 17, 18, 19, 20 y 29 contienen garantías a los derechos, sean ellos consagrados en forma expresa (arts. 14, 14 bis y 20), o implícita (art. 33).

Ahora bien, a esta clasificación habrá de agregarse otros tipos que deben ser consideradas, y que surge con carácter normativo, también a partir de la reforma constitucional de 1994.

Por imperio del art. 123 de la CN los municipios deben ser dotados de competencias materiales que hacen a su carácter autónomo. Consecuentemente, habrá competencias municipales exclusivas, que se desprenden de su naturaleza, y también concurrentes con el gobierno federal y el provincial (triple concurrencia), o concurrente con uno, u otro (doble concurrencia), ambas también como consecuencia de la autonomía en el marco del sistema federal y municipal que consagra la carta magna federal **(66)**. A su vez, el reconocimiento y atribución competencial a los municipios con carácter exclusivo implicara la prohibición para las provincias y el gobierno federal de inmiscuirse en ellas. En este caso, tampoco hay enumeración por parte de la carta magna nacional, debiendo ser efectuada esa enunciación en las constituciones locales; pero, es nuestro parecer ellas deberán corresponderse en medida y extensión del consagrado carácter autónomo del municipio. Cualquier limitación de atribución de competencias que afecte la autonomía, transformándola en autarquía será inconstitucional de conformidad con los arts. 5º y 123.

La existencia de potestades excluyentes a nivel municipal era reconocida y postulada por Alberdi al referirse tanto en *Bases*, como en *Derecho público provincial* a las competencias materiales de los Cabildos; efectivamente, en ambas obras escribía que "[p]or una ley de Juan I de Castilla, las decisiones de los Cabildos no podían ser revocadas por el rey" **(67)**. Como puede verse, nuestra postura respecto de la existencia de competencias exclusivas y excluyentes en el ámbito jurisdiccional municipal cuenta con la verificación de la historia y de la doctrina, esta última, ni más ni menos, que la del "padre ideológico" de la Constitución nacional **(68)**.

IV. Definiciones del fallo

El hecho de que el fallo tenga tres votos, cada uno de ellos por sus propios fundamentos, y dado que votaron solo cuatro miembros tribunal, ninguno de ellos hace mayoría; es, por ello, que para realizar un estudio como el que encaramos aquí deberemos analizar los conceptos y definiciones que surgen de los tres votos, reiterando o dejando a salvo que no podemos endilgar a ninguno de ellos el carácter de mayoritario.

A continuación, efectuaremos la trascripción o el análisis de todas las definiciones vertidas en los votos que se refirieren al federalismo y a la distribución de competencias, o bien señalaremos desde que perspectiva son relevantes respecto de tales materias.

Del primer voto, emitido en forma conjunta por los magistrados Maqueda y Rosatti, debe ponerse de resalto el hecho de que prácticamente en todos sus considerandos citó jurisprudencia en la que ya se sostuvo lo que sostienen ahora. Ello nos obligaría a contrastar cada considerando con los fallos que se indican como antecedentes, tarea que sobrepasa los límites de este trabajo; sin perjuicio de lo cual sostendremos que esa técnica puede constituir una puerta abierta a la indeterminación, la ambivalencia, o aun multivalencia, de los conceptos que se expresan. Tal como si se tratara de la llamada teoría de los universos paralelos, que Borges anticipara en el cuento "El jardín de senderos que se bifurcan" de 1941. Así como la lógica irrumpió en derecho en 1951 de la mano del trabajo *Lógica deóntica* de Georg H. von Wright, no debemos perder de vista que como en física quántica y en aquel cuento de Borges, una cita puede llevarnos en cada caso por caminos bifurcados.

Se observa en el primer considerando la referencia a la competencia de la Corte Suprema para intervenir en el proceso, fundándola en

(66) Por ejemplo, en lo relativo a la pirotecnia, ver nuestro comentario al fallo "Cámara Argentina de Empresas de Fuegos Artificiales c. Municipalidad de General Alvarado s/ inconstitucionalidad de ordenanza 220/2015", Revista de Derecho Administrativo de Abeledo-Perrot, 122, marzo-abril 2019, ps. 266-272.

(67) Ps. 142 y 64-65 de las ediciones citadas de las "Bases" y "Derecho Público Provincial", respectivamente.

(68) Decimos padre ideológico, dado que existen autores con quienes compartimos en parte sus opiniones, que sostienen que el padre material de la Constitución de 1853 fue José Benjamín Gorostiaga (ver, por ejemplo, el trabajo "Los Relegados" de Enrique PINEDO, Ed. Corregidor, Buenos Aires, 2000).

la competencia originaria de los arts. 116 y 117 de la CN. Coincidimos en que ello es así, aún si analizáramos la competencia del Tribunal Cimero a la luz de las posiciones más restrictivas como las sostenidas por Marcelino Ugarte en la obra mencionada en este trabajo.

Entendió la Corte (consid. 2º) que correspondía 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; lo que claramente implica un conflicto en torno al sistema de distribución de competencias consagrado en la Constitución.

En el consid. 3º sostienen: "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... evitando que confronten unas con otras". Recordando que se ha sostenido 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; y que como lo expresó desde antiguo, 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.

En los tres párrafos que componen el considerando, se manifiestan fórmulas que si bien nos hacen pensar en la existencia de un "sistema federal" no podemos dejar de decir que ello será así en tanto y en cuanto en cada caso de duda la balanza se incline, como principio, a favor de la competencia local; pero, no podemos obviar el final del considerando, claramente "nacionalizante".

En el considerando cuarto otorga carácter fundante para nuestro sistema federal al principio de "lealtad federal" o "buena fe federal", sosteniendo que en torno al "...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'". Sentenciando que ese principio rector 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*. Sintetizando, que 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.

A todo ello, también le es aplicable lo dicho respecto del considerando tercero, sin perjuicio de que resulta importante que definiera como parte del sistema de distribución de competencias a los cuatro estamentos que componen la organización político institucional de la Nación Argentina (Gobierno Federal, Gobiernos de provincias, CABA y municipios).

Por el considerando quinto recordó que la Corte es particularmente la encargada 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; y que 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 ha puesto énfasis en la tutela del delicado equilibro propio del federalismo.

Enuncia en el considerando sexto a los sujetos jurídicos del sistema federal argentino, los "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", la región. Recordando por el séptimo 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 art. 129, señalando que según esa norma la CABA tendrá un régimen de Gobierno autónomo con facultades propias de legislación y jurisdicción, y que su jefe de gobierno será elegido directamente por el pueblo, sin perjuicio de también establecer que una ley garantizaría los intereses del Estado "nacional" mientras la ciudad de Buenos Aires sea capital de la Nación. A partir de ello sostuvo que "...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".

Dos cosas nos interesan señalar respecto de los considerando sexto y séptimo, una que, a diferencias de otros Estados federales, la Capital ha sido un sujeto del sistema federal desde siempre, prueba de ello es la circunstancia que eligieran diputados y senadores al Congreso Federal. Adherimos en este punto a quienes sostienen que el "sistema federal", no solo es una forma de Estado, sino que en nuestro caso es una forma de gobierno **(69)** junto a los consabidos sistemas "Republicano" y "Representativo"; ello es así atento a que los Senadores de las provincias y de la ciudad de Buenos Aires, como los menciona el art. 44 de la CN, son parte del gobierno en tanto integran las autoridades del Gobierno Federal como representantes de los Gobiernos de los Estados Miembros y de la actual CABA. Con lo dicho queda claro que, si bien compartimos lo que ahora dice parte de la Corte, tenemos al respecto nuestro propio parecer al respecto. Y la otra, que la técnica del Constituyente Derivado o Reformador no fue la mejor; efectivamente si hubiera creado un tercer Título a la Parte Segunda de la Constitución (Autoridades de la Nación), bajo el nombre de "Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires" (siguiendo los rótulos de los Títulos Primero y Segundo) el sistema sería más claro en muchos aspectos y hubiera evitado que el Tribunal Cimero tuviera que argumentar largamente para resolver.

En los cuatro párrafos que integran el consid. 8º señalan y recuerdan que a partir de 2016 la Corte Suprema dictó 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; así se sostuvo en ese año 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, derivando de ello 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. En 2019 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"; y que la CABA 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 art. 117 de la CN. En el consid. 9º sostienen que los términos de la jurisprudencia resultan ilustrativos de la paulatina y evidente consolidación de la CABA como sujeto del federalismo argentino en tanto "ciudad constitucional federada". Y que es ciudad, por sus características demográficas; 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. Siendo, ciudad constitucional federada, porque integra de modo directo el sistema fede-

(69) MERBILHAA, Juan Pedro, "Análisis del Federalismo Argentino y Municipios", en la obra colectiva Derecho Municipal, Bastons, Jorge L. (dir.), Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2016, ps. 139-174.

ral argentino conjuntamente a los restantes sujetos políticos que lo componen.

A su turno, en el considerando décimo sostienen que el art. 129 de la Constitución imposibilita que la CABA reciba el mismo trato que antes de la reforma, 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. 3º) y la justicia nacional como justicia local. Obsérvese como los jueces Maqueda y Rosatti prolijamente señalan como el nuevo "estatus autonómico" opera con relación a los tres poderes del Gobierno Federal.

Es trascendente el segundo párrafo de este considerando por cuanto establece una "regla de interpretación", asimilable a la del art. 121 respecto de las provincias, pero que el Constituyente Reformador no introdujo en forma expresa. Dicen que "[a]l 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".

Sostienen que la CABA 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) y de las normas dictadas en su consecuencia; y señalan que en cumplimiento de la norma constitucional se sancionó la Constitución de la CABA, con el objetivo declarado en su Preámbulo de "afirmar su autonomía" y "organizar sus instituciones". Norma en la que se reconocieron atribuciones en materia educativa a las autoridades locales por ella creadas.

Del cuarto párrafo del considerando diez surge que las competencias de los sujetos federales (provincias, CABA y municipios) pueden ser enumeradas o enunciadas por estos; siendo relevantes para nosotros la idea dado que como ya sostuvimos ante la ausencia de una norma constitucional expresa de atribución de competencias a los "municipios", siendo estos autónomos, podrán ellos en sus Cartas Orgánicas Constitutivas determinar sus competencias a la "luz" y bajo el "paraguas" de la "autonomía".

De los consids. 8º, 9º, y 10 puede considerarse que los autores del voto colocan a la CABA, prácticamente en un pie de igualdad con los Estados Miembros de la Federación, construcción que resulta sostenible entre otras argumentaciones al no existir como dijimos *supra* un Título Tercero de la Segunda Parte de la Constitución en que se tratara a la CABA en forma separada de los Estados Miembros.

En el considerando once delimita la "competencia" que se disputan distintas autoridades del Estado para regular la modalidad de la enseñanza en medio de la crisis sanitaria, bien vale recordarlo —más allá de que no sea el objeto directo de este pleito— que ella se vincula con el derecho constitucional a acceder a la educación de los habitantes de la Ciudad. Respecto del conflicto de competencia recuerdan los autores del voto, 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 art. 75, inc. 19 de la CN— 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 con el art. 5º de la CN; y que la Convención del 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".

Como puede observarse se reconoce en esta materia la "concurrencia", con la posibilidad de que si la norma local afecte o contradiga ciertos principios establecidos en la norma federal sea descalificada constitucionalmente; es decir, una concurrencia parcialmente excluyente o subordinada a la Federal de conformidad al art. 31 de la CN.

Maqueda y Rosatti introducen un tipo de federalismo cuando recuerdan en este considerando que el convencional Quiroga Lavié al momento de la inclusión del citado art. 75, inc. 19 señaló que la atribución de esa competencia educativa al Congreso no significaba desconocer las competencias provinciales para regular sobre esa materia; y que afirmó que la norma formula un modelo de "federalismo de concertación".

Nuevamente en el consid. 13 se reafirma la competencia o atribución de la CABA y las provincias para decidir sobre los modos de promover y asegurar la educación de sus habitantes, dado que en consonancia con lo ya afirmado respecto de la autonomía porteña y del poder "reservado" en el art. 5º, la Convención Reformadora introdujo a la educación entre las atribuciones de la policía del bienestar de las provincias, e incorporó como sujeto activo —y en igualdad de condiciones que las provincias— a la CABA; funda esa idea en el art. 125 de la CN que prevé la posibilidad de que las provincias y la CABA 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.

Diferimos con los magistrados en cuanto al carácter de "reservadas" que se atribuyen a las materias del art. 5º, si bien participan las materias allí enunciadas de tal carácter no lo es en función de esa norma, sino de los arts. 121 y ss. El art. 5º de la CN constituye un "compromiso" que los Estados Miembros asumen con el Gobierno Federal, compromiso que se refiere a cómo se gestionarán determinadas competencias reservadas por los demás artículos citados.

Por otro lado, no cabe duda de que el citado art. 125 iguala en la materia enunciada a las provincias y la CABA, e insistimos en que, si el Constituyente quiso diferenciarlas, debió crear un Título Tercero en la Segunda parte de la Constitución. También queremos recordar que la posibilidad de que las provincias y la ciudad mantengan organismos de seguridad social se debe a que estos en muchos casos eran anteriores a la reforma constitucional de 1957 cuando se delegó por parte de las provincias la competencia en materia laboral y de seguridad social **(70)**.

En el consid. 15 recuerdan los autores del voto en análisis que en los casos "Plaza de Toros", "Saladeristas" y "Nobleza Piccardo" se reconoció la competencia provincial en materias de poder de policía de la salud (entre otras), al tiempo que se sostiene que la existencia de un "...mandato de autonomía plena que la Convención Constituyente de 1994 plasmó en el art. 129 de la CN, tales atribuciones legislativas sanitarias le corresponden, asimismo, a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en su carácter de 'ciudad constitucional federada' ('Bazán', CS, Fallos: 342:509), en los términos del consid. 9º".

Pero al mismo tiempo, y en alguna manera, de forma ambivalente, se expresa que 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)", y que en función de ello el Tribunal convalidó el ejercicio de atribuciones federales para regular sobre la actividad farmacéutica, sobre actividades relacionadas con la sangre humana, y sobre los seguros de salud y obras sociales, entre otras.

(70) Aprovechamos este punto para sostener que, para nada fue positiva esta delegación de competencia, la uniformidad implicaba la pérdida de un instrumento de diseño de cada provincia y la imposibilidad de la búsqueda del progreso mediante la promoción de políticas concretas de carácter competitivo entre los Estados Federados.

Dijimos que el considerando era ambivalente dado que, por un lado, consolida una autonomía amplia de las provincias y la CABA, y a reglón seguido abre una puerta amplia a la intervención federal en las materias que se consideraban eran parte de la "autonomía" de los Estados Miembros y la CABA. Y lo hace sin establecer métodos científicos para efectuar la determinación desde donde y hasta donde alcanza esa potestad federal. Nada dice, en ese considerando, respecto de cómo opera la concurrencia que consagra. Entendemos que este tipo de considerando resultan desafortunados; ello porque así lanzados, sin mayor detalle lógico-instrumental, pueden constituir un antecedente que se utilice para restringir las casi ya inexistentes competencias legislativas Estaduales en beneficio de las desmedidas competencias que se auto otorga el Estado Federal.

Será en el consid. 16 donde los Dres. Maqueda y Rosatti sostendrían un esbozo metódico. Sostienen la necesidad que tanto la autonomía de la CABA 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; y que 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 (párrafos primero y segundo).

Continúan, en el tercer párrafo manifestando que la interrelación entre estas atribuciones (interpretadas de buena fe) no debe plantear ningún tipo de conflicto normativo; que "...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...". Sostienen en consecuencia, en el párrafo cuarto, que todo análisis de las atribuciones federales debe partir del canónico principio de interpretación según el cual la determinación de qué poderes se confirieron a la Nación y, sobre todo, del carácter en que lo han sido, debe siempre ceñirse a la lectura más estricta. Indicando que ese 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, citando para ello su obra *Derecho público provincial argentino*, y los arts. 75 y 121. Reforzando el principio interpretativo, en el quinto párrafo del considerando sostendrán que "...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', Rosso, Buenos Aires, 1929, ps. 17 y 19)".

Festejamos la decidida y renovada ratificación expresa del *principio general* de que *toda competencia no expresamente delegada al Gobierno Federal constituye una competencia local* (provincial o de la CABA); festejamos también la decidida y renovada ratificación expresa del *principio general* que establece que las delegaciones efectuadas al Gobierno Federal deben ser interpretadas de manera restrictiva. Sin perjuicio de lo cual la mención a una interpretación de "buena fe" nos abre la puerta a que las interpretaciones se puedan apartar de tal principio, y que sofismas mediante, o por el cami-

no de las incongruencias se desinterpreten esos principios y sigamos asistiendo a la vigencia de la tendencia "unitarista". En definitiva, sin parámetros concretos una manifestación así es tergiversable. Además, el considerando nos presenta cierta "ausencia", por ejemplo, cuando se refiere a la competencia Federal en materia de emergencia, no se recuerda que también los Estados Miembros (y, aún los municipios) poseen competencias en materia de emergencia; también, en términos técnicos nos parece inadecuada la cita de los "arts. 75 y 121", debería colocarse al 121, en tanto regla, en forma previa al 75. Desde el punto de vista lingüístico, sería recomendable que se hablara de Gobierno Federal o Estado Federal, pero no de Nación, ello contribuye a cierta idea de superioridad que condiciona y concluye operando en favor de lo "nacionalizante". En ese sentido se expresaba Zavalía, citado en el considerando, en cuanto a esa idea falsa de que lo nacional es mejor que lo provincial, para quienes cultivamos el derecho público provincial y municipal es sabido y conocido que muchas veces y en muchas materias las provincias, y aún los municipios se han adelantado a Gobierno Federal (por ejemplo, en regular el empleo público y su estabilidad, en la demandabilidad del estado, en el procedimiento administrativo, en receptar la figura del defensor del pueblo, y muchas otras figuras). Y ello no es solo en el siglo XX, ya en el siglo XIX, por ejemplo, la provincia de Buenos Aires emitió su ley de educación varios años antes que el Gobierno Federal, y en nuestra humilde opinión, la norma provincial (nro. 988) era superior a la célebre Ley 1.420. Finalmente, insistimos, lamentablemente el voto no abreva en el Derecho Federal de Zavalía. Pero, insistimos, el balance del considerando en comentario es sumamente positivo.

En referencia al considerando diecisiete, compartimos lo expresado en él, considerando un aporte en términos de principios y de método; es por ello por lo que consideramos vale la pena su transcripción en forma íntegra: "Que no obsta a lo expresado la prevalencia que corresponde reconocer al derecho federal, en los términos de sus arts. 5º 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. 5º y 31 de la CN 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. 5º y 31 citados".

En nuestra opinión, estas acertadas precisiones solo podrían ser desatendidas mediante una interpretación ampliatoria de las competencias federales, ello en franca vulneración de las previsiones del consid. 16; es por ello, entendemos, que en el considerando siguiente los magistrados votantes sostienen 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".

En función de lo expuesto hasta el considerando dieciocho Maqueda y Rosatti comienzan el examen de la invocación de competencia en juego en el caso, indicando que "[t]al 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", y que "[e]l 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 con relación a las medidas concretas adoptadas con ese objetivo".

Sosteniendo, asimismo, que adquieren relevancia la adecuada motivación del acto, a lo que debemos agregar la ley conforme lo hacen los propios Magistrados en el considerando veinticinco, así como la adecuada proporcionalidad entre el objeto de la decisión y su finalidad, lo que debe, además, hallarse en necesaria correspondencia con la de las normas.

Si bien los distintos considerandos hasta aquí analizados **(71)** parecen dar un andamiaje consistente a fin de delinear el federalismo argentino, en particular los límites de actuación del Gobierno Federal y de los Gobiernos provinciales, creemos que no es suficiente; es nuestra opinión que los instrumentos, las definiciones y las conceptualizaciones formuladas no brindan toda la solidez que el "andamio" requiere. En ese sentido, no se observan técnicas que permitan establecer límites concretos al accionar inconstitucional del Estado Federal o de los Estados Federados, según el caso; por ejemplo, no se postulan mecanismos argumentativos que permitan establecer si ha existido o no un apartamiento del sistema, por ejemplo y solo a modo de enunciación, entendemos que podría resultar de utilidad la realización de un test que tenga por base la propuesta de Manuel Atienza en su trabajo *Argumentación legislativa* **(72) (73)**, o los propuestos por otros iusfilósofos como Robert Alexi.

Dicha necesidad se corrobora frente a lo sostenido en el considerando veintisiete, que a nuestro entender abre otra vez la puerta a lo "nacionalizante" al sostener: "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 (CS, Fallos: 343:930; 344:126 y 316), elementos estos que resultan ajenos al pronunciamiento adoptado por esta Corte en la presente decisión".

Entendemos que la amplitud o indeterminación que esta formulación contiene una peligrosa habilitación para la intervención en las competencias propias de los Estados Federados si se aplicara a una materia que no posee atribución constitucional expresa a favor del Estado Federal. Puntualmente, este es el caso de la materia sanitaria; es importante recordar aquí que *la facultad del Estado Federal de "...proveer..."* contenida en los *incs. 18 y 19 del art. 75 no implica una concurrencia que habilite el desplazamiento de la norma local, no se encuentran*

(71) Como puede observarse que no incluimos en este análisis los considerandos que abordan el caso o los hechos en forma directa, dado que ello no constituye el objeto de este trabajo, el mismo criterio seguiremos con los demás votos.

(72) ATIENZA, Manuel, "Argumentación legislativa", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2019.

(73) Hemos utilizado este trabajo y seguido su propuesta metodológica en nuestro opúsculo "Competencia y jerarquía normativa en el Estado Federal Argentino. Reflexiones a la luz de la Filosofía del Derecho sobre el juego sistémico de los arts. 121, 27 y 31 de la CN", citado ut supra.

alcanzados esos supuestos por el art. 31 de la CN; también debe tenerse presente que *los términos "...legislar y promover..." contenidos en el primer párrafo inc. 23 de citado artículo no alcanzan para otorgar a una ley federal la aptitud de desplazar la norma local.* Todos esos supuestos implican la habilitación al Estado Federal de acción directa en la materia, en forma concurrente con las provincias, y la habilitación de la técnica del fomento como mecanismo promocional.

Luego del voto analizado, le tocó votar al presidente de la Corte Suprema, doctor Rosenkrantz, resultando relevantes a los fines de este trabajo los conceptos que a continuación enunciaremos, y sobre los cuales daremos nuestros pareceres.

Liminarmente en los considerando primero y segundo se pronunció sobre la competencia y la legitimación activa de la CABA, sosteniendo con relación a esto último que "...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 CS, Fallos: 310:606, 977; 310:2812 y 335:790, voto del juez Petracchi)".

Luego de identificar el planteo de la demanda y para el mejor tratamiento de los agravios transcribió el texto del artículo puesto en crisis (consids. 3º y 4º).

En el considerando quinto, recuerda un principio que ha sido aplicado en casos de derecho administrativo, y que es propio del sistema republicano, sosteniendo que la existencia de una situación de emergencia "...habilita la adopción de remedios que en condiciones de normalidad podrían no ser válidos..." y que "[d]e 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 (CS, 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', CS, 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 [...]'' (CS, Fallos: 322:2817, disidencia del juez Petracchi, consid. 5º)".

Entendemos que la es importante recordar que un principio generalmente invocado en materia de derecho administrativo es de plena aplicación en materia de "derecho federal" (siguiendo la nomenclatura que le daba C. Zavalía) y en "derecho constitucional"; no pudiendo en consecuencia el Estado Federal ampliar sus competencias en desmedro de las competencias o potestades de los Estados Federados.

En el considerando sexto del voto se da cuenta de la pérdida de facultades del Estado Federal como gobierno local en el ámbito de la CABA, ocurrido desde la reforma constitucional de 1994 y luego de que se organizara el gobierno autónomo: pérdida que se refleja en "...el Congreso para ejercer una legislación exclusiva y el presidente para ejercer como jefe local (cfr. arts. 67, inc. 27 y 86, inc. 3º 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 CN, 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...". Reafirma también que el federalismo argentino tiene un nuevo estado participante bajo la forma de una ciudad constitucional federada, el que ejerce su autonomía política de manera coordinada con el resto de las unidades que integran la federación y la Nación. En consecuencia, destaca las facultades propias de legislación interna con las que cuenta la CABA, 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), conservando su poder de policía sobre las cuestiones de salud y salubridad públicas y sobre la organización y funcionamiento de sus instituciones educativas. Recuerda que, respecto de la salud y salubridad públicas, desde sus primeros precedentes esa Corte dejó sentado que el ejercicio del poder de policía en esa materia era una atribución propia de las provincias (arts. 121 y 122), y que, con posterioridad, la 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 manera más correcta, este voto señala en el considerando octavo que "...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. 5º), y les otorga atribuciones para promover la educación, la ciencia, el conocimiento y la cultura (art. 125)", previsiones que son extensibles a la CABA (art. 129). En los dos últimos párrafos del considerando octavo analiza las potestades de la CABA en la Ley 26.206 y las del Gobierno Federal del art. 75, incs. 18 y 19 de la CN.

En el considerando noveno luego de sostener que de acuerdo con las normas reseñadas resulta claro que la decisión sobre la modalidad presencial o virtual en los establecimientos de educación dependientes o regulados por la CABA corresponde, en principio, a ese estado y no a la Nación se pronunciara respecto de cómo operan las normas en la emergencia. Sostiene así el Magistrado que "[e]n ese contexto normativo, la decisión de suspender las clases presenciales en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires adoptada por el Estado nacional —aún 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 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 de la CN)", y que "[p]or 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...", por lo que concluye en que "[e]llo 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".

En un muy interesante considerando diez describe cómo opera sobre la materia del art. 75, inc. 13, que citara en el considerando anterior; ello constituye una novedad en cuanto a las argumentaciones realizadas en los votos hasta

ese momento; dice el juez Rosenkrantz que dicho inciso confiere al Congreso o al presidente mediante el dictado de un decreto de necesidad y urgencia (si concurren las circunstancias previstas en el art. 99, inc. 3º) la atribución para regular el comercio de las provincias entre sí. Agregando que 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...". Sostiene también en ese considerando que esa "...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"; concluyendo en consecuencia que "...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".

En nuestro criterio la introducción de la imposibilidad de regir la materia objeto del caso mediante la invocación de la interjurisdiccionalidad resulta interesante, y se transforma en un mecanismo útil con fines a la limitación del ejercicio de competencias por parte del Estado Federal en otras materias; si bien en este caso la técnica es más concreta que en otros —ver el segundo párrafo del considerando, transcripto precedentemente—, siempre creemos que resulta valioso establecer métodos que establezcas parámetros lo más objetivos posibles a fin de dar contenido y continente a las competencias de cada nivel de estado. En definitiva, el considerando analizado resulta altamente positivo en el balance atinente a la defensa del federalismo.

Podríamos decir que el caballo es colocado delante del carro, y no detrás, de manera contundente desde el punto de vista del federalismo argentino en el considerando once, luego de sostener que esta demás aclarar que nadie duda de que la pandemia excede todo límite interprovincial y, para el caso, toda frontera nacional, sostiene que "...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..." **(74)**. De esta forma se pone un límite importante a las pretensiones del Estado Federal, se encauza su obrar, se impide la "desnaturalización de las cosas", permitiendo que lo federal sea federal, y no unicidad. Está lógica, se relaciona y articula con la idea ya expuesta por el autor del voto al recordarnos que las emergencias no generan nuevos poderes o potestades. Reforzando lo que venía sosteniendo, continúa diciendo: "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... 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". Dedica dos párrafos a aspectos de prueba y concluye sosteniendo que "...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"; aspecto este que también resulta ponderable a efectos de la defensa de las

(74) El destacado nos pertenece.

competencias locales, dado que exige, cuanto menos, acreditación de las circunstancias que podrían llegar a habilitar la competencia Federal. Finalmente, también resulta una defensa de las potestades locales la interpretación postulada respecto de del art. 75, inc. 18, indicando que el Estado Federal posee potestades concurrentes en materia sanitaria, que ellas "...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".

Sin dudas cuando expresa en el considerando doce que "...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", vuelve al sentido más estricto con que los padres de la Constitución plantearon el sistema Federal (arts. 1º, 121, 75, 99, 100, 116, 31 y 27 de la CN); profundizando la idea al recordar que ese "...Tribunal ha sostenido que 'el principio establecido por el art. 31 de la CN 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' (CS, Fallos: 239:343)". Ahí entonces, tenemos, una *sana interpretación de la concurrencia*. Concluye el considerando dedicando un meduloso párrafo a la forma en que debe operar la concurrencia, indicando: "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 (CS, Fallos: 243:276; 249:292, voto del juez Oyhanarte) y a las provincias para dictar leyes con imperio exclusivamente dentro de su territorio (CS, 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) (CS, Fallos: 341:1148)".

Por el considerando trece distingue el caso de autos, de un supuesto de competencia nacional en virtud del art. 75 inc. 13, lo que es útil a los fines ejemplificativos. Mientras que, por el siguiente considerando, resalta la competencia del Estado Federal en la emergencia para "...intentar coordinar a las autoridades locales..."; poniendo de resalto que "...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...". Ello resulta importante, por cuanto pones límites a las constantes transferencias de jurisdicción de parte de las provincias al Estado Federal.

En el considerando dieciséis sostiene el autor del voto una serie de concepciones que resultan trascendentes; lo transcribiremos y a continuación expresaremos nuestra opinión. Dice: "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. CS, Fallos: 340:1383, consid. 5º). 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".

A los fines de este trabajo resulta muy importante la parte final del párrafo cuando consagra una fórmula que determina que la usurpación de funciones locales distorsiona no solo el sistema federal, sino también el sistema representativo, porque transfiere la competencia para decidir a los representantes de una porción del pueblo argentino que no era titular de tal poder o potestad. Desde nuestro punto de vista, esa conclusión encuentra sus raíces en la concepción de la "soberanía del pueblo" a la que dedicáramos párrafos varios en este trabajo, no puede el pueblo de otras provincias tomar parte en las decisiones que le corresponde al pueblo de una de ellas. Lo dicho en el párrafo y el principio resultante son de aplicación a los casos en que el Gobierno Federal mediante un tratado internacional usurpara las funciones que corresponden a los gobiernos locales, circunstancia que, además, configuraría una violación del art. 27 de la Carta Magna Federal.

Contrariamente a los virtuosos conceptos del considerando dieciséis, el considerando diecisiete contiene en su último párrafo una aclaración que, de alguna manera vuelve sobre sus pasos, y abre nuevamente la puerta a "lo nacionalizante", lo hace cuando sostiene que "...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...". Entendemos que lo más grave de la frase es el uso del término "uniforme"; lo uniforme es la negación de la "diversidad", de las "particularidades", de las "peculiaridades", y de la "libertad" misma, es veneno que aniquila el federalismo. Se buscan muchas excusas para la desastrosa situación de la Argentina, pero se indaga poco en las causas, estamos convencidos que el "...unitarismo práctico..." **(75)** y la ausencia de verdadero federalismo es una de las causas más eficientes, junto a la falta de verdadera autonomía municipal, de la emergencia permanente, de una sociedad empobrecida hasta la miseria. Si no comprendemos las implicancias de la "uniformidad" es posible que la unión nacional que se proclamada como objetivo en el Preámbulo de la Constitución nacional no sea posible de ser sostenida a largo plazo; vale recordar que mediados de 2020, el exgobernador Alfredo Cornejo expuso públicamente su idea de independizar Mendoza, que las redes sociales se activaron con la consigna #MendoExit, y ello generó propuestas de realizar un plebiscito a fin de que el pueblo mendocino se exprese al respecto. Una de esas propuestas es del Partido Político Protectora Fuerza Política y en un comunicado citado por el diario *Clarín* se sostiene: "Quienes deben dirimir si Mendoza es Argentina o no, debe ser el pueblo mendocino. Los dueños de la provincia tienen que dejar de hablar por la ciudadanía de a pie, y enfrentarse a la decisión que tome el pueblo soberano" (30/03/2021, 14:19, *Clarín.comPolítica* actualizado al 30/03/2021 20:37) **(76)**. Según el artículo citado luego de las declaraciones de Alfredo Cornejo *"...Twitter nació la irónica @MendoExit, que se autotitula como* 'Cuenta Oficial de la República de Mendoza' *y que reclama por el derecho a* 'ser un país aparte'". La misma nota deja constancia de los dichos del exgobernador en otra publicación donde señala la existencia de un movimiento en pro separación Mendoza y Córdoba. Otro ejemplo de las reacciones ante la uniformidad han sido los fuertes discursos de sectores varios durante la visita del presidente Alberto Fernández a Salta, de ellos se pueden extraer aspectos que demuestran las tensiones **(77)** que genera

(75) BULLRICG, Rodolfo, "La Responsabilidad del Estado", Ed. Jesús Menéndez Arg., Buenos Aires, 1920, p. 231.

(76) Ver también: "Mendoza independiente: la curiosa polémica que llegó al Financial Times; Alfredo Cornejo redobló la apuesta tras el 'Mendoexit': 'El país productivo está a punto de rebelarse'".

(77) Educación, aborto, entre otras.

la "uniformidad" en un país con tantas "particularidades", y tan culturalmente "diverso" **(78)**.

Quedan por citar las definiciones y conceptos vertidos en el voto del ministro Ricardo L. Lorenzetti a quien le tocó votar en último término.

En el primer considerando sostiene: "Que los precedentes de esta Corte Suprema establecen la existencia de reglas estables para la solución del presente conflicto que corresponde recordar". En esa línea sostiene en el considerando segundo que el Poder Judicial debe proteger los derechos humanos para que no sean avasallados, que 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, que el Estado no puede sustituir a las personas en las decisiones correspondientes a su esfera individual, citando a Hobbes, recuerda que una sociedad civilizada es un acuerdo hipotético para superar el estado de agresión mutua, y citando a Locke que "...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'"; nos detenemos un instante en este párrafo del considerando, en función de que las citas y su contenido tienen conexión con las ideas que sostuviéramos en nuestro trabajo ya citado "Breves reflexiones sobre la distribución de competencias en el Sistema Federal Argentino"; nos referimos a la idea de que el hombre transfiere parte de su libertad y de las potestades que ella conlleva a la sociedad, creando así esa organización que se da para garantizarse a "sí mismo" y que en su creación como Estado republicano, federal y municipalista implicará la parcelación de las potestades transmitidas, tanto en forma horizontal (tres poderes) como vertical (tres niveles). En definitiva, el párrafo, más allá de su anclaje filosófico en el pensamiento inglés, es bien útil a los fines de la defensa del federalismo.

Continúa sosteniendo que la tutela de los derechos fundamentales debe ser efectiva y la consiguiente limitación solo puede ser excepcional**,** motivo por el cual 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"; y que 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". La última transcripción presenta un esbozo metódico para la solución de casos, pero en nuestra humilde opinión se encuentra afectado de una indeterminación propia de su carácter finalista (búsqueda o mantenimiento de la paz social), es más un mecanismo de justificación que método.

En el tercer considerando sostendrá que el bloque de constitucionalidad establece un derecho humano a la educación que debe ser satisfecho en la mayor medida posible; derecho se encuentra reconocido en la Constitución nacional, en las Constituciones provinciales y en

(78) Ver: La Nación, Política, "Alberto no sos bienvenido": fuertes protestas en Salta, en rechazo a la visita del presidente; Perfil, Política, "Homenaje a Güemes", 17/06/2021, 09:33, "Alberto Fernández llegó a Salta y lo recibieron con protestas al grito de 'que se vaya'".

la de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, así como en distintos tratados con jerarquía constitucional (conf. art. 75, inc. 22, CN). En este punto, nada dice sobre cómo opera la incorporación de los tratados en referencia al sistema federal de distribución de competencias, lo que, a nuestro modo de ver, es una de las cuestiones más importantes por dilucidar. Finalmente, recurre a citas de jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos ha intervenido, pero no en casos en los que se resolviera sobre lo federal, sino sobre discriminación.

En el considerando cuarto aborda el derecho a la salud, indicando que está íntimamente relacionado con el derecho a la vida invocando la Constitución y los tratados con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22 de la CN), nuevamente sin decir nada de cómo opera dicho dispositivo en materia federal.

Luego, en el quinto considerando analiza la doctrina del máximo tribunal en materia de emergencia señalando su efecto nocivo ante el sostenimiento en el tiempo, y 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. Resalta especialmente el hecho que quienes redactaron la Constitución sabían lo que eran las emergencias ya que, obraron en un momento en que la Nación misma estaba en peligro de disolución (no compartimos esa tesis, la Nación no existía en términos jurídicos por lo que no podía disolverse).

Respecto de la pandemia COVID-19, recuerda que el Tribunal señaló que las medidas que se adopten deben respetar el Estado de Derecho y los derechos fundamentales; ello, en consonancia con lo dispuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Declaración titulada "COVID-19 y Derechos Humanos". Tampoco aquí dice nada sobre la forma en que las declaraciones de ese Organismo impactan en lo que hace al sistema de distribución de competencias del sistema federal argentino.

En el considerando sexto sostiene que 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, y que 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. Consecuentemente, define 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, CN), 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 (CS, 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)".

Con relación a los párrafos trascriptos, que pretenden establecer los términos del "juicio de ponderación" que debería efectuarse para resolver el litigio recurre al Cód. Civ. y Com.,

arts. 1710 y 1713, normas del derecho privado, cuya extensión al derecho público no vemos clara; ello, sin dejar de indicar la dudosa constitucionalidad de una norma del Cód. Civ. y Com. que establece una acción (materia reservada por los Estados Federados, conf. art. 121, CN). En definitiva, el considerando aporta más bien confusión en materia de derecho público y en particular en materia "federal"; y, al caso en sí, dado que no se encuentra en juicio la "razonabilidad" de las medidas, sino, lisa y simplemente la "atribución constitucional de obrar" del Estado Federal.

Entrando a materia federal en el considerando séptimo recordó que la Corte, respetando la autonomía de la provincia de Formosa, señaló que no se pueden afectar derechos de libre tránsito entre provincias. En el octavo se dedica a definir quién está en este caso facultado para decidir dentro de este contexto regido por el Estado de Derecho; señalado que existen precedentes "claros" de esa Corte afirmando la autonomía de la CABA**.** Que ese Tribunal ha establecido que la CABA adquirió un nuevo estatus constitucional que se expresó en el art. 129 de la Constitución reformada, y que, en ese entendimiento, recientemente reconoció que la Ciudad 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. Adunando en el considerando noveno que los precedentes del tribunal cimero establecen que el poder de las provincias es originario, lo que importa una interpretación favorable a la competencia autónoma y restrictiva de sus limitaciones, y que de acuerdo con la distribución de competencias que emerge de la Constitución nacional, los poderes de las provincias son originarios e indefinidos (art. 121, CN), en tanto que los delegados a la Nación son definidos y expresos (art. 75, CN). Implicando ello, 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 CN, y la razonabilidad, que es requisito de todo acto legítimo.

Ahora sí, a partir del considerando octavo aparecen las definiciones relacionadas al "sistema federal", no realiza operaciones novedosas, pero ordena adecuadamente la cita de las normas constitucionales en juego, a saber, los arts. 121, 75 y 126. Continua con el abordaje de la materia federal en el considerando décimo donde recuerda que los precedentes de la 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, y que 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. Lo dicho es expuesto en los dos primeros párrafos del considerando, de ellos pareciera reconocerse dos tipos diferentes de competencias concurrentes, pero lamentablemente el Magistrado no profundizó en ello.

Finalmente introducirá el concepto de "federalismo de concertación" en los siguientes términos: "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 (CS, Fallos: 342:917, 'Barrick')". Al respecto anticipamos que nos referiremos a esta clasificación del federalismo en el punto destinado a los tipos de federalismos.

Señala que en materia sanitaria las competencias son concurrentes entre la Nación y las provincias (considerando once), y que la 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; pero nada dice respecto del tipo de concurrencia, aunque sí expone la supremacía del principio de no disminución de las competencias provinciales, aspecto este metodológicamente relevante que nos hace pensar que se trataría de una concurrencia en la que la potestad federal opera dentro de su propio ámbito de acción (por ejemplo los nosocomios del Estado Federal).

Por el considerando doce sostiene el Dr. Lorenzetti que en materia de educación, las competencias también son concurrentes, y que "...en el art. 75, inc. 19 de la CN 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...'"; por lo que en ese marco, la Ley Nacional de Educación 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. 2º y 3º). Disponiendo: "...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)".

Pone de resalto que la Corte ha señalado que, en nuestro sistema federal, el Estado nacional delinea la "base de la educación" (resaltando que retoma la expresión del art. 75, inc. 19 de la CN) 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 con el art. 5º.

Puede observarse, a partir de la lectura del considerando en análisis, la diferencia existente en la concurrencia en materia de "salud" y de "educación", la que entendemos justificada a partir del citado inc. 19 del art. 75 de la CN. Pero, también es merecedor de resalto el hecho de la cita y transcripción del art. 5º de la Carta Magna, toda vez que nos recuerda el compromiso asumido por las provincias, que proyecta sobre la CABA (asimilándola nuevamente), cuyo incumplimiento puede generar la intervención federal.

Por el considerando trece señala que durante gran parte del período de la emergencia sanitaria tanto el gobierno federal como las provincias y la CABA, cada uno dentro de su autonomía, ejercieron las facultades concurrentes en materia sanitaria y educativa de modo pacífico; y que la ley 27.541 declaró la emergencia pública en materia sanitaria y social, que posteriormente el dec. 260/2020 amplió dicha declaración de emergencia en virtud de la pandemia, y que, en ese marco, se facultó al Ministerio de Salud de la Nación, como autoridad de aplicación. Rescatando que, sobre esa base legal, se observó un loable trabajo conjunto entre ambas partes que merece ser destacado.

En el considerando catorce sostiene 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", y que "[h]abiendo establecido en los considerandos anteriores los requisitos constitucionales que debe contener la medida, y que hay competencias concurrentes entre la Nación y las provincias con 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". En nuestra opinión, las reglas para delimitar el conflicto no han sido precisadas todo lo necesario desde el punto de vista federal, si bien, creemos que es importante la distinción que surge respecto de la concurrencia en las materias de "salud" y "educación".

Ahora bien, en el considerando quince recuerda que la Corte tiene dicho en materia de educación, en los supuestos de desacuerdo, es competencia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o de las provincias adoptar este tipo de decisiones específicas, y que ello está claramente definido en los precedentes de ese Tribunal y también en la legislación; y que el Estado nacional delinea la base de la educación, pero debe respetar las particularidades provinciales y locales. Resalta que la Ley de Educación, luego de señalar que es una competencia concurrente, establece que la autoridad que regula la concertación es el Consejo Federal de Educación;

lo que implica que, el Estado nacional establece las bases generales y debe respetar las decisiones locales 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.

Con lo dicho intenta establecer un marco operacional para la resolución de las tensiones que generen el ejercicio de las competencias concurrentes por ambos niveles de estatalidad; pero, es importante poner de resalto que nuevamente pone a las provincias y la CABA en una especie de posición preferente en el desacuerdo, lo que nos parece adecuado en función del art. 121 de la Constitución; e insistimos, el análisis especial que dedica a la materia educativa se funda en la diferencia de trato que esta y la salud reciben de la CN.

Posteriormente analiza lo resuelto en el ámbito del Consejo, con miras a cimentar su decisión, pero ello, en tanto plano factico estricto no nos interesa a los fines de este trabajo; lo mismo cabe decir respecto del abordaje de la posibilidad de los jueces de evaluar lo relativo a los datos empíricos que permitan determinar la procedencia de la apertura o cierre de las escuelas, o la conveniencia de la medida.

En el considerando diecisiete, extrae de lo expuesto lo que denomina:

"*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, CN), 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. CS, 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...

"- 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 (CS, Fallos: 340:1795, consid. 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 res. 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 res. 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 (CS, Fallos: 340:1795, consid. 15), pero no puede, normalmente, sustituirlas, ni decidir de modo autónomo apartándose del régimen legal vigente (ley 26.206)".

Como puede observarse de la transcripción, el Magistrado se limitó a efectuar un resumen de lo dicho en los considerandos, lo que resulta en un ordenamiento de las ideas del voto, pero no contiene mecanismos, procedimientos, o guías, que constituyan verdaderos métodos de delimitación de competencias entre las dos jurisdicciones en conflicto. Sin perjuicio de ello, a lo largo del estudio de este voto rescatamos algunos aspectos que entendemos positivos respecto de la interpretación, alcance y operación del sistema de distribución de competencias, por ejemplo, el adecuado ordenamiento de los arts. 121 y 75 de la CN, y la diferencia de tratamiento constitucional entre las materias de "educación" y "salud".

Analizados en extenso los tres votos del fallo, pasamos a continuación, al análisis de los distintos tipos de federalismo; análisis que resulta procedente en función de que han sido los propios votos los que implican la existencia de "tipos de federalismos".

V. Tipos de federalismo

En el ámbito del derecho se es proclive a formular clasificaciones, tendencia a la que no escapan otras ciencias sociales, por ejemplo, la economía; ahora bien, ello se debe a que la realidad suele presentar una indeterminada cantidad de variables de un mismo fenómeno. Así que, más allá de lo inviable de formular clasificaciones definitivas, en este punto efectuaremos algunas respecto del federalismo con el objetivo de que ciertas ideas, interrogantes y conclusiones respecto del fallo sean expuestas con más claridad; y dado que como ya se señalara, los propios votos que lo integran nos introducen en la existencia de diferentes tipos.

En cuanto a las dos perspectivas desde las que las abordaremos, la del "derecho", y la del "análisis económico del derecho", corresponde manifestar que se deben a nuestro convencimiento de la íntima relación entre derecho y economía. Relación esta que se tuvo en cuenta en forma temprana en la doctrina argentina, siendo ejemplos de ello los trabajos de Juan Bautista Alberdi y Mariano Fragueiro, "Sistema Económico y Rentístico de la Confederación Argentina. Según su constitución de 1853" y "Organización del Crédito", respectivamente.

Lamentablemente en las universidades argentinas se separaron en diferentes facultades el estudio de estas ramas de las ciencias sociales, lo que desde nuestro modesto punto de vista genera profesionales con una formación más limitada en ambas áreas del conocimiento. En particular, ese fenómeno se observa con mayor nitidez en los profesionales del derecho, que bien poco entendemos de economía, y se nos presenta como una materia, a veces, casi esotérica.

Ahora bien, teniendo en cuenta que Alberdi sostenía que "[l]a Constitución que da facultades y atribuciones a los cabildos, y no les da los medios de ponerlas en ejecución, mistifica y burla a los vecinos, levanta un ejército al cual arma con sables de palo, crea un poder en el nombre y una impotencia en la realidad" **(79)**, y que "[s]i se quiere que el orden, que la instrucción, que la mejora del pueblo, que el buen estado de los caminos, que la administración de justicia sean una realidad, no hay más medio eficaz de conseguirlo que poner en manos del vecindario un poder que es símbolo aritmético de todos los poderes: el dinero, el impuesto, la renta" **(80)**; podemos sostener, más allá que el autor destinaba estas "sentencias" a la relación provincia-municipio, son igualmente aplicable a la relación federación-provincias. Como puede observarse ambas sentencias están imbuidas de "derecho" y "economía", pero lo más trascendente es que claramente deja marcado a fuego el concepto de que sin la consideración del resorte económico, no hay derecho, sino más bien literatura que podríamos calificar de fantástica, de ciencia ficción, o realismo mágico.

Por lo expuesto es que realizaremos estas conceptualizaciones desde los dos puntos de vistas reseñados, y además, también, porque entendemos que en el fallo no siempre se tiene presente esta relación entre derecho y economía; ello, en términos generales, pero en particular respecto del federalismo y la distribución de competencias.

V.1. Desde la perspectiva del derecho

Clasificar al federalismo, implica la existencia de una clasificación previa, la que divide entre Estados Confederados, Estados Federados, y Estado Unitarios; dejamos de lado esta clasificación por todos conocida, y nos adentraremos en las clasificaciones del federalismo. Con relación a estas, no siempre son clasificaciones en términos convencionales, sino, más bien diferentes caracterizaciones con las que se presenta la forma de estado federal, o conforme las tesis ya enunciadas, la forma de gobierno federal. Tampoco nos detendremos aquí en conceptualizar al sistema federal, en sí, entendemos que todos tenemos en claro en que consiste. Así como, tampoco analizaremos el carácter autónomo o soberano de los Estados miembros. Dedicarnos al análisis del concepto y las referidas cuestiones excede en mucho los límites de este trabajo.

El doctor Hernán Daniel Luna **(81)** lo clasifica en:

Federalismo acentuado; entendiendo por tal a aquellos sistemas donde a los Estados Miembros se les atribuye el grueso de las potestades públicas, por ejemplo, los EE. UU., entendiendo que en general son aquellos que provienen de una forma confederada.

Federalismo amenguado; entendiendo por tal a aquellos sistemas en los que las potestades atribuidas a los Estados miembros no son tan importantes como en el caso anterior. Ejemplo de este tipo es la Argentina.

(79) ALBERDI, Juan Bautista, "Derecho Público Provincial Argentino", p. 62.

(80) Ídem, p. 63.

(81) LUNA, Hernán D., "Lecciones de Derecho Público Provincial y Municipal", Ed. Haber, La Plata, 4ª ed. ampliada, 2021, p. 45.

Federalismo debilitado; entendiendo por tal a aquel donde el Estado Miembro posee muy pocas competencias. A estos, a su vez los asimila con los Estados Federales que provienen de uno anteriormente organizado bajo el modelo unitario, o de sistemas monárquicos, por ejemplo, Canadá.

De Horacio Rosatti **(82)** podemos extraer las siguientes clasificaciones:

El *federalismo como técnica* o *como ideario.*

Y el *federalismo autóctono* o *importado,* haciendo referencia a la constitución de un federalismo a partir de antecedentes propios, o de antecedentes extranjeros. Respecto del autónomo, también es denominado por algunos autores como originario.

De la cita de Martínez Peroni que efectúa Miguel Ángel Ekmekdjian **(83)** podría extraerse la siguiente clasificación, de *unidad descentralizada* y de *unión de soberanías aisladas e independientes*; según Ekmekdjian esas caracterizaciones las efectúa Martínez Peroni al comparar los sistemas argentino y estadounidense, demás está decir que no compartimos la idea de que la argentina sea una unidad descentralizada, y por el contrario, como ya hemos sostenido somos partidarios de la idea de la soberanía distribuida entre los distintos niveles de estatalidad.

Luego, otra forma de clasificarlo será *dependiendo de quién es el dador de las competencias,* es decir, si las *competencias son atribuidas por los Estados Miembros al Estado Federal* (caso argentino), o *por el Estado Federal a los Estados Miembros* (caso canadiense).

Finalmente, existen otras tipificaciones del federalismo que el derecho realiza, sobre todo desde el punto de vista de las relaciones que se entablan entre los diferentes niveles de Estado; estas pueden ser útiles como una enumeración tipológica de la que podemos extraer clases de federalismos, a continuación, enumeraremos algunas al solo efecto ejemplificativo, señalado que alguna de ellas ha sido mencionada en el fallo.

Federalismo de exclusión, entendiendo por aquel en que la Federación y los Estados Miembros se excluyen recíprocamente en el ejercicio de las atribuciones conferidas a cada nivel de estatalidad.

Federalismo de participación, en este caso los Estados Miembros poseen la capacidad de formar parte de las decisiones del Estado Federal; aquí el federalismo sería, además, de una forma de estado, una forma de gobierno.

Federalismo de subordinación, caracterizado por la subordinación de los Estados Miembros al Estado Federal.

Federalismo de concertación, que prevé el ejercicio de las potestades públicas mediante procesos y procedimientos de acuerdos entre los Estados Federados y el Estado Federal.

Federalismo de cooperación, en este caso los Estados Miembros y el Estado Federal cooperaran en la producción y concreción de bienes y servicios públicos.

Federalismo de concurrencia, es el modelo donde se prevén facultades atribuidas a ambos niveles de estatalidad, pudiendo adquirir dicha concurrencia distintas formas.

Como puede observarse en la clasificación o tipificación del federalismo desde el punto de vista jurídico pueden enunciarse múltiples variables desde el campo del derecho, ellas tendrán mayor o menor utilidad dependiendo desde que atalaya se las observe; sin dudas que desde el punto de vista didáctico todas estas formulaciones nos permiten dimensionar la riqueza del sistema federal.

V.2. Desde la perspectiva del análisis económico del derecho

El análisis económico del derecho irrumpió en el mundo académico en la segunda mitad del siglo XX, y puede ser definido como el estudio, sea con una finalidad práctica, o bien con una fi-

(82) ROSATTI, Horacio, "Tratado de Derecho Constitucional", Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2011, t. II, ps. 550-557.

(83) EKMEKDJIAN, Miguel Ángel, "Tratado de Derecho Constitucional", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 3ª ed. actualizada por Pablo Luis Manili, t. I, p. 156.

nalidad puramente cognoscitiva, de las normas jurídicas aplicando los conocimientos y métodos proporcionados por la economía. En nuestro país no ha tenido un desarrollo importante limitándose su estudio y práctica a las facultades de ciencias económicas y los economistas; en nuestro entender, además, es resistida por prejuicios ideológicos. *La razón de las normas* y *El poder fiscal* de Geoffrey Brennan y James M. Buchanan, y *El cálculo del consenso* del mismo Buchanan y Gordon Tullock son tres de las más icónicas obras de esta rama del conocimiento científico. Desde sus títulos ya nos introducen en el derecho, y en la filosofía del derecho, tal vez, hasta en forma más nítida de lo que lo hacen los títulos de las obras de quienes somos hombres de derecho.

A los fines de nuestro trabajo es importante resaltar que el federalismo es uno de los aspectos jurídicos más trabajados desde el análisis económico del derecho, en particular lo atinente al denominado federalismo fiscal; en esa disciplina o materia existen gran cantidad de trabajos en la Argentina, siendo en definitiva la "cuestión federal" mucho más abordada en nuestra república desde el campo de las ciencias económicas que desde el derecho.

Sin embargo, en forma previa a enunciar algunas clasificaciones o caracterizaciones que se efectúan del federalismo desde las ciencias económicas mencionaremos algunos aspectos o conceptos que se vinculan con la cuestión federal y que serán de utilidad para la mejor comprensión de las ideas expuestas en este trabajo.

Uno de los conceptos más importantes en el marco de un sistema federal es el de la denominada "correspondencia fiscal", principio que plantea que cada uno de los niveles de gobierno sea quien recaude sus propios recursos para afrontar los gastos que demanda la ejecución de sus propios presupuestos. El nuestro país, este es un principio, podría decirse, inexistente; si se analiza la recaudación total de los últimos veinte años, entendiendo por tal a la sumatoria de lo recaudado por los tres niveles de estatalidad, se observará que el Estado Federal ha recaudado entre un sesenta y cinco, y un setenta y cinco por ciento (65% a 75%), las provincias (incluida la CABA) porcentuales que siempre superan el veinte por ciento (más del 20%), y los municipios han recaudado entre el cuatro y ocho por ciento (4% a 8%); ahora bien cuando se analiza el gasto público se observará que las provincias y los municipios gastan más que el Estado Federal, ello se debe a que estos niveles de estatalidad son los que deben en el marco de la distribución de competencias del sistema federal llevar adelante la mayor producción de bienes públicos y servicios púbicos (educación, salud, seguridad, obras públicas, etc.), no se trata de ineficiencia recaudatoria de esos Estados (que si lo pueden ser), se trata de una inadecuada distribución de la masa tributaria entre los tres niveles de estatalidad. El gobierno federal se apropió **(84)** de tributos que deberían ser exclusivamente locales, y los gobiernos locales de tributos que deberían ser municipales **(85)**. El estudio de este concepto nos deja por delante una incógnita, que a su vez muestra la disociación entre derecho y economía; seguimos siendo un Estado Federal o somos un Estado Unitario, la norma nos dice lo primero, la recaudación lo segundo. Y como afecta este modelo de recaudación al federalismo, simple, si se depende económicamente de otro el ámbito para la toma de decisiones "autónomas" o "soberanas" **(86)** se reduce drásticamente, y claro, ello no es federalismo (descartamos de plano el denominado federalismo de "ejecución", no hay federalismo sin "decisión", lo otro no es más que ser el cadete, el chico de los mandados).

Los gráficos 1 y 2 que más abajo se presentan demuestran la inversión existente entre la recaudación y el gasto por producción de bienes y servicios públicos. Esos estudios que se formulan en el análisis económico del derecho no son propios de los científicos del derecho, y esa falta de propiedad intelectual sobre esos fenómenos impacta sobre las decisiones de los operadores del derecho. En forma puntual, la falta de correspondencia fiscal debería ser señalada y teni-

(84) Por ejemplo, impuestos indirectos. Dicha apropiación se produjo por ley, es decir, que tuvo la anuencia de las provincias mediante el voto de sus Senadores, y por medio de la Reforma Constitucional de 1994, es decir, con la participación del pueblo.

(85) En el caso de la Provincia de Buenos Aires, por ejemplo, las patentes automotoras y el impuesto inmobiliario rural y urbano.

(86) Hablamos de soberanía en los términos que postulamos, como soberanía del pueblo.

da en cuenta en los fallos donde se ventilen por ejemplo cuestiones tributarias; es fácil descalificar desde la dogmática jurídica y desde el desconocimiento de estos aspectos facticos las potestades tributarias o los tributos, tanto provinciales como municipales, que entrar a estudiar y determinar si el esquema vulnera el federalismo transformándolo en un vocablo vacío de todo contenido y sustancia.

Recaudación

Gráfico 1

Gasto por producción de bienes y servicios públicos

Gráfico 2

Desde el punto de vista de la atribución de la masa tributaria son muy valiosos los aportes que efectúa la economía al estudiar y clasificar los recursos conforme los bienes públicos que van a satisfacer con relación a la *indeterminación o determinación de los sujetos destinatarios* y la consecuente *indivisibilidad o divisibilidad del gasto.*

Así, los "impuestos" como el IVA, los Ingresos Brutos, y los que graban el patrimonio como las Patentes Automotores, y el Inmobiliario Urbano y Rural, entre otros se destinan a *financiar bienes públicos indivisibles* como la salud, la educación, y la seguridad; mientras que las *"tasas" financian bienes divisibles* como la recolección de residuos o el mantenimiento de la red vial municipal.

Si analizamos la atribución de la base tributaria desde esta perspectiva observaremos rápidamente la falta absoluta de relación entre masa tributaria asignada y competencias fruto de la distribución de nuestro sistema federal y municipal. Como ya dijimos el Gobierno Federal se apropió de tributos típicamente provinciales, circunstancia que lamentablemente fue consolidada por la Reforma Constitucional de 1.994; y en lo que hace a la relación provincia-municipio, podemos poner como ejemplo el caso de la provincia de Buenos Aires y sus municipios, existen en la provincia 135 municipios, de los cuales, la inmensa mayoría (más de 80) cuenta con hospitales municipales, muchos con jardines, escuelas primarias, secundarias y hasta terciarios, pero en la práctica mediante la distribución de base tributaria realizada solo se les atribuyen "tasas", "derechos" y algunas "patentes" menores; los inmobiliarios urbano y rural que son impuestos típicamente municipales, han sido atribuidos a la provincia, ocurriendo lo mismo con las denominadas "patentes automotores" **(87)**. También en este supuesto la dogmática jurídica desatiende el análisis económico con consecuencias negativas para el federalismo y la vida municipal.

Otro postulado, bastante desarrollado sostiene que el *liberalismo* como ideología política es más consistente con el *federalismo o la descentralización,* y que los regímenes de las denominadas *economías de bienestar* lo son más con sistema *centralizado o de unidad de régimen.* Obviamente, los regímenes de autoridad (monarquías absolutas, comunismo, fascismo y populismos) decididamente se corresponden con regímenes unitarios, en ellos cualquier clase de descentralización es una ficción que sede en cada oportunidad que se les olvida a sus actores (la Revolución Húngara de 1956 y la Primavera de Praga de 1968 son dos oscuros jalones que lo demuestran).

(87) Se municipaliza el tributo en el caso de los vehículos de más de 10 años de antigüedad.

Dicho postulado resulta consistente con diversos hechos de nuestra historia; así observamos que el período identificado con el liberalismo, que se inicia en 1853 y culmina en 1916 con la elección Hipólito Irigoyen, el acceso al poder se lograba a través de una Confederación o Pactos de partidos provinciales (el PAN y el PDN, dominaron esa escena), y desde 1916 hasta la fecha la escena estuvo dominada mayormente por dos partidos nacionales que en términos generales podemos considerar vinculados a la doctrina de la economía de bienestar, el Radicalismo y el Justicialismo. Respecto de los gobiernos de facto, esta demás decir que son absolutamente consistentes con los regímenes de unidad, recordemos que los gobernadores eran delegados del Poder Ejecutivo nacional.

Entonces, los mecanismos de federación o confederación y de partido nacional, y las políticas públicas llevadas adelante en cada época y caso, son consistentes con el postulado que aquí comentamos; las veinte [20] intervenciones provinciales realizadas respecto de las catorce [14] provincias originales durante el primer gobierno de Hipólito Irigoyen (1916/1922) también son hechos consistentes con dicho postulado, al igual que los denominados planes quinquenales del primer período de gobierno del partido justicialista entre 1946 y 1955 **(88)** que son típicos instrumentos de centralización **(89)**.

Ahora bien, volviendo a las clasificaciones del federalismo desde la perspectiva del análisis económico del derecho podemos mencionar las siguientes **(90)**, todas ellas elaboradas a partir de la evolución del federalismo argentino:

Federalismo competitivo (1853/1935): entendiendo por tal, aquel donde cada fisco procurando financiar su gasto con recursos propios.

Distingue la doctrina económica dos [2] períodos dentro de la etapa de vigencia de este tipo de federalismo, etapas que se corresponden con dos [2] sistemas tributarios, una que va desde 1853 a 1890, donde rigió el criterio de *separación de fuentes* (La CN había asignado las potestades tributarias a partir de la idea de que el gobierno nacional habría de vivir esencialmente con los derechos aduaneros, reservando a las provincias la tributación interna); y la de la otra de *concurrencia de fuentes* (con la crisis de 1890 se creó el Impuesto a los Consumos —nacional—). Es claro, que esta segunda etapa marca un debilitamiento del federalismo a partir de la concurrencia.

Federalismo armonizado (1935/1973): Este modelo se presenta a partir de las sucesivas leyes-convenio de coparticipación federal de impuestos de la Argentina, lo que implica una concurrencia acordada y armonizada en función del tipo de distribución territorial de los tributos. Sin perjuicio de ello, este modelo se caracterizó por la constante transferencia de potestades desde las provincial al Gobierno Federal.

En este modelo de federalismo se presentan como sistemas tributarios, las *alícuotas adicionales, la participación o coparticipación,* y el *reparto devolutivo*. Además de las sucesivas leyes de coparticipación hasta el año 1973 se crean los impuestos los réditos y a las transacciones.

Federalismo cooperativo (1974/1975): El dec.-ley 20.221 (norma de facto), cambiaría claramente el proceso del federalismo argentino en la era de la coparticipación. La citada ley introduce un evidente cambio hacia un criterio de redistribución territorial del rendimiento tributario. La ley introducía el reparto fuertemente determinado por población (65%), luego brecha de desarrollo (25%) y, finalmente, dispersión geográfica (10%). Curiosamente, a pesar de ser una norma emitida por un Gobierno de Facto, su efecto fue positivo en términos de federalismo económico dado que el impacto de la redistribución territorial, que las provincias rezagadas lograron en el primer año de vigencia del régimen aumentar sus recursos de coparticipación en un 56%, y en general todas las provincias lograron mejoras, debido al incremento de la participación provincial.

(88) Ver la obra de ALLENDE POSSE, Justiniano, "Los Dos Federalismos", Ed. Ediciones Libera, Buenos Aires, 1976, ps. 114-119.

(89) Además, podríamos decir, de arquetípicos de los regímenes autoritarios de corte fascista y comunista.

(90) Seguiremos en esta clasificación la formulada por PIFFANO, Horacio L. P., "Análisis Económico del Derecho Tributario", Universidad Nacional de La Plata, La Plata, 2012, 1ª ed. E-Book. ISBN 978-950-34-0920-6 1. Economía. 2. Derecho Tributario. I. Título CDD 330.

Federalismo coercitivo (1975/1994): Este sistema se caracteriza por la existencia de "reglas" marcadamente cambiantes en períodos cortos de tiempo, introduciendo continuas modificaciones desde el poder central y forzando por diversos medios políticos y negociaciones con las provincias, a convalidar estos acuerdos o pactos, que terminaron generando al final del proceso un verdadero laberinto de la coparticipación. Etapa o sistema en que la coparticipación, daba señales de débil gobernabilidad, con un poder provincial aparentemente debilitado, pero no obstante crecientemente financiado por diversos mecanismos (variedad de ventanillas) por el gobierno nacional.

Este federalismo se caracteriza por un sistema tributario federal esencialmente complejo, y de transferencias federales, lo que implica en sí mismo el abandono del sistema de la coparticipación, por más que se continuara utilizando ese rotulo

Tres sistemas tributarios rigieron en este período del federalismo, que dan lugar a tres etapas; el primero el de las Asignaciones o Transferencias Federales (1975-1984) que se caracterizó por los sucesivos cambios Tributarios, acuerdos ad hoc y el uso de los ATN; el segundo el de la Libre Disponibilidad, donde rigió un Acuerdo transitorio (1985-1988), y la Ley 23.548 (1988-1991); y el de las Condicionadas (1992-1994) rigiendo los Pactos Fiscales I y II, una descentralización de funciones (educación y salud), la reforma previsional, y el denominado laberinto de la coparticipación.

Federalismo cartelizado (1994/...): La calificación de federalismo cartelizado alude, según el análisis económico del derecho, a la existencia de un conjunto de gobernadores de provincia con poder de decisión dividido, pero muchos de ellos sobrerrepresentados políticamente en el Congreso nacional y, consecuentemente, con poder de veto conjunto sobre las decisiones del gobierno central.

La Reforma Constitucional de 1994 constituye la plataforma normativa para este tipo de federalismo, y lo es a partir del nuevo texto del actual art. 75, inc. 2º, y de la Cláusula Transitoria Sexta; sostienen los economistas que reforma legitimó definitivamente la existencia del fondo común coparticipable y el predominio de los representantes de los fiscos en la atribución de decidir el destino de los recursos tributarios (al declarar al Senado como Cámara de origen en materia de coparticipación); consolidando un proceso que ya había comenzado antes, pero que se instaló definitivamente.

Con lo hasta aquí desarrollado podemos observar lo profundo del análisis que del federalismo se desarrolla desde el campo de las ciencias económicas. La clasificación reproducida, claro está con las inmensas limitaciones que nos asisten en materia económica, nos permitirán efectuar distintas reflexiones sobre el fallo, así como sobre sus implicancias y alcances.

Por último, nos queda señalar que desde esta perspectiva se nos ocurre a nosotros que nuestro federalismo más bien es "carterizado" que otra cosa, y lo decimos pensando en aquel dicho popular que reza "billetera mata galán", dicho que bien podría aplicarse a nuestro federalismo (y también a la relación provincia-municipio). En la medida que los Estados federados dependan de la "copa..." **(91)** no hay lugar a la autonomía de la voluntad de las sociedades que lo integran, y que constituyen un elemento esencial del estado en términos conceptuales.

V.3. Relaciones entre ambas perspectivas

Antes de analizar las relaciones de las perspectivas abordadas en los puntos V.1, y V.2, debemos reflexionar respecto de la ciencia en general, y de cómo el principio de la unidad del conocimiento, o el paradigma de la unicidad de la ciencia no es comúnmente tenido en cuenta desde una perspectiva metodológica por los cultores de las ciencias sociales. Para la filosofía de la ciencia, la referida "unidad de la ciencia" es la idea de que "todas las ciencias forman una integralidad o un todo unificado", que no puede ser separado o desmembrado a riesgo de perder la visión de conjunto.

Entendemos que esa tendencia de las ciencias sociales (aunque no es exclusivo de ellas, también se presenta en las ciencias duras) a no tener en cuenta el citado paradigma, constituye

(91) Término utilizado "usualmente" por los intendentes bonaerenses.

un defecto de inicio que condiciona los resultados; ello se observa especialmente en el campo del derecho, donde la ley, en general prescinde de todo análisis que no sea normativo, desatiende o desprecia a la economía, la psicología (tanto individual, como social), y a la sociología, entre otras ramas del conocimiento.

Sin lugar a duda existen relaciones entre las perspectivas del derecho y las de la economía en referencia al federalismo; sin embargo, desde el campo del derecho son muy escasos los estudios sobre el federalismo que tienen en cuenta a la economía y al análisis que esta hace del derecho, basta para ello leer los trabajos sobre federalismo, o las constituciones comentadas. En cambio, en el campo de la economía el panorama es bastante diferente, son varios los economistas argentinos que se han dedicado y se siguen dedicando al estudio de las normas y sus efectos en la economía, muchos de los cuales abordan en profundidad el federalismo **(92)**.

Somos partidarios de la necesidad del estudio de esas relaciones en el campo de acción del derecho, estamos convencidos que el derecho no puede aislarse de las demás ciencias sociales, pero, en particular de la economía; dos ejemplos de ello nos bastan para ello, Juan Bautista Alberdi y José A. Terry.

Del punto V.2 surgen con claridad algunas de esas relaciones. Lo dicho con relación a la "correspondencia fiscal" demuestra con creses el vínculo del derecho y la economía. Lo que se corrobora al analizarse los mecanismos tendientes a solucionar los desequilibrios presupuestarios que se generan al cumplir mediante ellos con la asignación de competencias del sistema federal, sin contar con la asignación de recursos propios; esos mecanismos son las transferencias, siendo las más utilizada la "coparticipación" y los "aportes del tesoro". En función de ello, el federalismo podrá ser tal, o no serlo; o, muchas de las clasificaciones del federalismo formuladas desde el derecho se convertirán en "tiras de papel", en "letra muerta", en una "ficción" que nos conducirá a constantes encrucijadas sin soluciones "lógicas" o "sistémicas".

Lo mismo podemos decir respecto de la atribución de la base tributaria en atención a la indeterminación o determinación de los sujetos receptores de los bines públicos, y la consecuente indivisibilidad o divisibilidad del gasto. Este fenómeno, que es aplicable a la relación Federación-provincia, es en realidad más trascendente en la relación provincia-municipio; su falta de comprensión puede aparejar la justificación de normativa que afecta al sistema hasta el punto de alterarlo.

También son importantes las consideraciones que efectúa el análisis económico del derecho respecto de la vinculación de los "sistemas de ideas" y el "federalismo", la falta de comprensión de estas relaciones desde el campo del derecho puede generar legitimación de normas y sistemas que en definitiva alteran el sistema federal de la Constitución (y, en ocasiones el republicano).

En definitiva, la formulación de definiciones desde el campo del derecho, con prescindencia de las que se formulan desde el campo de la economía, bien pueden llevar a consolidar estados de cosas que son directamente contrarios a los que las formulaciones pretendan que sean; o dicho en otros términos, a consolidar el "unitarismo" invocando al "federalismo".

VI. ¿Qué competencias corresponden sean reasumidas por los Estados miembros?, o ¿qué leyes del Congreso sobreviven al fallo?

No siempre, o mejor dicho, muy pocas veces cuando pensamos en la constitucionalidad de una norma federal lo hacemos desde la perspectiva de la organización de la Argentina como Estado Federal, mayoritariamente lo hacemos desde la perspectiva de los derechos, de la razonabilidad, o desde la perspectiva republicana; pero insistimos, muy pocas veces nos cuestionamos respecto de la aptitud constitucional de obrar del Estado Federal. Ello es sin dudas consecuencia del triunfo de lo "nacionalizante" que largamente describimos a lo largo del presente trabajo. En ese aspecto el fallo en comentario presenta una instancia que reaviva las ideas de lo "federal" y de "reparto de competencias", aspectos altamente satisfactorios.

(92) Entre los más destacados se encuentran Juan José Llach, Alberto Porto, y el citado Horacio Piffano, entre otros.

Si bien el fallo reitera criterios ya expresados en la "profusa jurisprudencia que cita en los tres votos", lo novedoso se plantea o aparece, y de allí su impacto social, político e institucional, en el abordaje directo de la "idea de atribución constitucional de competencia", como elemento que permite "calificar" o "descalificar" el accionar del Estado Federal.

En función de todo lo dicho hasta aquí nos queda responder a los interrogantes enunciados. Ahora bien, el primero de los interrogantes que se nos plantea será más fácil de explicar si despejamos primero el segundo de los interrogantes; así entonces, en función del fallo pueden existir leyes precedentes del Congreso, o actos del Poder Ejecutivo que no satisfagan los estándares que surgen de los votos analizados, como en el caso fallado, corresponde entones que efectuemos una enunciación meramente ejemplificativa y brindemos algún parámetros conceptuales a fin de determinar en cada sado cuales son las leyes que no deberían sobrevivir al fallo.

Recordando las tipificaciones enunciadas en el punto III debemos reiterar que el Estado Federal ha perdido la potestad de legislar (como si se tratara de un gobierno local) para los Territorios Federales y para la Capital Federal, ya no existen los primeros, y la Ciudad de Buenos Aires se ha trasformado en un Estado Autónomo; en consecuencia, ya no puede dictar leyes para "los Territorios Federales y la Capital Federal". Ahora bien, desde 1994 a la fecha se observan casos en los que el Congreso emite leyes destinadas a reemplazar otras que habían sido emitidas en ejercicio de aquella competencia, y que, por lo tanto, la eliminación de los artículos que determinaban el ámbito de aplicación (a la Capital y los Territorios Federales) e invitaban a las provincias a adherir con constituye un acto que trasforme una competencia de los Gobiernos locales en una Federal.

Tampoco alcanza la invocación del inc. 23 del art. 75 de la CN para transformar en federal esas materias locales, reiteramos lo dicho respecto de que la posibilidad de "legislar" y "promover" no constituye una trasferencia competencial; en todo caso, se trata de un nuevo caso de concurrencia para llevar adelante políticas públicas en forma directa o a través del fomento, técnicas estas que fueran utilizadas a lo largo de la segunda mitad del siglo XIX en materia de educación (escuelas nacionales y programas de incentivo a las provincias con mayor matrícula estudiantil).

En definitiva, ninguna ley sancionada en ejercicio de las facultades de legislación exclusiva en la Capital Federal y los Territorios Federales debería ser considerada vigente, al igual que toda norma que las haya reemplazado con pretensión de vigencia en todo el territorio de la República; las que solo podrán regir en los términos expuestos en la parte final del párrafo precedente.

Dentro de las leyes que solo podrían ser consideradas con el alcance señalado precedente se encuentra la ley 6.657 de Derecho a la Protección de la Salud Mental. Disposiciones complementarias, mediante la que se derogó el dec.-ley 22.914 [que preveía el ámbito de aplicación señalado en el art. 15 y encomendaba: "El Poder Ejecutivo nacional informará a los gobiernos de las provincias del texto y los fundamentos de la presente, a fin de que se contemple la posibilidad de implementar una legislación similar" **(93)**]. También resulta inconstitucional, en ese andarivel, la ley 26.529 de Derechos del Paciente que prevé en su art. 22 que la "Autoridad de aplicación nacional y local. Es autoridad de aplicación de la presente ley en la jurisdicción nacional, el Ministerio de Salud de la Nación, y en cada una de las jurisdicciones provinciales y Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la máxima autoridad sanitaria local.

"Invítase a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a adherir a la presente ley en lo que es materia del régimen de sanciones y del beneficio de gratuidad en materia de acceso a la justicia"; con relación a esta norma la provincia de Buenos Aires, defendiendo su jurisdicción opto por adherir ley 14.464, que luego sería parcialmente derogada por la ley 14.494 de historia clínica electrónica, resumiendo así su capacidad legisferante en forma parcial.

(93) Una palabra aparte merece el hecho trágico de que un gobierno de facto, y como ya dijimos, centralista fuera más respetuoso de las competencias locales que los gobiernos democráticos.

Este último caso, y la reasunción de competencias por parte de la provincia de Buenos Aires es la muestra del camino a seguir para lograr un "federalismo práctico" que se corresponda o se encamine a la adecuada correspondencia con el "federalismo normativo". En definitiva los Estados Miembros de la Federación, y la CABA, deberán reasumir todas aquellas competencias sobre las que el Estado Federal avanzó al margen de la Constitución valiéndose para ello de una inadecuada interpretación del art. 121 (desvirtuando su carácter de regla), de los artículos que atribuyen competencia al Estado Federal [otorgándole un carácter casi enunciativo mediante la figura de lo implícito —arts. 75 **(94)**, 99, 100, 116 y ss.—), y del art. 31 al que se le asigna un alcance asistemático con capacidad de aniquilar al federalismo (tal como se expresa en el fallo).

En definitiva no deberían sobrevivir al fallo todas las leyes dictadas por el Gobierno Federal que no posean una adjudicación expresa de competencia por parte de la constitución (regla federal del art. 121); toda norma que en ejercicio de competencias concurrentes pretenda excluir la norma local, en este caso con la única excepción de concurrencia excluyente del citado inc. 19 del art. 75 de la CN (pero, con los límites que a tal capacidad excluyente le asigna el fallo el comentario); y toda norma de la competencia concurrente del inc. 23 del citado art. 75 pretenda excluir la competencia local (respecto del juego de los arts. 121, 27 y 31, y a su impacto en este punto nos remitimos a nuestro trabajo "Competencia y jerarquía normativa en el Estado federal argentino. Reflexiones a la luz de la filosofía del derecho sobre el juego sistémico de los arts. 121, 27 y 31 de la CN" —IJ Editores, nro. 5, febrero 2020—).

Por último, y como ya lo anticipamos, corresponde que las provincias y la CABA reasuman todas esas competencias, tal como parcialmente lo hizo la provincia de Buenos Aires respecto de las historias clínicas.

VII. Palabras finales

En estas palabras finales nos interesa sostener algunas ideas de orden metodológico respecto de cómo entendemos que corresponde abordar la cuestión del federalismo y de las posibles situaciones de tensión o conflicto entre el Estado Federal y los Estados Miembros; analizar algunos términos que siguen presentes en la dialéctica y conceptualización relativa al federalismo; también expresar nuestra visión respecto del futuro del federalismo, todo ello, claro está en el acotado espacio que unas palabras finales de un trabajo como el presente nos pueden permitir.

No pretendemos abordar en profundidad la cuestión de la interpretación constitucional, pero si nos interesa manifestar algunos pareceres al respecto. Lo primero que debemos sostener con relación al método que permita determinar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la actuación del Estado Federal o la de los Estados Federados, es que esencialmente debemos recurrir al "análisis exegético" del texto constitucional.

Pero al mismo tiempo debemos sostener que no puede ser realizado prescindiendo del contenido iusfilosófico que la misma Constitución lleva implícito. Tampoco puede ser realizado sin sopesarlo con el contexto histórico de su formulación. Y, por supuesto, no es posible efectuarlo sin tener presente la sociología de la sociedad que la produjo.

El aspecto iusfilosófico de la constitución, en tanto programa de vida social, no puede ser alterado en sus lineamientos esenciales sino mediante el sistema que la propia constitución estableció a tal efecto; más allá de la existencia o no de contenidos pétreos (recordemos que la doctrina mayoritaria sostiene que el federalismo posee ese carácter), no le está permitido a ningún método hacer de la constitución y del sistema establecido por ella, una y uno, distinta y distinto.

En definitiva, la "naturaleza de las cosas" no puede ser alterada por las palabras. El contexto histórico y el sociológico nos brindarán elementos para una cabal comprensión del texto, la exégesis no es solo letra, "es" significado, y este se encuentra en cada palabra y en cada letra **(95)**. En este punto, y en el marco del modelo

(94) En especial los incs. 12 y 23.

(95) Un buen ejemplo de ello es el uso del vocablo "democrático" para representar los sistemas de gobierno de

que estamos proponiendo, los métodos teleológico y semántico asistirán, junto al sistémico, en auxilio de esa exegesis informada histórica y sociológicamente. Descartamos cualquier posibilidad de aplicar al federalismo métodos tales como el progresivo, dinámico o de la constitución viviente; los que si corresponden o pueden ser aplicados a otros subsistemas constitucionales (de derechos y de garantías, por ejemplo).

Volviendo a la evolución histórica y sociológica de la sociedad cabe señalar que actuaran sobre el texto de una manera diferente que la historia y la sociología anterior y vigente al momento de la formulación constitucional; ello es así porque las modificaciones deberán efectuarse por los mecanismos establecidos a tal efecto, la interpretación dinámica, viviente, o cualquier otro método asimilable no es aplicable como ya señalamos a todo el texto constitucional de la misma manera; aún más, podrá serlo a algunos aspectos, pero no a otros. Dentro de esos aspectos que no pueden ser modificados por la interpretación dinámica o viviente encontramos a los aspectos estructurales del sistema, en nuestro caso, los subsistemas republicano y federal.

Esos subsistemas constituyen la esencia, la estructura del proyecto, y solo podrán ser abandonados mediante una formulación que los quiebre, es decir, mediante una revolución, es decir, por el establecimiento de un nuevo orden, sea este por la fuerza o simplemente por el abandono del anterior, bajo la apariencia de su sostenimiento **(96)**.

Desde este punto de vista, la Constitución nacional, en lo referente al sistema federal establecido ha sido malversada y se ha transformado al sistema en uno diferente, sin que mediara su modificación por los métodos establecidos, como así tampoco se ha producido una revolución que lo transforme en otro distinto. Nos preguntamos si el fallo implicara un quiebre en el proceso vivido hasta ahora, si en lo futuro se restablecerá la plena vigencia del sistema de la Constitución que necesariamente implica reconocer que la regla federal constituida por el art. 121 de la CN impide toda clase de interpretación extensiva de las potestades del Estado Federal, que no hay lugar para lo implícito, ni para ningún otro mecanismo de fuga de competencias en dirección del Estado Federal.

Así entonces, una de las primeras cosas que se nos ocurre frente al fallo, es que lo "nacionalizante" sigue presente en los tres votos; agazapadas entre decenas de párrafos subyacen, se esconden arteras las ideas que constituyen este "carácter".

La "uniformidad", segunda palabra que se nos presenta, sigue asechando a la vuelta de cada página, no se la "descalifica" de una vez y para siempre, seguimos mirándola de alguna manera como algo a lo que puede aspirarse y que procede, y no como el enemigo declarado y conjurado de la unidad. No se observa en los votos que componen el fallo una diferenciación de lo que implican las palabras "uniformidad" y "unidad" con relación al sistema federal. La unidad planteada en el preámbulo de la Constitución nada tenía que ver con la uniformidad. Por el contrario, en el fallo se sostuvo que "...nada de lo dicho en esta sentencia pone en duda las potestades del gobierno nacional para tomar medidas de alcance general y uniforme...".

No existe la posibilidad de un "federalismo de concertación" o de un "federalismo de coordinación" conviviendo con un "federalismo coercitivo", "cartelizado", o "carterizado".

Tampoco la "lealtad federal" o la "buena fe federal" son viables en el marco de los referidos federalismos "coercitivo", "cartelizado", y "carterizado"; insistimos en la idea alberdiana de que no existe poder o potestad allí donde no hay recursos para ponerlas en práctica.

En definitiva, la concertación, la cooperación, la lealtad y la buena fe no alcanzan para cimentar un sistema federal donde no rija la "correspondencia fiscal", no haya una adecuada

---

los Estados Unidos de Norte América o de la Alemania del Este, la palabra era la misma, pero su contenido no. Otro buen ejemplo es el uso de las letras "C" y "S" en las palabras "Concejo" y "Consejo", son cosas bien distintas, la primera implica la existencia de una atribución que le permite decidir por sí, titularidad de potestad, la segunda solo la facultad de recomendar, sin ninguna potestad decisoria.

(96) Al estilo de la instauración de la Monarquía en Roma, bajo el rótulo de Imperio y manteniendo la estructura de su sistema republicano (Senado, Cónsules, Pretores y demás funcionarios del sistema).

atribución de base tributaria, y se dependa de la "participación" o de la "coparticipación".

La "ponderación" no se nos hace un método útil para la determinación de la constitucionalidad del ejercicio de una potestad por parte del Estado Federal o de los Estados Federados. El examen de ponderación, como el de "proporcionalidad" constituyen métodos aplicables, y sumamente útiles, cuando se trata de determinar la constitucionalidad del ejercicio regulatorio de los derechos, pero no para determinar las competencias de los diferentes niveles de estado en el marco del "sistema federal argentino" y de la "regla federal del art. 121" de la carta magna.

A nuestra manera de ver, el "fomento", técnica utilizada en el siglo XIX aparece como un mecanismo más respetuoso y compatible con el sistema federal que cualquiera de los utilizados en el siglo XX.

Insistimos en que si bien el fallo reitera criterios ya expresados en la jurisprudencia que se cita en los tres votos, lo novedoso se plantea o aparece en el abordaje directo de la "idea de atribución constitucional de competencia", como elemento que permite "calificar" o "descalificar" el accionar del Estado Federal; novedad que festejamos. Pero, sin embargo, observamos latentes en muchos párrafos las ideas "nacionalizantes" y "uniformadoras" que desinterpretaron el sistema federal argentino, tal y como lo expusiéramos en los puntos II y III de este trabajo.

Por último, con relación a los interrogantes del título de este opúsculo respecto de qué federalismo nos depara el futuro, o si el futuro nos depara federalismo, seguimos siendo escépticos tanto en lo que hace a uno como a otro; coincidimos con varios de los autores citados que en nuestro país rige un "unitarismo práctico" (Bulrich) y que el federalismo no es más que una "declamación", o una "frustración" (Canal Feijóo) que una forma de Estado y un Sistema de Gobierno. El análisis de nuestro federalismo a la luz del análisis económico del derecho que formuláramos en los puntos V.2, y V.3, nos inducen a pensar que no hay lugar para un federalismo genuino, que seguiremos en esta especie de ficción, o que se profundizara la centralización.

El fallo de la Corte Suprema de Justicia nacional en los autos "Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c. Estado nacional (Poder Ejecutivo nacional) s/ acción declarativa de inconstitucionalidad" representa un poco de aire fresco en esta materia, lo festejamos, pero no podemos dejar de señalar como lo hemos hecho a lo largo de todo el trabajo que nos quedamos con cierto gusto a poco, con algunas preocupaciones, y con señales de alerta a la vista.

Sin embargo, es necesario remarcar que no debemos esperar todo de la judicatura federal, máxime en esta materia, antes que el tribunal cimero federal deben actuar en favor de la causa del federalismo, y no defeccionar de ella, los poderes legislativos, ejecutivos y judiciales de todas las jurisdicciones estaduales, las potestades públicas reservadas mediante el dispositivo del art. 121 de la Constitución Federal y las demás expresamente reservadas por los Estados Federados deben ejercerse por los poderes que en cada caso las tienen atribuidas por sus Cartas constitucionales. La porción de "soberanía" o la "autonomía" reservada por los estados miembros (dependiendo la tesis a la que se adhiera) debe ser ejercida, ese es el mandato que el pueblo da a los funcionarios públicos en el marco del sistema republicano.

Por último, si los criterios del fallo se aplican a distintas normas vigentes y los Estados miembros reasumen competencias que han tolerado sean ejercidas por el Estado Federal, puede que el federalismo recupere algo de su espacio vital, y que se fortalezca; por lo menos en lo que hace a la producción normativa. Ello será importante, pero solo un pequeño paso en la reconstrucción del federalismo frustrado que nos hemos sabido dar.

JUECES

Impugnación de la terna elaborada por el Consejo de la Magistratura de Buenos Aires. Rechazo. Disidencia.

Con nota de Martín Sheridan

1. — No se ha evidenciado que el Consejo se haya apartado del bloque de legalidad que demarca y delimita su actuación, ni se ha advertido arbitrariedad o vicios en el procedimiento. En efecto no surgen acreditados los vicios procedimentales alegados como defectos en la constitución del acto, ni los agravios logran conmover lo decidido.

2. — El recurrente, pese a encontrarse incorporados los legajos de todos los postulantes, se limita a esgrimir expresiones genéricas por ejemplo que no se le ha permitido ver la edad, ni la profesión de los concursantes, requisitos constitucionales para ser jueces, sin indicar en su recurso y habiendo accedido ya a los mismos por haber sido ofrecidos como medida de prueba e incorporados al presente proceso, que aspectos o defensas hubiese podido deducir que modificaran el iter del procedimiento.

3. — La decisión del Consejo de la Magistratura de Buenos Aires es un verdadero acto administrativo, toda vez que se trata de una exteriorización de una declaración de juicio o valor, de un Órgano del Estado, que se encuentra ejerciendo funciones materialmente administrativas, produciendo efectos jurídicos directos e individuales respecto de los terceros postulantes.

4. — Excede del control jurisdiccional los aspectos relativos con cualidades y aptitudes de cada uno de los concursantes y la confrontación entre ellos, quedando comprendida dentro de la competencia específica del Consejo de la Magistratura.

5. — Cuando la motivación de la terna elaborada por el Consejo de la Magistratura de Buenos Aires no se cumpla, o lo sea con carencias, el interesado pueda reclamar en dirección a la invalidez de los actos consecuentes, que se reporten con causa en ese vicio, aunque, sin alcanzar a modificar en su favor el criterio de selección final (del voto en disidencia del Dr. De Santis).

6. — La terna elaborada por el Consejo de la Magistratura de Buenos Aires no ha sabido exponer razones suficientes que satisfagan la exigencia de motivación, en tanto esta, perfilada desde la necesidad del juicio comparativo de los antecedentes y mérito de cada postulante que justifique su lugar en el orden de mérito, para excluirlo o incluirlo en la terna, se exhibe ausente (del voto en disidencia del Dr. De Santis).

7. — La sola consigna de los elementos obrantes en el procedimiento de selección, sin la exposición razonada de los fundamentos relativos a su comparación, entre cada postulante, resta a la motivación suficiente de un resultado que solo deja expuesta la mayoría calificada que es exigible, sin más (del voto en disidencia del Dr. De Santis).

CContencioso Administrativo, La Plata, 11/05/2021. - Mortara, Héctor Mariano c. Consejo de la Magistratura y otro/a s/ pretensión anulatoria - Previsión.

[Cita on line: AR/JUR/112832/2021]

COSTAS

Se imponen a la actora vencida.

Causa N° 20001 CCALP

2ª Instancia.- La Plata, mayo 11 de 2021.

1ª ¿Es justa la sentencia apelada e imposición de costas? En su caso ¿qué pronunciamiento corresponde? 2ª ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar en relación al recurso deducido por la parte actora contra la resolución que ordena el levantamiento de la medida cautelar?

1ª cuestión. — El doctor *Spacarotel* dijo:

Mediante sentencia de fecha 15/04/2019 la jueza de primera instancia desestimó la demanda deducida por el actor Héctor Mortara, por medio de la cual solicitara la anulación de la resolución del Consejo de la Magistratura de fecha 29/03/2016 expediente 5900-289/14 (acta 806), que conformó la terna que se elevara al PE para cubrir el cargo de juez de Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Pergamino, concurso 2067 y de todos los actos que fueran consecuencia de aquel.

Asimismo el actor peticionó la conformación de una nueva terna y la inconstitucionalidad del art. 29 de la ley 11.868 en tanto sostuvo le impide la recurribilidad de las ternas conformadas por el Consejo y las resoluciones 209, 780, 963 y 1619 del mentado organismo invocadas para denegarle el acceso a información, aspectos también rechazados.

Para resolver en ese sentido, luego de relevar las posturas de la actora, demandada y del tercero citado como coadyuvante Sr. Bernardo Louise —toda vez que ha sido propuesto para el cargo—, circunscribe la cuestión a decidir a la legitimidad del acto mediante el cual el Consejo de la Magistratura elaboró la terna para cubrir un cargo de Juez de Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Pergamino (concurso N° 2067) acto registrado en el acta N° 806 del 29/03/2016 de ese organismo.

En primer lugar y con remisión a precedentes de la SCBA que cita y a los que me remito, despeja la cuestión relativa a la revisión judicial de actos del Consejo de la Magistratura la cual refiere que es excepcional y limitada en el sentido que escapa a dicho control la actividad referida a temas de su competencia específica.

Así, sostiene que si bien ese aspecto no ha sido objeto de controversia vale tenerlo presente pues tendrá como corolario la imposibilidad, salvo exceso jurisdiccional de revisar toda una serie de planteos que han sido traídos por el actor (en el contexto del concurso y en comparación con otros postulantes, incluso el que resultara ganancioso), por ejemplo el supuesto criterio de territorialidad que debería haber utilizado el CM, su desenvolvimiento y resultados en el examen psicológico, incluso su puntaje en la prueba teórico práctica.

Dicho ello, se encomienda a abordar en primer lugar los vicios procedimentales alegados como defectos de la constitución del acto y causales autónomas de nulidad (inconstitucionalidad art. 29 de la Ley CM y ausencia de vista).

En este sentido, refiere que no hay nulidad por la nulidad misma y que la afectación al derecho de defensa alegada debe ir acompañada de una concreta denuncia de todas aquellas medidas, actos alegaciones y defensas en general que el actor se vio privado de ejercer, situación que no ocurre en autos toda vez que nada dice en relación con el efecto práctico que el ejercicio de los derechos que invoca hubiese tenido.

En concreto sostiene que los agravios carecen de entidad a los fines anulatorios pues carecen de una trascendencia inherente a tal declaración toda vez que el demandante en ningún momento expresa el perjuicio concreto que el cúmulo de irregularidades que alega le produjeron, perjuicio que se hubiera traducido en una efectiva violación al debido proceso si hubiese demostrado aquí que se le impidió el despliegue de su defensa y que ella habría hecho resolver diferente.

Sin perjuicio de todo lo expuesto encuentra un segundo orden de consideraciones por las que en particular no prosperan los vicios alegados.

En cuanto a la inconstitucionalidad del art. 29 de la ley 11.868, refiere que el actor no explica cuál es la cláusula constitucional que garantizaría una recurribilidad en sede administrativa. Sabido es que el Consejo de la Magistratura es quien tiene competencia resolutoria final respecto de las ternas y por ende sus decisiones son directamente revisables en sede judicial (art. 14 ap 1 a CPCA) limitándose la exigencia constitucional únicamente a un control judicial suficiente de la actividad administrativa más no hay un postulado similar en su seno, es decir de considerar deseable la existencia de un recurso judicial que permita a la administración volver a decidir sobre un punto no se sigue necesariamente que se falta de previsión acarrea la nulidad de sus actos.

Desestima también el agravio toda vez que el actor ha realizado una vaga y genérica mención de los derechos supuestamente violados sin demostrar cómo la norma impugnada habría quebrantado los derechos constitucionales cuya tutela se procura, máxime que la declaración de inconstitucionalidad de una ley o de un decreto constituye un acto de suma gravedad institucional, debiendo ser la última ratio del orden jurídico.

En cuanto a la denegación de vista del expediente y acceso a la información alegada, tampoco la encuentra de recibo.

Manifiesta en este punto que se abren dos aspectos toda vez que si la queja apunta a que se le ha impedido el acceso al expediente del concurso, eso resultaría falso a la luz de la carta documento en donde se le notifica la resolución 2341 otorgándole precisamente la posibilidad de hacerlo por sí o por tercero autorizado (vid. fs. 848 la res. 2341 y 850 la CD, del Expte. 5900-289/14), derecho que ejerció lo que da cuenta no solo la constancia de fojas 851 de las mismas (autorización y nota manuscrita del autorizado asentando tomar vista), sino el hecho de que haya acompañado copia de la mayoría del expediente administrativo en cuestión como documental al interponer la demanda.

Por otra parte agrega que si el reproche se dirige a la denegatoria, manifestada en la misma resolución, a acceder a la totalidad de los legajos personales de los postulantes, el actor no alega —ni menos demuestra— cuál derecho se vio frustrado de ejercer y cómo este ejercicio hubiera sido susceptible de alterar la conformación de la terna o, al menos, el devenir administrativo, exigencia que ya fuera postulada en relación con ambos vicios procedimentales alegados. No solo, en adición puede decirse que, tal y como se

recordara al iniciar la presente, analizar la cualidades y aptitudes de cada uno de los postulantes, tanto en valores absolutos como relativos —o sea, comparando entre ellos—, excede los contornos de la función jurisdiccional al quedar reservado al Consejo.

Por último y en cuanto al vicio de motivación alegado, refiere que de la opinión de esta Alzada al revocar la cautelar concedida inicialmente y finalmente la doctrina de la SCBA entiende que corresponde también desestimar la demanda, toda vez que el acto cuestionado presenta una motivación suficiente para mantener su validez.

Así en primer lugar analiza la resolución de esta Alzada que revoca la medida cautelar dictada en autos, y en base a lo allí resuelto por mayoría donde bajo un análisis preliminar se advirtió que el acta 806 había sido dictada en observancia de la legalidad y del procedimiento previsto para su validez y que se encontraba motivado puesto que la misma se sustenta en todos y cada uno de los actos preparatorios y particulares evaluaciones de los postulantes, considerando que si bien dicha opinión fue vertida en sede cautelar, luego de producido todo el debate puede concluir que la motivación como elemento del acto surge de su propio texto.

Agrega que la misma postura y conclusión surge de los resuelto por la SCBA en causa "Zarlenga" (62.241), con el agravante que allí además estaba revisando el cumplimiento de su sentencia anterior (27/12/2002) que había anulado y reenviado para la conformación de una nueva terna debidamente motivada.

Así, sostiene que al dictarse nueva sentencia ante la denuncia de incumplimiento de la anterior realizada por el actor, en fecha del 29/12/2009, entendió que "de las constancias acompañadas por el Consejo de la Magistratura, obrantes a fs. 281/298, se advierte que ese órgano estableció, al empezar, una regla para la toma de decisión (evaluar los antecedentes presentados en su momento), luego se declararon los valores buscados (solvencia moral, idoneidad, etc.) y se enumeraron los individuos que mejor los representaban (...). Como ya lo he afirmado, las razones, así exhibidas, muestran acabadamente cuál fue el proceso inferencial (el derrotero lógico) seguido para dar adecuada motivación a la decisión; y ello es suficiente, a su vez, para tener por cumplido con lo dispuesto por esta Corte en la sentencia de fecha 27/12/2002, más allá del desacuerdo que esgrime el actor con relación a cómo se efectuaron las valoraciones, en tanto ello no pasa de exhibir meras discrepancias subjetivas".

Puntualiza que habiéndose traído como prueba dicha causa y, frente a la lectura del acta respectiva (esp. 282 vta. y 283), puede afirmarse válidamente que tales consideraciones resultan de aplicación al caso ante la similitud, dejando aparte las particularidades propias de aquella en donde se hace referencia a la sentencia de la SCBA cuyo cumplimiento era objeto del acto, de la conducta decisoria asumida.

Así concluye que en la suficiente motivación pues, siguiendo el razonamiento de la Corte, antes citado el organismo: estableció las normas que le dan marco jurídico a su actuación; luego, se evaluaron los antecedentes y méritos obrantes en los legajos, la participación en la Escuela Judicial, las pruebas de oposición y complementarias; además, se consideraron los informes peticionados a diferentes organismos estatales y paraestatales; asimismo, se da cuenta que se tuvo un conocimiento personal de cada postulante mediante la entrevista; por último, también como en aquella oportunidad, se declaran los valores que se buscan (solvencia moral, idoneidad, respeto por las instituciones democráticas y los derechos humanos, sólida formación jurídica, adecuado criterio lógico, espíritu crítico y sentido común, para terminar, manteniendo el paralelismo que se está realizando, enumerando a los postulantes que mejor los representan.

Agrega que también se le podría dar la razón a lo dicho por el coadyuvante en su alegato, en el sentido de que la fundamentación del CM es aún más completa en las presentes actuaciones que en la analizada en 2009 por la Corte.

Por último refiere que tratándose de un organismo colegiado implica, necesariamente, que la motivación de sus actos tenga rasgos característicos y diferenciales respectos de aquella producida por los unipersonales y, en consecuencia, que el elemento *sub examine* no pueda valorarse con la misma vara debiendo ajustarse, en cuanto a la modalidad de su configuración, a la índole particular de cada acto administrativo (conf. doctr. CSJN, Fallos: 324:1860, 327:4943, entre otros; SCBA B.61.880, "Mango" sent. de 30/11/2011; B.63.173, "Di Lorenzo", sent. 13/11/2013, por todos).

En los supuestos de los órganos colegiados, las decisiones se toman mediante acuerdo al cual se arriba previa deliberación "desde que el intercambio de ideas es connatural a todo cuerpo colegiado" (CSJN causa S.605.XLVI, sent. del 26/02/2013). Y esto es precisamente lo ocurrido aquí, donde se da cuenta de los diferentes aspectos discutidos por los consejeros (deliberación) terminando con la votación y su recuento (decisión).

Bajo estos fundamentos arriba a la decisión e impone las costas en el orden causado. Asimismo regula honorarios.

II. La parte actora se agravia respecto de dicho decisorio. Las líneas de queja transcurren sobre los siguientes ejes:

En primer lugar cuestiona el fallo por entender que el mismo resulta una afirmación dogmática. Refiere que no pudo indicar las defensas que se ha visto privado de deducir toda vez que no ha tenido acceso a los legajos de antecedentes que le hubiesen permitido ver la edad de los candidatos, si los ternados son abogados, si se cumple con la manda constitucional de designar a los más idóneos, razón por la cual entiende que ni si quiera se sabe que defensas se podrían oponer por no poder acceder a esa información.

Insiste en cuanto a la denegación de acceso a acceso a la información lo ha sido solo en relación a los legajos y que el fallo prescinde de las constancias del expediente, el efecto sobre el mismo y sobre la conformación de las ternas.

Refiere que en cuanto a la valoración que hace el Consejo, que tratándose de una facultad reglada, no puede ser discrecional y se debe garantizar que sean los más idóneos.

Manifiesta que no se cuestiona en autos la facultad constitucional del consejo, ni se pretende sustituir por la propia, sino que cuestiona el apartamiento del debido proceso adjetivo, la infracción al derecho de defensa, la infracción de garantizar el acceso a información pública y la carencia absoluta de ponderación o valoración.

En relación al art. 29 de la ley 11.868, considera que la actuación del Consejo se encuentra reglada y dicha previsión normativa se inserta dentro del universo normativo aplicable, incluidas también las normas internacionales, por ello establecer la irrecurribilidad implica per se una restricción a priori dogmática, en tanto si la terna fue dictada con toda una gama de infracciones constitucionales y convencionales, debe caer ante el test de constitucionalidad y convencionalidad.

No cuestiona la facultad del Consejo de la Magistratura de dictar las ternas, pero reitera que debe hacerlo dentro del marco normativo citado, caso contrario, sus actos resultan revisables judicialmente y por ende la declaración de irrecurribilidad implicaría excluir dicho acto de ese control.

Refiere que el fallo no menciona ninguna norma —constitucional ni convencional— que son las normas que prioritariamente debe aplicar (art. 31,75 inc. 22 CN art. 34 Cód. Proc. Civ. y Comercial).

Cita jurisprudencia que estima aplicable.

Por último y en relación a la falta de motivación refiere que el fallo es formalista y dogmático y se aparta de los antecedentes de la causa.

Manifiesta que no hay ponderación de antecedentes, no se indican cuáles son los hechos que evaluados a la luz de las normas aplicables permitan llegara a una conclusión como la que arriba a la sentencia.

No hay fundamentación ni motivación, no se menciona ningún antecedente concreto, y es por eso que el acta pegada y copiada sirve para cualquier terna, tal surge de todas las actas del consejo y sirve porque no contiene la singularidad del caso concreto y ello precisamente es ponderar los antecedentes de cada uno de los postulantes y decir porque se elige uno sobre otro, refiere que ello trae ínsita la violación de una télesis adecuada del art. 175 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires.

Sostiene que la sentencia considera que aun cuando no se cite ningún antecedente el deber de fundamentación se encuentra satisfecho, siendo dogmático y absurdo.

Cita jurisprudencia que estima aplicable.

Insiste que de la lectura de la resolución no permite ver qué hecho se explicita o se analiza en ella. No hay deliberación, ni ponderación alguna. Se arriba a un resultado de manera dogmática sin poder saber los motivos de la decisión. Así refiere que la desvinculación con los hechos de la causa resulta evidente y la sentencia absurda.

Alega violación de normas internacionales, jurisprudencia y recomendaciones de la CIDH.

Previa reserva de caso federal y de plantear el caso ante la CIDH, solicita se haga lugar al recurso y se revoque la sentencia con costas.

III. Mediante presentación de fecha el tercero coadyuvante deduce apelación contra la imposición de costas en el orden causado.

Entiende que en función del resultado del proceso las costas debieron imponerse a la actora en su condición de vencida.

Asimismo se agravia toda vez que la magistrada omite fundar en derecho esa decisión.

Cita jurisprudencia que estima aplicable.

Con estos argumentos solicita se revoque el pronunciamiento y se impongan las costas a la vencida.

IV. Despejada que ha sido la admisibilidad formal de los remedios recursivos, abordaré en primer término el recurso de la parte actora, a cuyo respecto anticipo que, dentro del marco de congruencia habilitante, el mismo no resulta de recibo.

La decisión no reviste error de juzgamiento y debe confirmarse.

Los agravios no logran conmover las razones de la decisión atacada.

En efecto y tal como lo sostuviera la SCBA en causa B. 62.241 "Zarlenga" sent. 29/12/2009 "...las decisiones del Consejo son susceptibles de control judicial solo en casos excepcionales y en tanto lo que sea objeto de cuestionamiento no se trate de temas referidos a su competencia específica (también puede verse Gustavo D. Spacarotel, "El principio de legalidad y los alcances del control judicial", en LA LEY Administrativo, Suplemento del 16 de febrero de 2006, ps. 39 y ss.). De acuerdo a ello, y solo a modo de ejemplo: no se haya autorizado el Poder Judicial a enmendar las calificaciones discernidas a los postulantes en razón de sus respectivos exámenes, ni puede tampoco juzgar los criterios por los cuales los consejeros han seleccionado a ciertos y determinados aspirantes en detrimento de otro u otros, ya que cualquiera de esas labores son propias y específicas del Consejo. En cambio, los tribunales pueden (y deben, según el caso), verificar que las decisiones que se tomen hayan sido debidamente justificadas o motivadas, haciendo operar las normas que fueran aplicables, y siempre con arreglo a elementales principios de razonabilidad....".

En el mismo sentido ha dicho "...que ciertamente no atañe el Poder Judicial evaluar y calificar los antecedentes y exámenes de oposición de los postulantes a ocupar cargos de jueces e integrantes del Ministerio Público, ni elevar ternas al Poder Ejecutivo para efectuar las designaciones, porque la Constitución ha atribuido tales facultades, en grado de exclusividad, al órgano específico creado al efecto. En suma no se trata de que la materia no sea justiciable —tema abordado de algún modo en la primera cuestión— sino de que, en este caso, la cuestión planteada en la demanda está fuera de la competencia revisora del Poder Judicial respecto de los actos del Consejo de la Magistratura, porque aquel no puede sustituir la ponderación que es inherente a la función que en forma privativa y exclusiva le ha atribuido la Constitución. Y, naturalmente, no sería posible abordar la cuestión propuesta por la actora sin avanzar en esa esfera, aun cuando la eventual decisión se limitara a revocar el acto como ella pretende..." (SCBA causa I causa B. 60.418, "Guridi sent. 28/09/1999 y causa "Riusech" (sent. 16/02/1999).

No caben dudas que en orden a la naturaleza de la decisión del Consejo de la Magistratura, nos encontramos frente a una exteriorización de una declaración de juicio o valor, de un Órgano del Estado, que se encuentra ejerciendo funciones materialmente administrativas, produciendo efectos jurídicos directos e individuales respecto de los terceros postulantes; por cuanto el referido dictamen conforme lo denomina el art. 28 de la ley 11.868 —vigente a la época de los hechos— es un verdadero acto administrativo y así lo admite la Suprema Corte (Causa "Riusech" citada).

Dicho ello, y del análisis de las constancias de autos diré tal como lo sostuviera la magistrada de primera instancia que la decisión del Consejo de la Magistratura cuya nulidad se pretende deviene ajustada a derecho toda vez que no se ha evidenciado que el Consejo se haya apartado del bloque de legalidad que demarca y delimita su actuación (arts. 175, Constitución Provincial, ley 11.868 y su reglamentación), ni se ha advertido arbitrariedad o vicios en el procedimiento.

En efecto no surge acreditado en autos los vicios procedimentales alegados como defectos en la constitución del acto (debido proceso adjetivo), ni los agravios logran conmover lo decidido por la magistrada al respecto.

Se ha conferido vista de las actuaciones administrativas requeridas —exp. 5900-289/14-res-2341— habiendo accedido a las mismas, y ejercido así su derecho de defensa (fs. vid. fs. 848 la res. 2341 y 850 la CD, del Expte. 5900-289/14, fs. 851 e incorporación en copia del expediente administrativo como documental al deducir la demanda).

Por otra parte, y en relación al acceso de los legajos de todos los postulantes, tal como sostuviera la magistrada el actor no alega ni demuestra, ni siquiera en la expresión de agravios que derecho se ha visto impedido de ejercer y cómo o de qué manera ello hubiese modificado el procedimiento administrativo previo que cuestiona.

El recurrente, pese a encontrarse incorporados los legajos de todos los postulantes, se limita a esgrimir expresiones genéricas por ejemplo que no se le ha permitido ver la edad, ni la profesión de los concursantes, requisitos constitucionales para ser jueces - como tampoco los antecedentes a efectos de saber si el Consejo ha designado a los más idóneos, sin, reitero indicar en su recurso y habiendo accedido ya a los mismos por haber sido ofrecidos como medida de prueba e incorporados al presente proceso, que aspectos o defensas hubiese podido deducir que modificaran el iter del procedimiento.

Lo expuesto evidencia también un mero desacuerdo sobre la confección de la terna de la cual el actor es excluido, sin lograr demostrar una arbitrariedad en la decisión colegiada.

Sin perjuicio de ello y en función de la doctrina de la SCBA antes citada, excede del control jurisdiccional los aspectos relativos con cualidades y aptitudes de cada uno de los concursantes y la confrontación entre ellos, quedando comprendida dentro de la competencia específica del Consejo de la Magistratura.

En relación a la pretendida inconstitucionalidad, el recurrente si bien no cuestiona la facultad del Consejo de la Magistratura, refiere que lo debe hacer dentro del marco normativo citado, caso contrario sus actos resultan revisables judicialmente.

En relación a este agravio, diré que tampoco es de recibo.

En este sentido, y conforme doctrina SCBA antes citada, las decisiones del Consejo de la Magistratura se encuentran alcanzadas por el control judicial, y en efecto el recurrente ha deducido pretensión anulatoria contra la decisión.

A mayor abundamiento, el recurrente tampoco demuestra qué cláusula constitucional es la que garantiza el recurso en sede administrativa, máxime teniendo en cuenta la doctrina legal que se debe considerar que la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal constituye la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia, por configurar un acto de suma gravedad institucional que debe ser considerado como última ratio del orden jurídico, por lo que no debe recurrirse a ella sino cuando una estricta necesidad lo requiera (Fallos: 249:51; 264:364; 288:325; 328:1416, entre muchos otros).

En función de lo expuesto en este segmento tampoco la decisión reviste error de juzgamiento y debe confirmarse.

En relación al agravio vinculado a la motivación de la resolución del Consejo de la Magistratura mediante la cual el día 29/03/2016 (acta 806 del expediente 5900-289/14) conformó la terna que se elevara al PE para cubrir el cargo de Juez de Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Pergamino, concurso 2067, tampoco prospera.

En este sentido esta Alzada en oportunidad de resolver el recurso de apelación contra la medida precautelar dispuesta en autos sostuvo por mayoría en relación a la motivación del acto que se cuestiona que "...que el Acta 806 ha sido dictada en la observancia de la legalidad y por ende, del procedimiento previsto para su validez, toda vez que se sustenta sobre: la evaluación de los antecedentes de los postulantes, las pruebas e informes requeridos, las entrevistas personales y ponderaciones respecto a la solvencia moral, idoneidad y el respeto por las instituciones democráticas y los derechos humanos (conf. arts. 19 y 28, ley 11.688; ver Expte. adm. N° 5900-289/14: fs. 286, 416/431, 573, 716/813, 830/837, entre otras) y se muestra motivado, puesto que el Acta 806 se sustenta en todos y cada uno de esos actos preparatorios, así como en las particulares evaluaciones de los postulantes (arts. 103 y 108, decreto ley 7647/1970; doctr. SCBA causas Riusech (B 59.168, sent. del 16/02/1999); Guridi (B-60.418, sent. de 28/09/1999), Sambro Merlo (B-60.921, sent. de 15/12/1999), Maida (B-59.728, sent. de 03/05/2000); Zarlenga (B 62.241, sent. del 27/12/2002 y res. del 29/12/2009); como también doctr. causa "Mattera, Marta d. R. c. Consejo de la Magistratura Nacional - Resol. 399/01 s/ amparo", CNCAFed., Sala IV, res. de 27/03/2002; y en sent. conc. CCALP N° 12.121 Zarlenga, res. del 27/09/2011; Zarlenga N° 12.760, res. del 14/06/2012)...Asimismo, las constancias de la causa dan cuenta de la elaboración de las ternas vinculantes con sujeción al régimen de mayoría que es propio del Consejo de la Magistratura..."

En este sentido, arribo a la misma conclusión en cuanto a la motivación del acta toda vez que no se han aportado elementos probatorios que permitan modificar lo allí resuelto, luego de toda la sustanciación del presente proceso (arts. 103 y 108, decreto ley 7647/70).

En efecto de la misma se colige que el Órgano estableció las normas que le dan marco jurídico de su actuación, ponderando los antecedentes y méritos de cada uno de los legajos, estudios en la Escuela Judicial, prueba de oposición y antecedentes, la incorporación de todos los informes requeridos, el conocimiento personal de cada postulante, indicándose los valores perseguidos en la selección (solvencia moral, idoneidad, respeto por las instituciones democráticas y los derechos humanos, sólida formación jurídica, adecuado criterio lógico, espíritu crítico y sentido común), y luego que lo consejeros emiten su voto se identifica a aquellos tres que han alcanzado una mayoría superior a dos tercios a saber: Dr. Fernando Alberto Enghlemayer, Dr. Bernardo Louise y Dra. Laura Josefina Panizza, incluyéndolos en la terna que se remitiera por orden alfabético al poder ejecutivo.

En el mismo sentido, y tal como lo sostuviera la magistrada de primera instancia y el propio recurrente al solicitar aplicación de lo resuelto por la SCBA en la causa "Zarlenga" (B 62.241) ya se ha expedido el Supremo Tribunal Provincial acerca de la fundamenta-

ción y motivación de actos del Consejo de la Magistratura, donde en función de la sentencia dictada con fecha 27/12/2002 que anulara y reenviara el acto para la conformación de una nueva terna, vuelve a expedirse el Tribunal en relación al nuevo acto administrativo (res. del 29/12/2009).

En esa oportunidad y en relación al acta obrante a fs. 282/283 de la citada causa que ha sido ofrecida como prueba en estas actuaciones a fs. 1304/1310 la Suprema Corte entendió que la decisión se encontraba motivada. En este sentido dijo"... destaco que de las constancias acompañadas por el Consejo de la Magistratura, obrantes a fs. 281/298, se advierte que ese órgano estableció, al empezar, una regla para la toma de decisión (evaluar los antecedentes presentados en su momento), luego se declararon los valores buscados (solvencia moral, idoneidad, etc.) y se enumeraron los individuos que mejor los representaban. A ello se agregó una razón particular y de clara prudencia práctica: los aspirantes ternados formaban parte del Poder Judicial en el área del Ministerio Público, descontándose en ellos la experiencia necesaria para desempeñarse en un departamento judicial de alto índice de litigiosidad, lo que fue especialmente considerado. Como ya lo he afirmado, las razones, así exhibidas, muestran acabadamente cuál fue el proceso inferencial (el derrotero lógico) seguido para dar adecuada motivación a la decisión; y ello es suficiente, a su vez, para tener por cumplido con lo dispuesto por esta Corte en la sentencia de fecha 27/12/2002, más allá del desacuerdo que esgrime el actor con relación a cómo se efectuaron las valoraciones, en tanto ello no pasa de exhibir meras discrepancias subjetivas...".

Entonces tomando como pauta lo antes expuesto y analizando el acta antes referida y los lineamientos esgrimidos por el Tribunal Supremo Provincial y la Resolución del Consejo de la Magistratura del 29/03/2016 (acta 806) cuya nulidad aquí se pretende, se advierte que esta última cumple con aquellos estándares de suficiencia de motivación.

En efecto se aprecia cual ha sido el proceso inferencial —derrotero lógico— seguido para dar adecuada motivación a la decisión (fs. 830/837 del exp. administrativo N° 5900-289/14).

Asimismo cabe agregar en cuanto a la modalidad de funcionamiento y decisión de los órganos colegiados que"...se impide la utilización de formas rígidas para expresar las razones y antecedentes determinantes de la emisión del acto, o su equiparación a la forma que dictan los órganos unipersonales...aquellos adoptan decisiones por mayoría previa deliberación y votación en la forma que establezcan las normas correspondientes..." Concluyendo la CSJN que"...estas constancias que se realizan por escrito resultan suficientes...para cumplir con el requisito de motivación. En tales condiciones resultan insustanciales las críticas que efectúa el apelante acerca de la falta de motivación puesto que... los actos impugnados contienen —aunque de modo particular— las razones que llevaron a su dictado..." (CSJN, D 550.XXXVI "Caiella" sent. del 16/11/2004; Fallos: 327:4943).

Por último también se advierte también una pérdida de actualidad del debate habiéndose consumado la situación del candidato Bernardo Louise a través de su designación como Juez de Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Pergamino mediante decreto N° 1692/2019 de fecha 3 de diciembre de 2019 (ver presentación de fecha 16/12/2019).

En materia de costas, no encuentro elementos para apartarme del principio objetivo de la derrota, por lo que considero que la decisión de primera instancia en este aspecto reviste error de juzgamiento - por lo que corresponde hacer lugar al recurso del tercero coadyuvante— e imponer las mismas a la actora en su carácter de vencida (art. 51, 77 CCA texto según ley 14.437).

En virtud de todo lo expuesto, en función del análisis de las constancias de la causa, normativa aplicable y precedentes de esta Alzada y de la SCBA citados, entiendo que corresponde rechazar el recurso de apelación deducido por la parte actora, confirmar la sentencia de primera instancia en la cuestión principal, y hacer lugar al recurso deducido por el tercero coadyuvante imponiendo las costas del proceso a la actora en su condición de vencida (arts. 1, 12, 50, 51 77 inc. 1 y concs., CCA, texto según ley 14.437, art. 68, y conc. Cód. Proc. Civ. y Comercial).

V. En mérito de los argumentos vertidos, propongo rechazar el recurso de apelación deducido por la parte actora, confirmar la sentencia impugnada en todo cuanto fuera materia de agravios en la cuestión principal, y hacer lugar al recurso del tercero coadyuvante imponiendo las costas del proceso a la actora en su condición de vencida (arts. 1, 12, 50, 51 77 inc. 1 y concs., CCA, texto según ley 14.437, art. 68, y conc. Cód. Proc. Civ. y Comercial).

Así lo voto.

El doctor *De Santis* dijo:

Discrepo con el primer voto.

El conflicto que suscita el escrito inicial reporta una plataforma que se conforma desde la falta de motivación suficiente de la decisión del órgano de selección de magistrados (conf. art. 175 CPBA y ley 11.868), como vicio esencial de constitución.

Remito a esa plataforma, como lo relata la sentencia apelada y la intervención que me precede.

Y, desde ese punto de partida, anticipo de recibo al agravio formulado por el actor.

Para abastecer esa conclusión reenvío al criterio que sostuviera en una causa análoga (mi voto en causa CCALP N° 12.760), formando convicción en este ciclo adjetivo de cuanto ya advirtiera, de manera provisoria, en ocasión de expedirme por la procedencia de la medida cautelar adoptada oportunamente en la anterior instancia, según despacho de este tribunal de fecha 31/08/2017 (ver fs. 1346/1351).

Siguiendo esos lineamientos, ahora confirmados, y el valor de principio general del enunciado del artículo 7 inciso e) de la ley 19.549, integrado al régimen administrativo del Decreto Ley 7647/1970 (conf. art. 108) y el perfil del vicio por falta de motivación como su efecto invalidante insanable con alcance retroactivo (conf. arts. 14, 17 y 19 de la ley 19.549 y 113 y 114 del decreto ley 7647/70), dada su fuente en las normas del derecho común, derivo en el contorno de invalidez para el acto que viene impugnado (conf. arts. 1050 y concordantes del Cód. Civil; arts. 386 ss. y ccs. Cód. Civ. y Com. de la Nación - ley 26.994).

Dije en aquella ocasión y lo reitero en esta, que no puede prescindirse de la respuesta excluyente que provee el sistema normativo, siempre asentada en el deber de sujeción que reportan a su respecto las actividades estatales y que colocan en el máximo rango de interés público, por sobre todo otro, a la respuesta extintiva de los actos de poder que se hallen afectados de nulidad absoluta.

Y, asimismo, la necesidad de uno válido que lo retire de la vida jurídica, o su sustituto por sentencia judicial, sin más variable de posibilidad.

En el tratamiento propuesto también me inicio, en este caso, con la remisión a la doctrina de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, (causa SCBA B-62.241), que fijara posición respecto a la necesidad de motivación suficiente del acto de conformación de la propuesta en terna que confeccione el Consejo de la Magistratura de la Provincia de Buenos Aires y diera cuenta de su inobservancia cuando, como ocurre en esta controversia, esta fuese elaborada prescindiendo de la valoración relativa a los antecedentes personales de cada aspirante y sin dar razones de los elementos comparativos considerados para dar argumento a la elección de unos postulantes por sobre los otros postergados de la propuesta final.

Reenvío a los fundamentos de esa jurisprudencia en la labor de informar, en la motivación, un elemento esencial de todo acto administrativo y en la necesidad de exponerlo desde el análisis comparativo de los antecedentes de quienes participen en un concurso de selección, como también en las consecuencias jurídicas de su inobservancia.

Agrego a todo ello que el procedimiento ante el Consejo de la Magistratura participa de los rasgos que son comunes a todo aquel que comporte una instancia pre contractual que se dirija a constituir el criterio de conveniencia sobre el postulante más conveniente.

Vale decir, son las reglas y principios de la licitación pública los que dan molde al recorrido concursal, con las variantes que resultan de su propia naturaleza y que colocan en el lugar de la oferta más conveniente al candidato más idóneo.

Y, al criterio de oportunidad de la elección en la valoración de las mejores condiciones de aptitud acreditadas.

En esencia, el contorno jurídico del concurso se informa desde esa construcción jurídica.

Bajo ese marco, cuanto transcurre ante el Consejo de la Magistratura no es más que un procedimiento pre contractual que se constituye como relación jurídica y que por lo tanto es bilateral, una vez presentados los postulantes.

Recíprocamente pues genera deberes y derechos cuyo ejercicio por estos últimos, si bien nunca alcanza a la sustitución del criterio de oportunidad en la elección, admite dirección inequívoca en las condiciones previas de validez que lo expongan.

Ese escenario singular explica el derecho subjetivo a la consideración de los antecedentes de cada postulante y también su interés común (legítimo) de resultar elegidos.

La concurrencia, junto a la igualdad y la publicidad, conforman pues un conjunto al que la administración debe sujeción irrestricta.

Y es precisamente el primero de los señalados requisitos el que deja ver con nitidez la exigencia de motivación suficiente, en la medida en que ese rasgo esencial del procedimiento de selección se traduce en el derecho de cada aspirante a que sus antecedentes sean considerados en la puja.

Y que lo sea a través de una decisión fundada que explique, de manera suficiente, la posición final obtenida en la compulsa.

De allí se deriva que, cuando esa exigencia no se cumpla, o lo sea con carencias, el interesado pueda

reclamar en dirección a la invalidez de los actos consecuentes, que se reporten con causa en ese vicio, aunque como he dicho, sin alcanzar a modificar en su favor el criterio de selección final.

La demanda incoada, que se ajusta a ese confín, muestra el ejercicio del derecho y su nacimiento en la relación jurídica que es inherente al concurso, pero también a un acto de selección (acta 806, concurso N° 2067) que no ha sabido exponer razones suficientes que satisfagan la exigencia de motivación, en tanto esta, perfilada desde la necesidad del juicio comparativo de los antecedentes y mérito de cada postulante que justifique su lugar en el orden de mérito, para excluirlo o incluirlo en la terna, se exhibe ausente.

De suyo, la sola consigna de los elementos obrantes en el procedimiento de selección, sin la exposición razonada de los fundamentos relativos a su comparación, entre cada postulante, resta a la motivación suficiente de un resultado que solo deja expuesta la mayoría calificada que es exigible, sin más.

La impronta constitucional de esas reglas (arts. 16, 18 y 28 CN y 175 CPBA), como la legislación y los principios generales que consignara en esta intervención, da sostén a una derivación que guarda plena armonía con la doctrina judicial citada y cuya aplicación también constituye plataforma sustancial de mi respuesta al recurso deducido.

Lo expuesto desautoriza toda predica de remisión a las etapas del proceso y a una conformación progresiva del requisito de motivación, pues ni este último se muestra expuesto bajo ese escenario en el contenido del acta N° 806, ni esa variable de posibilidad releva a la autoridad que decida de su deber de exponerlo y valorarlo con explicaciones fundadas y bajo cualquier modalidad que se adopte.

En ninguna hipótesis el acto se muestra suficiente con relación al recaudo de legalidad en consideración.

Mi propuesta decisoria pues se aviene a la doctrina judicial citada, aunque al respecto deje expuesta reserva en relación con los alcances de un reenvío que no siempre veo posible para situaciones resueltas en base a la inobservancia del elemento motivación.

En este caso, dadas las peculiaridades que exhibe el suceso judicial, y en esencia desde la necesidad de constituir el derecho del actor a una decisión fundada sobre su lugar en el orden de mérito, justifico los alcances decisorios de aquella construcción como también la extensión propuesta hacia los actos que fueren consecuencia del acto nulo.

Esto último pues, ciertamente, el vicio predicado para el acto de constitución de la terna de candidatos impregna a todas sus ulteriores derivaciones, sin que medie razón alguna que excluya de esa consecuencia a las decisiones posteriores de la administración.

Por todo ello, habré de auspiciar la revocación del fallo recurrido por el actor, hacer lugar a la pretensión promovida, anular la aprobación de la terna que motiva el contradictorio y los actos que sean su consecuencia y la designación provista de otro aspirante (arts. 175 CPBA, 1050 Cód. Civil, 108, 113, 114 y ccs. decreto ley 7647/1970 y 55, 56, 58, y ccs. ley 12.008, T. seg. ley 13.101).

También propicio, condenar al Consejo de la Magistratura de la Provincia de Buenos Aires a que decida sobre la compulsa efectuada en el referido concurso, observando el requisito de motivación suficiente y dentro del plazo de sesenta días, con costas en ambas instancias a la parte vencida en el proceso, con excepción de las generadas por la intervención del tercero coadyuvante las que deberán imponerse a cargo de este último (conf. arts. 163 CPBA, 10, 51 y 77 ley 12.008, T. seg. leyes 13.101 y 14.437, 75 y 274 y ccs. del Cód. Proc. Civ. y Comercial).

Así me pronuncio, resultado este que, a tenor de sus alcances accesorios, neutraliza por inoficioso el tratamiento del recurso de apelación del tercero coadyuvante.

La doctora *Milanta* dijo:

Adhiero al criterio de solución propiciado por el doctor *Spacarotel* y expreso mi voto en idéntico sentido decisorio.

Así lo voto.

2ª cuestión. — El doctor *Spacarotel* dijo:

I. Mediante resolución de fecha 06/06/2019 la magistrada de grado ordenó el levantamiento de la medida cautelar ordenada en autos a fs. 47/50 que tenía por objeto" "...Suspender la tramitación del acto administrativo dictado por el Poder Legislativo consistente en la aprobación de la propuesta elevada a la Comisión de Acuerdos del Senado para la designación del Dr. Bernardo Louise, para cubrir el cargo de Juez de Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Pergamino (Mensaje elevado con fecha 28/07/2016). Y ordenar al Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires que se abstenga de dictar el decreto de designación del Dr. Bernardo Louise en el cargo cuya elección fuera aprobada. Para el caso que ya se hubiese dictado, comuníquese a la SCBA la suspensión de todo trámite a fin de evitar la

posesión del cargo. A tal fin, líbrese oficio al Gobernador de la Provincia de Buenos Aires y a la Cámara de Senadores de la Provincia de Buenos Aires (art. 175 CP, 23, 23 25 y conc. CCA)..."

Para así decidir sostuvo que en función de la sentencia dictada en autos que desestimara la demanda, se modificaron las circunstancias que determinaron el acogimiento favorable de la medida cautelar ordenada habiendo desaparecido la verosimilitud del derecho oportunamente ponderado para su dictado (art. 26 inc. 3 CPCA).

A mayor abundamiento agregó que tomó conocimiento mediante la MEV, de las resoluciones emitidas por esta Alzada y por la SCBA, mediante las cuales se decidió revocar la medida cautelar otorgada y rechazar el recurso de queja interpuesto, y que si bien dichos pronunciamientos no han adquirido firmeza al momento del dictado de esa resolución, se deben tener en cuanto al momento de evaluar la persistencia de la verosimilitud del derecho que fuera invocado en la resolución de fecha 31/10/2016.

Con estos fundamentos arriba a la decisión.

II. Contra ese pronunciamiento, se alza la parte actora mediante recurso de apelación deducido con fecha 17/06/2019.

Se agravia por entender que la magistrada carece de competencia para dictar la resolución que recurre en función del art. 166 del Cód. Proc. Civ. y Comercial.

Sin perjuicio de ello entiende que existe error en la resolución toda vez que la sentencia de primera instancia no se encuentra firme y que existe asimismo recurso extraordinario federal en relación a la revocación de la medida cautelar dispuesta en autos.

Con estos fundamentos solicita se haga lugar al recurso.

III. En razón del sentido decisorio de la sentencia de esta Alzada que propicia rechazar la impugnación de la parte actora y confirmar la sentencia de primera instancia, conforme fuera expuesto al resolverse la primera cuestión, considero inoficioso el tratamiento del recurso de apelación contra la resolución que ordena el levantamiento de la medida cautelar dispuesta en autos, lo que así me pronuncio.

Por ello propongo:

Declarar inoficioso el tratamiento del recurso deducido por la parte actora (art. 55,56, 58 CCA).

Así lo voto.

El doctor *De Santis* dijo:

Conforme al resultado de la mayoría para la primera cuestión, adhiero al primer voto

Así lo voto.

La doctora *Milanta* dijo:

Adhiero al primer voto.

Así lo voto.

Por los fundamentos expuestos en el Acuerdo que antecede: 1. Por mayoría, se rechaza el recurso de apelación deducido por la parte actora, se confirma la sentencia impugnada en todo cuanto fuera materia de agravios en la cuestión principal, y se hace lugar al recurso del tercero coadyuvante imponiendo las costas del proceso a la actora en su condición de vencida (arts. 1, 12, 50, 51 77 inc. 1 y concs., CCA, texto según ley 14.437, art. 68, y conc Cód. Proc. Civ. y Comercial). 2. Se declara inoficioso el tratamiento del recurso deducido por la parte actora (art. 55,56, 58 CCA). 3. Por su actuación profesional en segunda instancia, regúlanse de los profesionales actuantes del siguiente modo: Dra. María Gabriela Mortara —letrada de la parte actora—, en la suma de pesos equivalente a ... Jus y los del Dr. Leandro José Giannini —apoderado del coadyuvante Sr. Bernando Louise— en la suma de pesos equivalente a ... Jus (arts. 9, 10, 15, 31, 54 y 57 Ley 14.967), cantidades a las que se deberá adicionar el 10% (arts. 12 inc. a) y 16, ley 6716 y modif.). Regístrese, notifíquese y devuélvanse las actuaciones al juzgado de origen, oficiándose por Secretaría. — *Claudia A. M. Milanta. — Gustavo D. Spacarotel. — Gustavo J. de Santis.*

Reflexiones acerca de la motivación de las decisiones del Consejo de la Magistratura

El caso "Mortara", un Zarlenga recargado

Martín Sheridan (*)

Sumario: I. Hechos.— II. Precautelar.— III. Cautelar.— IV. Revocación de cautelar.— V. La sentencia que resolvió fondo de la litis.— VI. Fallo de Cámara.— VII. Debate sistémico.

I. Hechos

El fallo que comentaré es uno más de los que abordan la temática de la motivación (o ausencia de ella) en un acto administrativo emanado por el Consejo de la Magistratura de la provincia de Buenos Aires, respecto al proceso de selección de jueces.

Es un tema complejo que tiene múltiples aristas, derivadas de la composición de este órgano, que tiene representantes de la política, la magistratura, la abogacía organizada, y en el cual podrían darse tensiones entre el ser y el deber ser **(1)**, en la búsqueda de los ciudadanos aspirantes a integrar uno de los tres poderes de la organización provincial, que tiene la magna tarea de impartir justicia.

En este caso, el señor Héctor Mariano Mortara, secretario del Juzgado de Paz de Colón, provincia de Buenos Aires, demandó que se anule la resolución de Consejo de la Magistratura mediante la cual, el día 29/03/2016 dentro del expediente 5900-289/14 (Acta 896), conformó la terna que se elevara al PE para cubrir el cargo de juez de Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial Pergamino, concurso 2067; solicitando la nulidad de todos los actos que fueran consecuencia de aquel, y que se ordene al organismo demandado la conformación de una nueva terna debidamente fundada.

También peticionó la inconstitucionalidad del artículo 29 de la ley 11.868, en tanto impedía la recurribilidad de las ternas conformadas por el Consejo y, además, la normativa citada por este —res. 209, 780, 963, 1619— al denegarle el acceso a la información pública, y vulnerar la tutela judicial efectiva consagrada en el artículo 15 de la Constitución provincial.

El actor criticó que en la resolución atacada se menciona que se ponderaron los antecedentes obrantes en los legajos, pero estos fueron confidenciales, reservados y secretos y, por lo tanto, desconocidos para los aspirantes, acudiendo así a generalidades y abstracciones.

También el doctor Mortara manifestó que se dejó constancia que se realizaron entrevistas, aunque no sus conclusiones y aspectos evaluados, permaneciendo en secreto sus resultados y criterios.

En otro orden, el demandante manifestó que en la resolución cuya nulidad se solicitó, se alude a que se verificó la solvencia moral, idonei-

(*) Expresidente de la Asociación de Abogados de Colón. Exconsejero del Colegio de Abogados de Pergamino.

(1) Cuestión abordada verbigracia en el libro de ZARLENGA, Marcelo Esteban, "El Circuito Clandestino. Como se seleccionan los jueces y los funcionarios del Ministerio Público en la Provincia de Buenos Aires".

dad respecto a las instituciones democráticas y los derechos humanos, sólida formación jurídica, adecuado criterio lógico, espíritu crítico y sentido común, conceptos totalmente abstractos y vacíos de contenido por su generalidad, sin apoyo en circunstancias objetivas que el consejo pudo haber tenido en cuenta para arribar a la conclusión.

También criticó el actor:

a. Que los ternados no fueron quienes mejor puntaje obtuvieron.

b. Que su evaluación psicológica arrojó óptimos resultados, mejores a otros ternados y mejor que el elegido por el PE para cubrir el cargo.

c. Que no se menciona la ponderación de las entrevistas, lo cual lo perjudica pues su desempeño en ella resultó óptimo.

d. Tampoco surgen del expediente las pautas seguidas para evaluar a los aspirantes, qué antecedentes fueron considerados de relevancia, cuáles fueron las razones por las que se privilegiaron unos sobre otros, qué antecedentes fueron evaluados y cuáles no, tampoco el mérito, juicio de valor o consideración que ha tenido cada antecedente.

e. Aseveró que la denegatoria a acceder y tomar vista de los legajos de los postulantes por considerar sensible la información (res. 2341 del 26-IV-2016), violó elementales y básicos principios constitucionales, como los insertos en el artículo 175 de la Constitución de la provincia de Buenos Aires, al no hacer mención sobre los criterios objetivos predeterminados de evaluación.

f. A su vez, consideró que al ser secreta la sesión, el Consejo no respetó criterio alguno de territorialidad al excluir a uno de los dos candidatos pertenecientes al departamento asiento del organismo, ni de idoneidad en la prueba escrita en tanto los ternados no son quienes mejor puntaje obtuvieron.

II. Precautelar

La demanda del candidato a ocupar cargo en la Cámara Civil y Comercial de Pergamino ingresó el 17-8-16, caratulada "Mortara, Héctor Mariano c. Consejo de la Magistratura y otro/a s/ pretensión anulatoria - previsión", N° 36675 del Juzgado Contencioso Administrativo N° 1 del Departamento Judicial La Plata, en la cual el 31-8-16, se dictó la medida precautelar cuya parte resolutiva dispuso "(…) 1. Suspender, con carácter de medida precautelar, la tramitación del acto administrativo dictado por el Poder Legislativo, consistente en la aprobación de la propuesta elevada a la Comisión de Acuerdos del Senado para la designación del Dr. Bernardo Louise, para cubrir el cargo de juez de Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Pergamino (Mensaje 3338 elevado con fecha 28/07/2016). 2. Ordenar al Poder Ejecutivo de la provincia de Buenos Aires, con carácter de medida precautelar, a abstenerse de dictar el decreto de designación del Dr. Bernardo Louise en el cargo cuya designación fue aprobada. Para el caso que ya se hubiere dictado, comuníquese a la SCBA la suspensión de todo trámite, a fin de evitar la posesión del cargo. Todo ello, hasta tanto sean acompañadas las actuaciones requeridas y medie un nuevo pronunciamiento con relación a la pretensión cautelar articulada, bajo apercibimiento de lo dispuesto por el art. 163 de la Constitución provincial. A tales fines, previa caución que deberá prestar el accionante, líbrese oficio al Gobernador de la provincia de Buenos Aires y a la Cámara de Senadores de la provincia de Buenos Aires, con habilitación de días y horas (arts. 135 y 153 del CPCC) (…)".

Con posterioridad a ello, el magistrado titular de dicho Juzgado fue recusado por la Fiscalía de Estado con causa, por lo cual el expediente fue remitido al Juzgado Contencioso Administrativo N° 4 del Departamento Judicial La Plata por sorteo, asignándose a la causa el número 3067.

III. Cautelar

El Juzgado Contencioso Administrativo N° 4 del Departamento Judicial La Plata resolvió el 31/10/2016 hacer lugar a la medida cautelar solicitada, con una interesante valoración de un tema lateral que daría para otro abordaje, que fue el reconocimiento del carácter de *amicus curiae* de una Asociación que no tenía el gobierno formal de la matrícula, y entre otros argumentos manifestó: "(...). Considerando: a) Que, en primer término, se procederá a tratar la interven-

ción de la Asociación de Abogados de la Ciudad de Colón provincia de Buenos Aires y el requerimiento de su exclusión por parte del fisco accionado. Liminarmente, es dable destacar que con la expresión *amicus curiae* se hace referencia a un instituto del derecho procesal, que admite a terceros ajenos a una disputa, a ofrecer opiniones para la resolución de un proceso judicial. En este entendimiento, la Asociación interviniente a fojas 1015 manifiesta: 'Expresamente queremos dejar aclarado que la presente tiene por objeto que el proceso de designación se efectúe bajo las pautas constitucionales y convencionales existentes. Si bien apoyamos al Dr. Mortara por los motivos que se exponen, entendemos que no tenemos derecho a suplir la voluntad del consejo, pero si, a peticionar las razones por las cuales se eligen a unos por sobre otros, derecho en definitiva a que se motive la decisión, lo cual no se ha hecho en el acto atacado. Destaco que la acción no es en contra de persona alguna, siendo la conformación de la terna circunstancial, expresando el mayor de los respetos hacia todos sus integrantes (...) La Asociación de Abogados de Colón fue creada en el año 1982 y desde entonces esa fecha ha tenido un rol institucional permanente en defensa de las incumbencias de los letrados/as de esta ciudad...' (sic). Por su parte, la ley provincial N° 14736, que regula dicho instituto, da ciertos lineamientos que permiten inferir que resulta pertinente la intervención de la mencionada Asociación en este proceso judicial. Es así que en el artículo 2° prevé: El Amigo del Tribunal deberá ser una persona física o jurídica con reconocida competencia sobre la cuestión debatida en el pleito. Su intervención deberá limitarse a expresar una opinión fundada por escrito, basada en argumentos de carácter jurídico, técnico o científico, relativos al tema en debate. Dichas opiniones tienen por finalidad ilustrar al Tribunal, por lo tanto, carecen de efecto vinculante. El Amigo del Tribunal no reviste calidad de parte, ni puede asumir ninguno de los derechos procesales que corresponden a estas. En su artículo 7° se enumeran requisitos y condiciones que deberá cumplimentar quien pretenda esa intervención como 'Amigo del Tribunal', vislumbrándose que 'el apoyo que brinda la Asociación al Dr. Mortara' (principal argumento del fisco demandado para solicitar la exclusión de la misma) no parece ser un obstáculo, ya que el inc. c) del artículo *ut supra* mencionado no restringe la intervención por esa razón, sino que por el contrario, solo establece que deberá expresarse a qué parte o partes apoya en la defensa de sus derechos. Sin mengua de lo anterior, en relación al instituto en examen, la CS mediante el dictado de la Acordada 28/2004 sostuvo que es '...un provechoso instrumento destinado, entre otros objetivos, a permitir la participación ciudadana en la administración de justicia ...a fin de resguardar el más amplio debate como garantía esencial del sistema republicano democrático', para agregar que '...debe imperar un principio hermenéutico amplio y de apertura frente a instituciones ...que, por su naturaleza, responsan al objetivo de afianzar la justicia entronizado por el Preámbulo de la Constitución Nacional...'. En suma, bajo tal hermenéutica, corresponde admitir la intervención de la Asociación de Abogados de la ciudad de Colón en el carácter de 'Amigo del Tribunal' y en consecuencia rechazar el planteo formulado por la representación fiscal a fojas 1043/1045. b) Sentado lo anterior, corresponde analizar la tutela precautoria requerida por la parte actora... En ese contexto. cabe examinar el Acta n° 806 del 29/03/2016, titulada 'Elaboración de terna en concurso N° 2067, por un cargo, vacante N° 3493, de juez de Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del departamento judicial Pergamino (examen del día 29/10/2014)', cuya parte pertinente, en copia fiel, se encuentra glosada a fojas 830/836 del cuerpo 4 del expediente administrativo N° 5900-289/14. De su lectura se desprende que el organismo demandado, luego de citar las normas que rigen su accionar, y 'habiendo ponderado, cada uno de los miembros del Consejo, los antecedentes y méritos que constan en los legajos personales de todos los postulantes, habiendo analizado los resultados de las pruebas de oposición y complementarias ordenadas', pasa a enumerar los diferentes organismos que brindaron respuesta a informes solicitados, hace referencia a que se consultó a la Procuradora General y que se entrevistó a los postulantes, considerándose su 'solvencia moral, idoneidad, respeto por las instituciones democráticas y los derechos humanos, sólida formación jurídica, adecuado criterio lógico, espíritu crítico y sentido común', lo consejeros procedieron a votar y, tras el recuento de sus votos, se informa que la mayoría de dos tercios fue obtenida por los postulantes:

Dr. Fernando Alberto Enghelmayer, Dr. Bernardo Louise y Dra. Laura Josefina Panizza. De ello surge prima facie que solo se expresa el dato objetivo de que la decisión se toma luego de valorar antecedentes y razones mas no, como el recaudo de adecuada motivación exige, la expresión de esos antecedentes y razones a los efectos de permitir el conocimiento por parte tanto de los postulantes como de la judicatura en sede de control o, en general, por la opinión pública... Precisamente, es en las razones a favor y en contra que los miembros participantes vierten en el debate, donde, en supuestos como el de autos, se cimienta la motivación requerida según la particular modalidad que adquiere (doctr. Fallos 327:4943). Dicho de otra forma, en supuestos como el *sub discussio*, se requiere que queden las constancias escritas de las deliberaciones llevadas a cabo previo al tiempo de emitir el acto, en las que hubieran plasmado las razones determinantes del pronunciamiento (conf. SC Buenos Aires causa B. 61.665, 'Savarro', sent. del 05/03/2008).En apoyo a lo expuesto, se observa que esta exigencia no se puede tener por cumplimentada con la mera manifestación de que la terna se conformó 'habiendo ponderado, cada uno de los miembros del Consejo, los antecedentes y méritos que constan en los legajos personales de todos los postulantes, habiendo analizado los resultados de las pruebas de oposición y complementarias ordenadas'; ello así por cuanto se prescinde, como se adelantara, de mencionar cuáles son esos elementos de juicio que resultaron preponderantes para elegir a determinados postulantes y no a otros... Resuelvo: 1°) Admitir la intervención de la Asociación de Abogados de la ciudad de Colón en el carácter de 'Amigo del Tribunal' y en consecuencia rechazar el planteo formulado por la representación fiscal a fojas 1043/1045. 2°) Hacer lugar a la medida cautelar solicitada por el señor Héctor Mariano Mortara, y: I) Suspender la tramitación del acto administrativo dictado por el Poder Legislativo, consistente en la aprobación de la propuesta elevada a la Comisión de Acuerdos del Senado para la designación del Dr. Bernardo Louise, para cubrir el cargo de juez de Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Pergamino (Mensaje 3338 elevado con fecha 28-VII-2016); y II) Ordenar al Poder Ejecutivo de la provincia de Buenos Aires que se abstenga de dictar el decreto de designación del Dr. Bernardo Louise en el cargo cuya elección fue aprobada. Para el caso que ya se hubiere dictado, comuníquese a la SC Buenos Aires la suspensión de todo trámite, a fin de evitar la posesión del cargo. A tal fin, líbrese oficio al Gobernador de la provincia de Buenos Aires y a la Cámara de Senadores de la provincia de Buenos Aires (arts. 175 Const. Prov.; 22, 23, 25, y concs. C.C.A.). 3°) Con la caución juratoria ordenada a fs. 960/962 —y prestada a fojas 974—, tener por cumplido el recaudo exigido por el artículo 24 del CCA...".

IV. Revocación de cautelar

La Cámara Contencioso Administrativa revocó la medida cautelar trabada en primera instancia, el 15/04/2019, decisión que fue ratificada por la SC Buenos Aires el 15/05/2019, que replicó argumento central de rechazo por mayoría del organismo referido: "...En autos, en que la Alzada, por mayoría, revocó la cautelar por no hallar suficientemente acreditados los recaudos de verosimilitud del derecho —ponderando que la cuestión plateada requiere, tanto desde su configuración fáctica como jurídica, mayor intensidad de debate y prueba— ni peligro en la demora, no se observan motivos de excepción que justifiquen apartarse de tal criterio (doctr. causas Q. 73.797, Q. 74.613 y Q. 74.645, cits. y Q. 74.877, 'Llan de Rosos', resol. de 13-IX-2017)...".

Y la tercera instancia, en definitiva, rechazó recurso interpuesto argumentando: "...Al respecto, cabe señalar que es doctrina reiterada de esta Corte que, en principio, las decisiones relativas a las medidas cautelares —como la aquí resuelta— no revisten carácter definitivo en los términos de los arts. 278 y 296 del Código Procesal Civil y Comercial, aplicables al caso, conforme lo dispuesto en el art. 60 del Código Contencioso Administrativo (doctr. causas Q. 73.797, 'Urbanizadora del Sur y Asoc. Civil Nuevo Quilmes SA', resol. de 26-VIII-2015; Q. 74.613, 'Cardozo', resol. de 29-III-2017 y Q. 74.645, 'Adam', resol. de 3-V-2017)...".

Ulteriormente, la jueza, el 06/06/2019 resolvió su levantamiento, manifestando, entre otros argumentos: "...II.-. Que el letrado apoderado de la parte coadyuvante —Sr. Bernardo Louise—, solicita el levantamiento de medida cautelar, en virtud del dictado de la sentencia definitiva

de fecha 15/04/2019, mediante la cual se resolvió '...1°) Desestimar la pretensión anulatoria interpuesta por el Dr. Héctor Mariano Mortara, contra el Consejo de la Magistratura y el Honorable Senado de la provincia de Buenos Aires por las razones expuestas ut supra (arts. 12 inc. 1 CPCA; 103, 108 y cc. DL 7647/70; SCBA causa 62.241, «Zarlenga», sent. 29/12/2009)...' V.-. Que, asimismo, el art 26 inc. 3 del CPCA dispone que 'el juez, a pedido de parte o de oficio, podrá levantar, modificar o sustituir la medida cautelar cuando cambiaren las circunstancias que la determinaron'. En efecto, el rechazo de la pretensión deducida implica un cambio en las circunstancias que determinaron el acogimiento favorable de la medida cautelar ordenada, restándosele por ello verosimilitud al derecho oportunamente ponderado para su dictado. VI.-. Que, a mayor abundamiento, este organismo ha tomado conocimiento mediante la Mesa Virtual Electrónica, de las resoluciones emitidas por la Excelentísima Cámara Contencioso Administrativo con asiento en la ciudad de La Plata y por la Suprema Corte de la provincia, mediante las cuales se decidió revocar la medida cautelar otorgada, y rechazar el recurso de queja interpuesto. Y si bien, dichos pronunciamientos no han adquirido firmeza en la actualidad, constituyen un antecedente relevante, que debe tenerse en cuenta al efecto de evaluar la persistencia de la verosimilitud del derecho que fuera invocada en la resolución de fecha 31-X-2016. Por lo que corresponde levantar la medida dispuesta en autos, puesto que la misma agotó su razón de ser…".

Mientras tanto, unos meses después, el 03/12/2019 el gobierno provincial dictó el Decreto 1692, designando al Doctor Bernardo Louisse como juez de la Cámara Civil y Comercial del Departamento Judicial Pergamino.

V. La sentencia que resolvió fondo de la litis

El Juzgado Contencioso Administrativo N° 4 sentenció el fondo de la cuestión el 15/04/2019 y resolvió rechazar demanda.

Sus argumentos centrales para mí fueron los siguientes: "...Y, si bien dicho aspecto del control judicial no ha sido objeto de controversia en autos, vale tenerlo presente pues tendrá como corolario necesario la imposibilidad, salvo exceso jurisdiccional, de revisar toda una gama de fundamentos que han sido traídos a estos estrados relativos a las condiciones del actor en términos relativos (i.e., en el contexto del concurso y en comparación con los demás postulantes, incluso el que resultara ganancioso); v.gr., el supuesto criterio de territorialidad que debería haber utilizado el CM, su desenvolvimiento y resultados en el examen psicológico, incluso su puntaje en la prueba teórico/práctica.....En cuanto al artículo 29 ex ley 11868, cuya inconstitucionalidad plantea, se impone destacar que, en tanto el CM es quien tiene competencia resolutoria final respecto de las ternas, y por lo tanto directamente revisable en sede judicial (arg. art. 14 ap. 1.a, CPCA a la par de la doctrina legal citada arriba), no se explica cuál es la cláusula constitucional que garantizaría una 'recurribilidad en sede administrativa' que pareciera exigir quien demanda. Es sabido (al punto de resultar sobreabundante cualquier cita sobre ello) que la exigencia constitucional se refiere a la existencia de un control judicial suficiente de la actividad administrativa mas no hay un postulado similar dentro de su seno; en otras palabras, de considerar deseable la existencia de un recurso que permita a la administración volver a decidir sobre un punto, no se sigue necesariamente que su falta de previsión acarrea la nulidad de sus actos. Por lo demás puede decirse que resulta razonable que el acto de la terna no sea recurrible con el objeto de agilizar la designación de los jueces y demás magistrados.....Dentro de las consideraciones particulares en relación con la denegación de vista del expediente, nuevamente se abren dos aspectos: si su queja apunta a que se le impidió el acceso al expediente del concurso, eso resultaría falso a la luz de la carta documento en donde se le notifica la resolución 2341 otorgándole precisamente la posibilidad de hacerlo por sí o por tercero autorizado (vid. fs. 848 la res. 2341 y 850 la CD, del expte. 5900-289/14), derecho que ejerció lo que da cuenta no solo la constancia de fojas 851 de las mismas (autorización y nota manuscrita del autorizado asentando tomar vista), sino el hecho de que haya acompañado copia de la mayoría del expediente administrativo en cuestión como documental al interponer la demanda. Del otro lado, en la medida que el reproche se dirija a la denegatoria, manifestada en la misma resolución, a acceder a la totalidad de los legajos personales

de los postulantes, el actor no alega —ni menos demuestra— cuál derecho se vio frustrado de ejercer y cómo este ejercicio hubiera sido susceptible de alterar la conformación de la terna o, al menos, el devenir administrativo, exigencia que ya fuera postulada en relación con ambos vicios procedimentales alegados. No solo, en adición puede decirse que, tal y como se recordara al iniciar la presente, analizar la cualidades y aptitudes de cada uno de los postulantes, tanto en valores absolutos como relativos —o sea, comparando entre ellos—, excede los contornos de la función jurisdiccional al quedar reservado al Consejo.....Si bien dicha opinión fue vertida en sede cautelar y, por lo tanto, con carácter provisorio producto de la cognición propia de dicha etapa, la realidad es que la misma vale hoy, luego de la plenitud del debate, como definitiva toda vez que la motivación, como elemento del acto, surge de su propio texto. Dicho de otra forma, a tratarse de cuestiones fácticas manifiestas, la discusión se desenvuelve en el plano normativo, con lo cual, poco y nada agrega la actividad probatoria en relación con el punto (conf. doctr. SC Buenos Aires Q. 70.867, 'González', res. 24/09/2014)... Habiéndose traído como prueba dicha causa y, frente a la lectura del acta respectiva (esp. 282 vta. y 283), puede afirmarse válidamente que tales consideraciones resultan de aplicación al caso ante la similitud, dejando aparte las particularidades propias de aquella en donde se hace referencia a la sentencia de la SC Buenos Aires cuyo cumplimiento era objeto del acto, de la conducta decisoria asumida. Aquí, puede concluirse en la suficiente motivación pues, parafraseando a la Corte, el organismo: estableció las normas que le dan marco jurídico a su actuación; luego, se evaluaron los antecedentes y méritos obrantes en los legajos, la participación en la Escuela Judicial, las pruebas de oposición y complementarias; además, se consideraron los informes peticionados a diferentes organismos estatales y paraestatales; asimismo, se da cuenta que se tuvo un conocimiento personal de cada postulante mediante la entrevista; por último, también como en aquella oportunidad, se declaran los valores que se buscan (solvencia moral, idoneidad, respeto por las instituciones democráticas y los derechos humanos, sólida formación jurídica, adecuado criterio lógico, espíritu crítico y sentido común, para terminar, manteniendo el paralelismo que se está realizando, enumerando a los postulantes que mejor los representan... Útil agregar, como colofón, que tratándose de un organismo colegiado implica, necesariamente, que la motivación de sus actos tenga rasgos característicos y diferenciales respectos de aquella producida por los unipersonales y, en consecuencia, que el elemento sub examine no pueda valorarse con la misma vara debiendo ajustarse, en cuanto a la modalidad de su configuración, a la índole particular de cada acto administrativo (conf. doctr. CS Fallos 324:1860, 327:4943, entre otros; SC Buenos Aires B.61.880, 'Mango' sent. de 30/11/2011; B.63.173, 'Di Lorenzo', sent. 13/11/2013, por todos). En los supuestos de los órganos colegiados, las decisiones se toman mediante acuerdo al cual se arriba previa deliberación 'desde que el intercambio de ideas es connatural a todo cuerpo colegiado' (CS causa S.605.XLVI, sent. del 26/02/2013). Y esto es precisamente lo ocurrido aquí, donde se da cuenta de los diferentes aspectos discutidos por los consejeros (deliberación) terminando con la votación y su recuento (decisión). 4°) Por lo tanto, corresponde rechazar la pretensión anulatoria interpuesta contra la resolución de Consejo de la Magistratura mediante la cual, el día 29/03/2016 dentro del expediente 5900-289/14 (Acta 806), conformó la terna que se elevara al PE para cubrir el cargo de juez de Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial Pergamino, concurso 2067 (arts. 12 inc. 1 CPCA; 103, 108 y cc. DL 7647/70; SCBA causa 62.241, 'Zarlenga', sent. 29/12/2009)".

VI. Fallo de Cámara

Los antecedentes descriptos *supra* fueron para dar contexto al fallo de la Cámara Contencioso-Administrativa de La Plata, que por mayoría resolvió confirmar la sentencia de primera instancia.

Las cuestiones sujetas a votación fueron:

Primera: ¿es justa la sentencia apelada e imposición de costas? En su caso, ¿qué pronunciamiento corresponde?

Segunda: ¿qué pronunciamiento corresponde dictar con relación al recurso deducido por la parte actora contra la resolución que ordena el levantamiento de la medida cautelar?

Extracto *infra* los principales argumentos de la mayoría y la minoría, y en el punto VI los valoraré.

La mayoría estuvo integrada por los doctores Gustavo Daniel Spacarotel y Claudia Angélica Matilde Milanta, y la minoría por el doctor Gustavo Juan de Santis.

El Dr. Spacarotel replicó argumentos centrales de la jueza de Primera Instancia, y de los agravios del actor sostuvo: "...IV. Despejada que ha sido la admisibilidad formal de los remedios recursivos, abordaré en primer término el recurso de la parte actora, a cuyo respecto anticipo que, dentro del marco de congruencia habilitante, el mismo no resulta de recibo. La decisión no reviste error de juzgamiento y debe confirmarse. Los agravios no logran conmover las razones de la decisión atacada. En efecto y tal como lo sostuviera la SC Buenos Aires en causa B. 62.241 'Zarlenga' sent. 29/12/2009 '... las decisiones del Consejo son susceptibles de control judicial solo en casos excepcionales y en tanto lo que sea objeto de cuestionamiento no se trate de temas referidos a su competencia específica (también puede verse SPACAROTEL, Gustavo D., «El principio de legalidad y los alcances del control judicial», LA LEY 2006-A, 1216). De acuerdo a ello, y solo a modo de ejemplo: no se haya autorizado el Poder Judicial a enmendar las calificaciones discernidas a los postulantes en razón de sus respectivos exámenes, ni puede tampoco juzgar los criterios por los cuales los consejeros han seleccionado a ciertos y determinados aspirantes en detrimento de otro u otros, ya que cualquiera de esas labores son propias y específicas del Consejo. En cambio, los tribunales pueden (y deben, según el caso), verificar que las decisiones que se tomen hayan sido debidamente justificadas o motivadas, haciendo operar las normas que fueran aplicables, y siempre con arreglo a elementales principios de razonabilidad…' En el mismo sentido ha dicho '...que ciertamente no atañe el Poder Judicial evaluar y calificar los antecedentes y exámenes de oposición de los postulantes a ocupar cargos de jueces e integrantes del Ministerio Público, ni elevar ternas al Poder Ejecutivo para efectuar las designaciones, porque la Constitución ha atribuido tales facultades, en grado de exclusividad, al órgano específico creado al efecto. En suma, no se trata de que la materia no sea justiciable —tema abordado de algún modo en la primera cuestión— sino de que, en este caso, la cuestión planteada en la demanda está fuera de la competencia revisora del Poder Judicial respecto de los actos del Consejo de la Magistratura, porque aquel no puede sustituir la ponderación que es inherente a la función que en forma privativa y exclusiva le ha atribuido la Constitución. Y, naturalmente, no sería posible abordar la cuestión propuesta por la actora sin avanzar en esa esfera, aun cuando la eventual decisión se limitará a revocar el acto como ella pretende...' (SC Buenos Aires causa I causa B. 60.418, 'Guridi', 28/09/1999 y causa 'Riusech', 16/02/1999). No caben dudas que en orden a la naturaleza de la decisión del Consejo de la Magistratura, nos encontramos frente a una exteriorización de una declaración de juicio o valor, de un Órgano del Estado, que se encuentra ejerciendo funciones materialmente administrativas, produciendo efectos jurídicos directos e individuales respecto de los terceros postulantes; por cuanto el referido dictamen conforme lo denomina el art. 28 de la ley 11.868 —vigente a la época de los hechos— es un verdadero acto administrativo y así lo admite la Suprema Corte (Causa 'Riusech' citada). Dicho ello, y del análisis de las constancias de autos diré tal como lo sostuviera la magistrada de primera instancia que la decisión del Consejo de la Magistratura cuya nulidad se pretende deviene ajustada a derecho toda vez que no se ha evidenciado que el Consejo se haya apartado del bloque de legalidad que demarca y delimita su actuación (arts. 175, Constitución provincial, ley 11.868 y su reglamentación), ni se ha advertido arbitrariedad o vicios en el procedimiento. En efecto no surge acreditado en autos los vicios procedimentales alegados como defectos en la constitución del acto (debido proceso adjetivo), ni los agravios logran conmover lo decidido por la magistrada al respecto....Por otra parte, y en relación al acceso de los legajos de todos los postulantes, tal como sostuviera la magistrada el actor no alega ni demuestra, ni siquiera en la expresión de agravios que derecho se ha visto impedido de ejercer y cómo o de qué manera ello hubiese modificado el procedimiento administrativo previo que cuestiona.

"El recurrente, pese a encontrarse incorporados los legajos de todos los postulantes, se limita a esgrimir expresiones genéricas por ejemplo que no se le ha permitido ver la edad, ni la pro-

fesión de los concursantes, requisitos constitucionales para ser jueces, como tampoco los antecedentes a efectos de saber si el Consejo ha designado a los más idóneos, sin, reitero, indicar en su recurso y habiendo accedido ya a los mismos por haber sido ofrecidos como medida de prueba e incorporados al presente proceso, que aspectos o defensas hubiese podido deducir que modificaran el iter del procedimiento. Lo expuesto evidencia también un mero desacuerdo sobre la confección de la terna de la cual el actor es excluido, sin lograr demostrar una arbitrariedad en la decisión colegiada.....En este sentido, arribo a la misma conclusión en cuanto a la motivación del acta toda vez que no se han aportado elementos probatorios que permitan modificar lo allí resuelto, luego de toda la sustanciación del presente proceso (arts. 103 y 108, decreto ley 7647/70).....Entonces tomando como pauta lo antes expuesto y analizando el acta antes referida y los lineamientos esgrimidos por el Tribunal Supremo provincial y la Resolución del Consejo de la Magistratura del 29-3-16 (acta 806) cuya nulidad aquí se pretende, se advierte que esta última cumple con aquellos estándares de suficiencia de motivación. En efecto, se aprecia cuál ha sido el proceso inferencial —derrotero lógico— seguido para dar adecuada motivación a la decisión (fs. 830/837 del exp. administrativo n° 5900-289/14). Asimismo cabe agregar en cuanto a la modalidad de funcionamiento y decisión de los órganos colegiados que '...se impide la utilización de formas rígidas para expresar las razones y antecedentes determinantes de la emisión del acto, o su equiparación a la forma que dictan los órganos unipersonales... aquellos adoptan decisiones por mayoría previa deliberación y votación en la forma que establezcan las normas correspondientes...' Concluyendo la CS que '...estas constancias que se realizan por escrito resultan suficientes...para cumplir con el requisito de motivación. En tales condiciones resultan insustanciales las críticas que efectúa el apelante acerca de la falta de motivación puesto que... los actos impugnados contienen —aunque de modo particular— las razones que llevaron a su dictado...' (CS, D 550.XXXVI 'Caiella', 16/11/2004; fallos 327:4943).Por último también se advierte también una pérdida de actualidad del debate habiéndose consumado la situación del candidato Bernardo Louise a través de su designación como juez de Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Pergamino mediante decreto 1692/2019 de fecha 03/12/2019 (ver presentación de fecha 16/12/2019). En materia de costas, no encuentro elementos para apartarme del principio objetivo de la derrota, por lo que considero que la decisión de primera instancia en este aspecto reviste error de juzgamiento —por lo que corresponde hacer lugar al recurso del tercero coadyuvante— e imponer las mismas a la actora en su carácter de vencida (art. 51, 77 CCA texto según ley 14437)...".

Y a la segunda cuestión, el Dr. Spacarotel manifestó: "...III. En razón del sentido decisorio de la sentencia de esta Alzada que propicia rechazar la impugnación de la parte actora y confirmar la sentencia de primera instancia, conforme fuera expuesto al resolverse la primera cuestión, considero inoficioso el tratamiento del recurso de apelación contra la resolución que ordena el levantamiento de la medida cautelar dispuesta en autos, lo que así me pronuncio...".

La Dra. Milanta adhirió al voto del Dr. Spacarotel, sin argumentación complementaria.

Mientras que el Dr. De Santis discrepó en minoría, argumentando que "...anticipo de recibo al agravio formulado por el actor. Para abastecer esa conclusión reenvío al criterio que sostuviera en una causa análoga (mi voto en causa CCALP n° 12.760), formando convicción en este ciclo adjetivo de cuanto ya advirtiera, de manera provisoria, en ocasión de expedirme por la procedencia de la medida cautelar adoptada oportunamente en la anterior instancia, según despacho de este tribunal de fecha 31/08/2017 (ver fs. 1346/1351). Siguiendo esos lineamientos, ahora confirmados, y el valor de principio general del enunciado del artículo 7 inciso e) de la ley 19.549, integrado al régimen administrativo del Decreto Ley 7647/70 (conf. art. 108) y el perfil del vicio por falta de motivación como su efecto invalidante insanable con alcance retroactivo (conf. arts. 14, 17 y 19 de la ley 19.549 y 113 y 114 del decreto ley 7647/70), dada su fuente en las normas del derecho común, derivo en el contorno de invalidez para el acto que viene impugnado (conf. arts. 1050 y concordantes del Código Civil; arts. 386 sigs. y ccs. Cód. Civ. y Com. ley 26.994). Dije en aquella ocasión y lo reitero en esta, que no puede prescindirse

de la respuesta excluyente que provee el sistema normativo, siempre asentada en el deber de sujeción que reportan a su respecto las actividades estatales y que colocan en el máximo rango de interés público, por sobre todo otro, a la respuesta extintiva de los actos de poder que se hallen afectados de nulidad absoluta. Y, asimismo, la necesidad de uno válido que lo retire de la vida jurídica, o su sustituto por sentencia judicial, sin más variable de posibilidad. En el tratamiento propuesto también me inicio, en este caso, con la remisión a la doctrina de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires, (causa SC Buenos Aires, B-62.241), que fijara posición respecto a la necesidad de motivación suficiente del acto de conformación de la propuesta en terna que confeccione el Consejo de la Magistratura de la provincia de Buenos Aires y diera cuenta de su inobservancia cuando, como ocurre en esta controversia, esta fuese elaborada prescindiendo de la valoración relativa a los antecedentes personales de cada aspirante y sin dar razones de los elementos comparativos considerados para dar argumento a la elección de unos postulantes por sobre los otros postergados de la propuesta final. Reenvío a los fundamentos de esa jurisprudencia en la labor de informar, en la motivación, un elemento esencial de todo acto administrativo y en la necesidad de exponerlo desde el análisis comparativo de los antecedentes de quienes participen en un concurso de selección, como también en las consecuencias jurídicas de su inobservancia. Agrego a todo ello que el procedimiento ante el Consejo de la Magistratura participa de los rasgos que son comunes a todo aquel que comporte una instancia precontractual que se dirija a constituir el criterio de conveniencia sobre el postulante más conveniente. Vale decir, son las reglas y principios de la licitación pública los que dan molde al recorrido concursal, con las variantes que resultan de su propia naturaleza y que colocan en el lugar de la oferta más conveniente al candidato más idóneo. Y, al criterio de oportunidad de la elección en la valoración de las mejores condiciones de aptitud acreditadas. En esencia, el contorno jurídico del concurso se informa desde esa construcción jurídica. Bajo ese marco, cuanto transcurre ante el Consejo de la Magistratura no es más que un procedimiento precontractual que se constituye como relación jurídica y que por lo tanto es bilateral, una vez presentados los postulantes. Recíprocamente pues genera deberes y derechos cuyo ejercicio por estos últimos, si bien nunca alcanza a la sustitución del criterio de oportunidad en la elección, admite dirección inequívoca en las condiciones previas de validez que lo expongan.

"Ese escenario singular explica el derecho subjetivo a la consideración de los antecedentes de cada postulante y también su interés común (legítimo) de resultar elegidos. La concurrencia, junto a la igualdad y la publicidad, conforman pues un conjunto al que la administración debe sujeción irrestricta. Y es precisamente el primero de los señalados requisitos el que deja ver con nitidez la exigencia de motivación suficiente, en la medida en que ese rasgo esencial del procedimiento de selección se traduce en el derecho de cada aspirante a que sus antecedentes sean considerados en la puja. Y que lo sea a través de una decisión fundada que explique, de manera suficiente, la posición final obtenida en la compulsa. De allí se deriva que, cuando esa exigencia no se cumpla, o lo sea con carencias, el interesado pueda reclamar en dirección a la invalidez de los actos consecuentes, que se reporten con causa en ese vicio, aunque como he dicho, sin alcanzar a modificar en su favor el criterio de selección final. La demanda incoada, que se ajusta a ese confín, muestra el ejercicio del derecho y su nacimiento en la relación jurídica que es inherente al concurso, pero también a un acto de selección (acta 806, concurso n° 2067) que no ha sabido exponer razones suficientes que satisfagan la exigencia de motivación, en tanto esta, perfilada desde la necesidad del juicio comparativo de los antecedentes y mérito de cada postulante que justifique su lugar en el orden de mérito, para excluirlo o incluirlo en la terna, se exhibe ausente. De suyo, la sola consigna de los elementos obrantes en el procedimiento de selección, sin la exposición razonada de los fundamentos relativos a su comparación, entre cada postulante, resta a la motivación suficiente de un resultado que solo deja expuesta la mayoría calificada que es exigible, sin más. La impronta constitucional de esas reglas (arts. 16, 18 y 28 CN y 175 CPBA), como la legislación y los principios generales que consignara en esta intervención, da sostén a una derivación que guarda plena armonía con la doctrina judicial citada y cuya aplicación también constituye plataforma sustancial de mi respuesta al recurso deducido. Lo

expuesto desautoriza toda predica de remisión a las etapas del proceso y a una conformación progresiva del requisito de motivación, pues ni este último se muestra expuesto bajo ese escenario en el contenido del acta nº 806, ni esa variable de posibilidad releva a la autoridad que decida de su deber de exponerlo y valorarlo con explicaciones fundadas y bajo cualquier modalidad que se adopte. En ninguna hipótesis el acto se muestra suficiente con relación al recaudo de legalidad en consideración. Mi propuesta decisoria pues se aviene a la doctrina judicial citada, aunque al respecto deje expuesta reserva en relación con los alcances de un reenvío que no siempre veo posible para situaciones resueltas en base a la inobservancia del elemento motivación. En este caso, dadas las peculiaridades que exhibe el suceso judicial, y en esencia desde la necesidad de constituir el derecho del actor a una decisión fundada sobre su lugar en el orden de mérito, justifico los alcances decisorios de aquella construcción como también la extensión propuesta hacia los actos que fueren consecuencia del acto nulo. Esto último pues, ciertamente, el vicio predicado para el acto de constitución de la terna de candidatos impregna a todas sus ulteriores derivaciones, sin que medie razón alguna que excluya de esa consecuencia a las decisiones posteriores de la administración. Por todo ello, habré de auspiciar la revocación del fallo recurrido por el actor, hacer lugar a la pretensión promovida, anular la aprobación de la terna que motiva el contradictorio y los actos que sean su consecuencia y la designación provista de otro aspirante (arts. 175 CPBA, 1050 C. Civil, 108, 113, 114 y ccs. decreto ley 7647/70 y 55, 56, 58, y ccs. ley 12.008, t. seg. ley 13.101). También propicio, condenar al Consejo de la Magistratura de la provincia de Buenos Aires a que decida sobre la compulsa efectuada en el referido concurso, observando el requisito de motivación suficiente y dentro del plazo de sesenta días, con costas en ambas instancias a la parte vencida en el proceso, con excepción de las generadas por la intervención del tercero coadyuvante las que deberán imponerse a cargo de este último (conf. arts. 163 CPBA, 10, 51 y 77 ley 12.008, t. seg. leyes 13.101 y 14.437, 75 y 274 y ccs. del CPCC)... A la segunda cuestión planteada, el Dr. De Santis dijo: Conforme al resultado de la mayoría para la primera cuestión, adhiero al primer voto".

VII. Debate sistémico

Jurídicamente, los argumentos vertidos por el señor juez de Cámara De Santis respecto a la primera cuestión se advierten más sólidos que los de la mayoría.

La segunda cuestión abordada devino abstracta por el nombramiento del candidato Louisse en diciembre de 2019.

En definitiva, seguramente la causa seguirá su trayecto hacia la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires, Corte Suprema de la Nación y si se concreta lo anunciado por la actora, a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para denunciar la inconvencionalidad si se replican en tercera y cuarta instancia nacional los argumentos vertidos por la primera y segunda.

Nos centraremos pues en torno a una cuestión sistémica sobre el procedimiento de selección tanto de jueces, juezas, e integrantes del Ministerio Público Fiscal, en tanto conflictos judicializados como el que ocupa nuestra atención, resultan ser la punta del iceberg de una cuestión más de fondo.

En primer lugar, debe reconocerse que se observa un mejoramiento de la situación desde 1994, porque la creación del Consejo de la Magistratura ha servido para evitar la elección directa del poder político de turno, y ello implica una real evolución jurídica.

Sin embargo, todavía nos hallamos lejos de la situación ideal, pues si bien existen pautas de selección académicas, superadas las etapas respectivas, los postulantes deberán atenerse a la disputa entre los distintos estamentos que lo componen, sea por cuestiones institucionales, partidarias, regionalismos, o la denominada "rosca política" **(2)**.

Tal vez, parte del rediseño institucional que debería haber para que haya un equilibrio mayor entre estamentos, es que la política partidaria tuviera menos representación que la actual,

(2) Sobre su conceptualización es interesante leer la entrevista de Federico Millenaar a Mariana Gené, quién escribió el libro titulado "La rosca política". Siglo XXI Editores, que puede leerse en el link https://www.infobae.com/politica/2019/09/22/la-rosca-politica-verdades-mitos-y-secretos-sobre-la-construccion-de-acuerdos/

para que el valor idoneidad no colisione con intereses políticos coyunturales.

De todos modos, reducir o aumentar representatividad de un estamento no garantiza per se la mejor elección, porque, en definitiva va a depender del factor humano **(3)**, de quién tenga concretamente la magna tarea, y puede haber una lucha transversal entre representantes de distintos estamentos que tengan como eje el bien común y la manda constitucional "afianzar la justicia", inserta en el Preámbulo de la Constitución Nacional, y otros tengan otros intereses sectoriales o personales puntuales que se contrapongan.

Por eso, proponemos como disparador de debate estas líneas, utilizando la mayéutica socrática, formulando las siguientes preguntas y respuestas sujetas a revisión de quien lea:

a. ¿Se adecúa a nuestra cultura el sistema actual, o debemos volver al sistema de padrinazgo político directo?

Consideramos que el Consejo de la Magistratura debe continuar su funcionamiento, pero con las mejoras instrumentales cualitativas que más adelante se detallarán.

b. ¿Hace falta más publicidad de los actos de gobierno emanados del Consejo de la Magistratura?

Sí, porque uno de los temas abordados del caso que tuvo resolución precautelar, medida cautelar, y sentencias de fondo de primera y segunda instancia, fue la cuestión de una correcta motivación del acto administrativo.

Mencionar de manera genérica y abstracta los fundamentos de la decisión, a constancia de documentación reservada y secreta, sin fundar que aspectos o elementos de juicios fueron ponderados para arribar a una conclusión, no parece que sea el mejor camino.

Podría significar un avance la filmación de designación de terna, que daría una transparencia total al concurso y evitaría suspicacias **(4)**.

c. ¿Filmar entrevistas a candidatos en concursos es la panacea?

La videofilmación es una herramienta muy importante en lo que hace a transparencia activa y buen gobierno **(5)**, pero no es ninguna panacea si no es acompañada de otras cuestiones, como que la discrecionalidad interpretativa de las entrevistas no destroce las puntuaciones de exámenes, sino que sean un elemento más complementario **(6)**.

En ese sentido gira la propuesta, por ejemplo, del Doctor Diego Isabella, asesor de la Vocalía del Dr. Carlos Matterson **(7)**.

d. ¿Serviría extrapolar sistemas de selección de otros países?

Es cierto que el análisis comparado siempre es enriquecedor **(8)**, pero intentar replicar

(3) Como el título del libro que escribió John Carlin sobre Nelson Mandela, que siempre vale la pena leer.

(4) En otros ámbitos, desde hace años, la filmación está siendo instrumentada con éxito en cada vez más procesos civiles y comerciales en la Provincia de Buenos Aires. Esta experiencia fue tomada por el Ministerio de Justicia de la Nación que elaboró el Proyecto Justicia 2020. Sobre el tema puede consultarse en "Nueva Gestión Judicial. Oralidad en los Procesos Civiles", CHAYER, Héctor Mario, MARCET, Juan Pablo (coords.), Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Presidencia de la Nación, p. 21 y ss. En tiempos pandémicos lo anteriormente mencionado se aceleró de modo exponencial, así que consideramos sería muy beneficioso instrumentarlo a un ente tan importante del sistema institucional.

(5) Como verbigracia la que puede verse en el canal de YouTube del Consejo de la Magistratura de la Nación, cuando el día 21/04/2021, la Comisión de Selección hizo entrevistas personales en el Concurso 364 (link https://www.youtube.com/watch?v=g7fyFjOVnTQ)

(6) A nivel nacional, un caso paradigmático fue el de Ignacio Rodríguez Varela, tratado en el siguiente link https://www.infobae.com/2015/10/19/1763077-bolilla-negra-el-candidato-juez-que-gana-todos-los-concursos-pero-al-que-el-gobierno-nunca-nombra/

(7) En la entrevista dada al programa de televisión del canal metro, y que puede encontrarse en otras plataformas "Aires Constitucionales", el 30-4-21, el asesor del consejero de la Magistratura por la Abogacía del Interior dio lúcidas ideas al respecto, como en el minuto 35 en adelante, donde analiza la alta injerencia de la discrecionalidad que permite luego de la entrevista personal modificar puntajes (puede verse en el link https://www.youtube.com/watch?v=Zfqu8d4E3IA).

(8) Puede por ejemplo verse la investigación titulada "El desafío de seleccionar a los mejores. La selección de altas autoridades judiciales en Estados Unidos, Europa y Asia", preparada pro bono por Kirkland & Ellis LLP y cuyos autores son Tefft Smith, Michael Fragoso, Christopher Jackson, Christa Laser y Gregory Wannier. (Puede

sistemas de otros países al nuestro, podría terminar en fracaso si no se subsumen gradualmente a nuestras instituciones, idiosincrasia y cultura.

Sin perjuicio de ello, podría resultar valioso la propuesta del ex Superintendente de Justicia de Paz de la provincia de Buenos Aires Abel Pedro Ottonello, de tener en consideración el sistema japonés, lo cual podría seriamente ser analizado para insertarse, aunque sea parcialmente o con matices diferenciales a nuestro sistema.

e. ¿En qué consiste el método japonés?

De acuerdo con lo explicado por el Dr. Ottonello, "...en Japón los aspirantes hacen una capacitación y luego los envían uno o dos años a cualquier lugar de Japón, adonde son especies de conjueces de jueces en actividad. El juez del lugar los recibe, y les dice, por ejemplo: 'Hola, de 6000 causas le doy 1000 para que las maneje usted…' Entonces por un lado el juez descongestiona trabajo, y por el otro el aspirante tiene la potestad de tomar decisiones y ser evaluado en campo por eso…".

verse en el link http://www.dplf.org/sites/default/files/seleccion_altas_autoridades_es.pdf)

Resulta pues sumamente interesante que, más allá del currículum del postulante que tiene legajo, la puntuación en examen, la entrevista al candidato, exista la posibilidad de una demostración práctica de sus habilidades.

En definitiva, con este caso que comentamos y que hemos titulado como un Zarlenga recargado —que fue en realidad descargado por las sentencias de primera y segunda instancia—, aspiramos a que, sea mediante la dialéctica hegeliana, la dialógica enseñada por otra gran persona como ha sido el Profesor Héctor Negri, con una interacción continuada entre conjeturas y refutaciones popperiana, o con el método de debate que sea, se avance hacia una fundamentación real de las ternas **(9)** y se incorporen nuevas herramientas evaluatorias para tan magna tarea institucional.

(9) Como lo plantea el Doctor Iván Budassi, ex director de ARBA y abogado del Doctor Zarlenga en el famoso leading case tenido presente en este caso. En una nota que le hicieron para la Revista del Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires, de mayo de 2013, p. 27, el mismo manifestó "...me parece que hay que avanzar a la fundamentación de las ternas. De hecho, yo fui abogado de Zarlenga, que fue el fallo que se dictó en relación a este tema; el voto del juez Soria dentro de ese fallo es algo con lo que yo adhiero mucho, me parece que tiene mucho valor...".