RDA

DERECHO ADMINISTRATIVO

REVISTA DE DOCTRINA, JURISPRUDENCIA, LEGISLACIÓN Y PRÁCTICA

DIRECTOR:
JUAN CARLOS CASSAGNE

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

Marzo - Abril 2022 | 140

TEMA SELECCIONADO

Vulnerabilidad

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.: 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 marzo de 2022, 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

Marzo - Abril 2022 | **140**

TEMA SELECCIONADO

Vulnerabilidad

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: Vulnerabilidad

Diálogos entre el derecho administrativo y la vulnerabilidad social
Mario Rejtman Farah 3

El rol del juez en contexto de pandemia. El "Pase Libre COVID-19": los derechos individuales frente a los de un colectivo vulnerable
María Agustina de Urraza Nazar 13

Vulnerabilidad: categorización y contextualización como herramientas legislativas
Estela B. Sacristán 19

ESTUDIOS

Reflexiones sobre el control judicial de la actividad administrativa
Roberto Enrique Luqui 35

Las medidas precautorias en el derecho disciplinario. Especial referencia a la Ley Nacional de Empleo Público y el Régimen de Investigaciones Administrativas aprobado por dec. 467/1999
Fernando Gabriel Comadira 56

Acerca de la denominada "reconducción" procesal
Luciano Enrici 85

La cancelación de la otredad. Apuntes de opinión sobre discriminaciones silenciosas en ámbitos áulicos
Isaac Augusto Damsky 99

Análisis de la regulación normativa del *must carry-must offer* en la República Argentina
Graciela Mariana Posadas 105

La contratación pública socialmente estratégica
Jorge I. Muratorio 122

JURISPRUDENCIA ANOTADA

PASE SANITARIO
Provincia de Buenos Aires. Poder de policía sanitario. Inexistencia de caso judicial 133

PASE SANITARIO
Acción de amparo destinada a que se declare la inconstitucionalidad de la resolución que crea el llamado "Pase Libre COVID-19". Rechazo. Ausencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta..... 138

¿Derechos afectados frente al pase sanitario COVID-19?
Diego P. Isabella 146

COMERCIO DE MEDICAMENTOS
Sociedades excluidas de la posibilidad de ser titulares de farmacias. Facultades concurrentes de las provincias y la Nación. Norma que no contradice a la Nación. Poder de policía sanitaria. Disidencia 150

La *ratio decidendi* del caso "Farmacity": ¿innovación jurídica o aplicación clásica de doctrina jurisprudencial?
Juan B. Garda 173

PROCESOS COLECTIVOS
Impugnación de resoluciones del ENERGAS. Regla temporal de asignación de competencia. Fuero federal. Jueces con asiento en la provincia..... 194

La competencia colectiva contencioso-administrativa de los jueces federales con asiento en las provincias
José Ignacio López 200

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR LA MUERTE DE UN ADOLESCENTE
Niño institucionalizado. Padecimiento psiquiátrico y de adicción. Influencia del sobreseimiento penal de los profesionales de la comunidad terapéutica donde se encontraba el joven. Actuación de la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia (SENNAF)..... 208

La responsabilidad del Estado por omisión en el caso de una muerte evitable en un instituto de menores
Yenifer Lozano Loayza 236

LÍMITE DE LA JURISDICCIÓN APELADA
Sentencia que resuelve *extra petita* sobre la constitucionalidad de un decreto. Sanciones administrativas. Procesos disciplinarios. Posibilidad de contar con un defensor. Admisibilidad del recurso extraordinario. Disidencia. Tutela administrativa efectiva. Aplicación de la garantía del proceso penal al proceso sancionatorio administrativo 240

Tutela administrativa efectiva en el procedimiento disciplinario. Rol del abogado en la defensa técnica de los derechos fundamentales
Leandro Salgan Ruiz 248

TEMA SELECCIONADO: Vulnerabilidad

Diálogos entre el derecho administrativo y la vulnerabilidad social

Mario Rejtman Farah

Sumario: I. El rol del derecho administrativo y las personas en condiciones de vulnerabilidad.— II. Algunos avances.— III. El contencioso administrativo.— IV. Las situaciones de vulnerabilidad, el derecho administrativo y la CSJN.— V. Algunas otras deudas pendientes. A modo de conclusión.

I. El rol del derecho administrativo y las personas en condiciones de vulnerabilidad

El derecho administrativo ha mostrado algunas de las múltiples posibilidades que ofrece en relación con la protección de los derechos de las personas que se encuentran en contextos de vulnerabilidad, desigualdad social o exclusión **(1)**.

Tal como lo precisa Cassagne, "[...] la persona humana es la fuente de todos los principios y derechos. Más aun [...] la razón de ser del Derecho radica en la persona" **(2)**. Conforme lo señala el mismo autor, la dignidad de la persona "[...] no admite discriminación alguna por razón de nacimiento, raza o sexo, opiniones o creencias" **(3)**. A partir de estas ideas liminares es que nos enfocaremos en algunos aspectos del necesario e inevitable diálogo **(4)** que debe existir entre el derecho administrativo y los sujetos en condición de vulnerabilidad. La que, insistimos, no es una condición natural al ser humano, sino el producto de un desequilibrio social, que incluye lo jurídico **(5)**.

---

(1) Aunque para simplificar la lectura de este trabajo en ocasiones utilicemos indistintamente ambas expresiones como semejantes, no son similares los términos vulnerables y personas en situación de vulnerabilidad social. Entendemos esta última es la forma adecuada para mencionar a un conjunto de características no idiosincráticas que generan debilidad, desventaja o problemas para el desempeño y la movilidad social de estas personas, hogares o comunidades y que actúan como freno u obstáculo para su adaptación a los cambiantes escenarios sociales. Como señala Medina [...] En principio la noción de vulnerabilidad no es una noción jurídica, pero la necesidad de protección del vulnerable le ha otorgado progresivamente una noción jurídica, de forma tal que al concepto de vulnerabilidad lo podemos encontrar tanto en los sistemas nacionales como en los trasnacionales... Ampliar en Graciela Medina, Acceso a justicia de personas en condición de vulnerabilidad. Las 100 Reglas de Brasilia. En género, discapacidad y pobreza, LA LEY, 2017-F, 663-673, AR/DOC/2970/2017.

(2) Ampliar en CASSAGNE, Juan C., "Los grandes principios del derecho público (constitucional y administrativo)", Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2021, 2ª ed. actualizada, cap. I, p. 90 y ss. Ya Forsthoff aludía a una "menesterosidad social", atribuyendo en particular a la Administración la responsabilidad de asegurar las condiciones de vida de los individuos y compensar la reducción del espacio vital que se vincula con su autonomía. Esa función del Estado la denominó en algo que se ha traducido como procura existencial. Ver FORSTHOFF, Ernst, "El Estado de la sociedad industrial. El modelo de la República Federal de Alemania", publicado más recientemente por la Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2013.

(3) CASSAGNE, Juan C., "Los grandes principios...", ob. cit., p. 91.

(4) Con relación a dicho diálogo, ver HABERMAS, Jürgen, "Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy", Cambridge, MIT Press, 1995.

(5) Entre las causas que pueden colocar a una persona en condición de vulnerabilidad ver la regla 4 de Brasilia (Reglas de Brasilia Sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, aprobadas por la Asamblea Plenaria de la XIX edición de la Cumbre Judi-

Ciertas previsiones normativas, técnicas jurídicas u omisiones parecen impedir que se potencie este objetivo. Con frecuencia se plantean loables aspiraciones o declaraciones de principios en torno a las personas en condiciones de vulnerabilidad, de desigualdad o de exclusión social. No obstante, es en escasas circunstancias en las que aquellos propósitos se transforman en modificaciones en el ordenamiento jurídico, suficientes para producir un impacto en la realidad.

A su vez, cuando se registran cambios legales o interpretaciones jurisprudenciales favorables a la protección de los derechos en juego, con frecuencia no suelen ser la consecuencia de un enfoque sistémico que permita avanzar con mayor robustez y firmeza. Suelen presentarse como parches, dosis homeopáticas o movimientos espasmódicos y, en ocasiones, además, cosméticos o fragmentados **(6)**.

No es frecuente que desde nuestra disciplina se pongan en discusión cambios estructurales que permitan construir un camino para dar respuestas desde una perspectiva más tuitiva para aquellos que se encuentran en estado de vulnerabilidad social.

La Administración es, de entre todos los poderes del Estado, la que probablemente goza de mejores posibilidades para resguardar el bien común y el interés general y proteger así a los sujetos en contextos de vulnerabilidad social a fin de fortalecer un derecho al servicio de una sociedad más inclusiva y justa **(7)**. A través de su actividad reglamentaria o del dictado de actos administrativos, en el ejercicio de facultades discrecionales o mediante acertadas o desacertadas respuestas jurídicas, puede ser agente de protección o de transgresión y violación de los derechos de los más desfavorecidos.

El derecho administrativo, como ninguna otra rama del derecho, no es neutral, ni las normas que lo integran son meros productos técnicos u objetivos. De ello ha dado acabada cuenta, entre otros, Duncan Kennedy, quien ha expuesto la posición de desigualdad en la que se encuentran diversos sectores, entre ellos, los grupos minoritarios, los más excluidos o los que están en situaciones de vulnerabilidad **(8)**. Una derivación del movimiento conocido como los Critical Legal Studies (CLS) **(9)**, que tiene en Kennedy a uno de sus máximos referentes, es la Critical Race Theory **(10)**, algunos de cuyos exponentes sostienen, además, que existe una ecuación mal resuelta —por error e injusticia o por inadecuación e ineficacia— en tanto las políticas igualitaristas son incapaces de alcanzar una igualdad material que responda a la igualdad formal. Y, además, son, con frecuencia, insensibles a las

cial Iberoamericana, abril de 2018, Quito-Ecuador), conforme la cual "[...] Podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas, la pertenencia a minorías, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad".

(6) Afirma Nieto que [...] Los distintos elementos que componen el Ordenamiento Jurídico forman parte de una unidad superior que no es una mera suma de todos ellos, dado que se encuentran articulados de una manera tal que el conjunto es algo distinto de cada una de sus partes y de su suma. Ampliar en NIETO, Alejandro, "Crítica de la razón jurídica", Trotta, Madrid, 2007.

(7) Como lo afirma NIETO, [...] la Administración, a la hora de ejecutar la ley, puede desviar su sentido originario o convertirse en instrumento de opresión a los ciudadanos. Ampliar en NIETO, Alejandro, "Crítica de la razón jurídica", ob. cit.

(8) Ampliar entre otros trabajos de KENNEDY, Duncan, "Izquierda y derecho. Ensayos de teoría jurídica crítica", Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2010. También en su "The Rise and Fall of Classical Legal Thought", Beard Books, 2006.

(9) Uno de cuyos objetivos fue demostrar lo que a su juicio eran filiaciones ideológicas de las doctrinas jurídicas, las que según quienes integraron dicho movimiento, contribuyen con frecuencia a la desigualdad o a la existencia de jerarquías ilegítimas. Ver también CARDOZO, Benjamín N., "The Nature of the Judicial Process", Yale University Press, New Haven, 1921, reeditado por Quid Pro, LLC, 2010.

(10) Quienes en crítica a los CLS advirtieron sobre la posibilidad que el derecho quede inmerso en un quietismo que atente contra los más desventajados para quienes en ocasiones aquel se presenta como esperanza de una vida más digna. Ver entre otros, MACCORMICK, N., "Reconstruction after Deconstruction: A Response to CLS", en Oxford Journal of Legal Studies. También CRENSHAW, Kimberlé, "Critical Race Theory: The Key Writings that Formed the Movement", The New Press, Hardcover, 1996; Reaffirming Racism: The Faulty Logic of Color-blindness. Remedy and Diversity, The New Press, 2013.

formas de comprensión y narración propias de los grupos más vulnerables **(11)**.

Estos y diversos enfoques, desde diferentes ópticas, nos llevan a repensar instituciones o técnicas en el derecho administrativo que resuelvan o mitiguen el estado de vulnerabilidad jurídica de los más débiles o desprotegidos. Ello, con probabilidad, exige replantear, reformular y revisar diversas respuestas normativas o interpretaciones jurisprudenciales.

Intuyo que, de no hacerlo, podemos correr el riesgo de convertirnos en meros juglares o relatores de ficciones. O proclamadores de buenas intenciones.

El derecho administrativo, en situaciones diversas, no parece ser suficientemente proactivo en este tema. Existe a mi juicio un largo trecho por recorrer para aproximarnos a los objetivos y principios en función de los cuales ha sido estructurada y pensada nuestra disciplina **(12)**.

No es suficiente con circunscribirse a declarar derechos frente a la Administración Pública o frente al Estado. Deben buscarse los medios y las herramientas necesarias para impulsarlos, garantizarlos, protegerlos o evitar su vulneración. Lo que constituye, también, un importante desafío.

II. Algunos avances

Ciertos avances se han registrado.

II.1. Cuestiones de derecho urbanístico

En el área del derecho urbanístico, respecto a la regularización dominial en los procesos de integración socio-urbana de barrios vulnerables en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA), se abordó la cuestión desde una adecuada visión, más sistémica y menos coyuntural. Se dictaron normas buscando que tuvieran un efecto útil y que dieran una tutela diferenciada a sus destinatarios. Se incorporaron, así, herramientas legales para regular de un modo efectivo y sistemático la materia. Fue necesario, pero no suficiente, modificar también el Código Fiscal **(13)** a fin de alcanzar tal objetivo de un modo más económico y sencillo, y se modificó la norma que regulaba ciertas obligaciones notariales a fin de simplificar el procedimiento respectivo. Para permitir que todo este conjunto normativo alcanzara su objetivo, se dictaron también múltiples resoluciones en el ámbito de la administración local para encontrar una respuesta eficaz. Lo que muestra, a mi juicio, un progreso digno de mencionar en tanto ese cúmulo de acciones interrelacionadas, a través de reformas legales y reglamentarias, se ha constituido en un instrumento de inclusión social.

II.2. Las medidas cautelares dictadas por jueces incompetentes

Asimismo, un interesante avance desde el derecho administrativo, respecto al tema que hoy nos ocupa, se vinculó con las providencias cautelares dictadas contra el Estado por un juez incompetente. La ley 26.854 prevé que ellas no tienen eficacia, excepto cuando se dicten en relación con "sectores socialmente vulnerables acreditados en el proceso, se encuentre comprometida la vida digna [...] la salud o un derecho de naturaleza alimentaria". Como se ve, una adecuada excepción teniendo en cuenta las condiciones en juego.

II.3. Un lenguaje jurídico claro

Un progreso para destacar fue la inclusión, en el dec. 891/2017, de la indicación para que la Administración Pública adoptara un lenguaje jurídico claro **(14)**, lo que constituye un im-

(11) Para un análisis pormenorizado del principio de igualdad en el derecho administrativo, ver CASSAGNE, Juan C., "Los grandes principios...", ob. cit., cap. V. También GELLI, María A., "Constitución de la Nación argentina. Comentada y concordada", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2018, p. 290; y GARAY, Alberto F., "La igualdad ante la ley", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1989, cap. III.

(12) Un detenido análisis del tema puede verse en CASSAGNE, Juan C., "Curso de derecho administrativo", 2021, 13ª ed. También se expresa al respecto GORDILLO, Agustín A., "Tratado de derecho administrativo", 11ª ed., t. 3, en REJTMAN FARAH, Mario, (dir.)., Tratado de derecho administrativo y obras selectas, FDA, Buenos Aires, 2013, 1ª ed.

(13) Ver ley 6505, y las versiones anteriores del mismo código.

(14) En ocasiones se ha distinguido entre lenguaje claro, como una iniciativa que busca lograr que los textos legales sean más comprensibles para todos los ciudadanos, y lectura fácil como estrategia orientada a adaptar

portante paso en relación con la protección de aquellos en contextos de vulnerabilidad.

El lenguaje claro, en los documentos públicos y actos administrativos, facilita su comprensión y el acceso de modo más sencillo por parte de los ciudadanos a tales previsiones, algo sustancial para quienes se hayan en aquella situación **(15)**. Es de destacar, en el ámbito nacional, la conformación, en 2016, de una red de lenguaje claro integrada por los tres Poderes. En igual sentido, en el ámbito de la CABA, se constituyó una red similar para dar cumplimiento a lo previsto por la ley 6367, que estableció la obligatoriedad del uso de aquel.

II.4. Algunas reformas necesarias

Existen, por otra parte, múltiples puntos que requieren una reformulación con el propósito de asegurar el debido proceso y la tutela judicial efectiva. Es en esas áreas donde el derecho administrativo cuenta con herramientas imprescindibles para promover la inclusión y reducir la vulnerabilidad, sobre todo la jurídica **(16)**.

Tan importante como el reconocimiento de derechos en favor de los grupos en escenarios de vulnerabilidad social resulta la posibilidad de reclamar en sede administrativa o judicial la eficacia de estos. No basta con declararlos si no se los puede hacer efectivos.

Es necesario pensar cómo alcanzar una tutela procedimental y procesal diferenciada y reforzada frente al reclamo de un sujeto en situación de vulnerabilidad **(17)**.

Conforme el fallo de la Corte de los EE. UU. en "Carolene Products" **(18)**, los derechos de las minorías *discretas o insulares*, como las mencionó entonces dicho Tribunal, requieren una mayor supervisión **(19)**.

Diversas reglas del procedimiento administrativo (y, como veremos más adelante, también del proceso contencioso administrativo) no resguardan de modo adecuado a sectores en posición más desventajosa. Considero que debe asumirse el reto de contar con una tutela eficaz para ellos. De lo contrario, me temo, seguiremos en un área de vacancia del derecho administrativo.

Veamos algunas cuestiones a mero título demostrativo.

II.4.a. El sistema recursivo

Conforme mi criterio, el sistema recursivo se encuentra casi agonizando **(20)**, aunque esta

los textos jurídicos a las competencias discursivas específicas de los sectores vulnerables y destinatarios concretos. En un destacable antecedente cabe mencionar que Barack Obama firmó la Plain Writing Act (ley de escritura simple) que obligaba a los entes administrativos federales a incorporar esta metodología en la redacción de los textos del Gobierno Federal.

(15) En reciente entrevista publicada por el diario Clarín, edición del 1 de enero 2022, el presidente de la CSJN, Dr. Horacio Rosatti señaló que el Máximo Tribunal insistirá para que los jueces usen lenguaje claro en sus resoluciones. Mencionó así que los jueces [...] tenemos que llegar al común de la gente con el mensaje. El lenguaje jurídico es un lenguaje mixto, parte técnico y parte natural. Hay que tratar de que sea muy entendible y que no se cierre en latinazgos o aforismos...

(16) Menciona Roberto Gargarella, en una nota en el diario La Nación del 29/11/2016, una sentencia dictada por el Supremo Tribunal de la India al examinar los requisitos para litigar en nombre de grupos desaventajados. Sostuvo dicha sentencia que en un país marcado por problemas de pobreza, analfabetismo, privaciones y explotación una lectura restrictiva de la Constitución iba a convertirse en una cuerda de arena para la gran mayoría. En su voto el juez Bhagwati expresó [...] Asumimos que las violaciones de los derechos legales o constitucionales de un número amplio de personas pobres, ignorantes o en situación social o económicamente desaventajada no queden en la ignorancia o desatendidas. Para concluir que [...] las puertas de la Corte debían resultar ampliamente abiertas a los pobres y desarrapados.

(17) Analiza el tema, entre otros, BERIZONCE, Roberto O., "Regulación procesal de las tutelas diferenciadas de la Constitución", Anales, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP, año 15, nro. 48-2018, pp. 835-856.

(18) United States v. Carolene Prods. Co., 304 U.S. 144, 152, n. 4, 1938.

(19) Bruce Ackerman criticó en su oportunidad la formulación de Carolene Products al sostener que la formulación de minorías marginales e insulares era un indicador insuficiente para los grupos que merecen protección judicial. Sostuvo que minorías anónimas y difusas pueden estar más necesitadas de la atención del Tribunal. Ampliar en su "Beyond Carolene Products", 98 Harvard L. Rev. 713 (1985). La referencia, no obstante, nos parece adecuada.

(20) Ver el trabajo de BIANCHI, Alberto, "Entre el agotamiento de la instancia y el plazo de caducidad (¿A quién

aseveración pueda parecer algo excesiva y polémica y existen autorizadas opiniones en sentido contrario. En tanto debatimos las restringidas legitimaciones activas para ser parte en el procedimiento administrativo —y también en el proceso judicial— o respecto a los fugaces plazos **(21)** para interponer un recurso y al régimen de prescripciones o de caducidades que ocasiona el transcurso de aquellos, con frecuencia perdemos de vista que están en juego condiciones necesarias para posibilitar, con la máxima apertura posible, el acceso a la justicia para posibilitar una efectiva tutela judicial y garantizar el derecho de defensa **(22)**.

Para los grupos más vulnerables, tales obstáculos provocan un mayor grado de perjuicio. Los más desventajados difícilmente encontrarán solución a sus conflictos en el marco de un procedimiento administrativo plagado de impedimentos. Como no la encontraremos, en general, ninguno de nosotros. Son escasas y excepcionales las oportunidades en las que prosperan algunos recursos, por lo que ellos se han convertido, en la práctica, en una exigencia inútil **(23)**.

De modo que, conforme mi criterio, y esta postura tal vez resulte controversial, el procedimiento administrativo no protege los derechos de los administrados en general ni los de aquellos que se encuentran en condiciones de vulnerabilidad. Nos vemos obligados a interponer recursos para agotar la vía administrativa, como una carga formal o un peaje, y los más vulnerables deben, además, soportar la postergación de ver reconocidos sus derechos en sede administrativa y el acceso a la justicia, en tanto, a través de aquellos recursos se encuentran muy lejos de resolver sus pretensiones. Imponer el agotamiento de la vía en forma obligatoria parecería ser propio de un derecho administrativo que, a mi juicio, atrasa.

II.4.b. El silencio administrativo

Respecto a cómo se encuentra regulado el silencio administrativo **(24)**, el actual mecanismo

protege el procedimiento administrativo?)", en AA.VV., Cuestiones de procedimiento administrativo, RAP, Buenos Aires, 2006, pp. 861-870. Sostiene allí Bianchi que [...] La LPA no está diseñada para proteger los derechos de los administrados sino para preservar a la Administración de demandas que éstos le plantean. Calificada doctrina con sólidos argumentos, que por nuestra parte no compartimos, sostienen una postura diferente. Otros se inclinan por la tesis conforme la cual los recursos pueden tener carácter optativo. Para un abordaje amplio de la cuestión puede consultarse, entre quienes se han referido a esta cuestión a HUTCHINSON, Tomás, "El recurso administrativo previo como mera traba ritualista para impedir el acceso a la justicia (la deformación jurisprudencial de un sistema legislativo administrativo)", ED, t. 125, pp. 113-120, y "Mitos y realidades en el derecho administrativo argentino," en LA LEY, 1989-C, 1071-1079. Ver también GORDILLO, Agustín, "Tratado de derecho administrativo", 10ª ed., ahora como 1ª ed. de su "Tratado de derecho administrativo y obras selectas", FDA, Buenos Aires, 2014, especialmente cap. IV. Armando Canosa, coincidiendo con Gordillo, concluye que el recurso es un derecho a favor del particular por lo que también propició se reflexionara sobre la conveniencia de seguir contando con un régimen obligatorio de recursos administrativo (conf. lo expresara en su "Propuestas de reformas al régimen de impugnación de actos administrativos," en AAVV, Cuestiones de procedimiento administrativo, RAP, Buenos Aires, 2006, pp. 715-724).

(21) Como dijera Muñoz, abogados y jueces nos hemos acostumbrado a contar los plazos sin pensarlos. Ampliar en MUÑOZ, Guillermo, "Silencio de la Administración y plazos de caducidad", Astrea, Buenos Aires, 1982.

(22) El acceso a la justicia implica evaluar también la posibilidad de acceso a mecanismos de reclamo y protección, si los medios existentes son suficientes y adecuados incluyendo desde interponer quejas, denuncias o reclamos administrativos hasta la interposición de demandas judiciales. Incluye también examinar los medios para la efectiva ejecución de la sentencia.

(23) Cassagne invita en este mismo sentido a repensar el procedimiento administrativo y a asignar preferencia a la regla de la tutela judicial efectiva. Entre otras menciones al tema y a la conclusión que expresamos sobre las habituales resoluciones denegatorias de los recursos administrativos ver "El procedimiento administrativo y el acceso a la justicia", en Cuestiones de procedimiento administrativo... ob. cit., pp. 391-395. Arriban a similar conclusión, García de Enterría y Fernández para quienes [...] la experiencia más común demuestra que, cuando se trata de asuntos de alguna importancia, es infrecuente que la Administración rectifique [...] Tales rectificaciones sólo suelen producirse en los asuntos de importancia reducida y, preferentemente, en aquellos sectores o ámbitos en los que se producen en masa actos administrativos de pequeña o ínfima cuantía. Ampliar en GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás R., "Curso de derecho administrativo", Civitas, Madrid, 2020, 19ª ed.

(24) Ver el excelente análisis que efectúa María Pamela Tenreyro sobre esta cuestión en "Técnicas de tutela frente a la inactividad administrativa", Ediciones de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2012.

poco contribuye a garantizar derechos conculcados.

Con relación al plazo de caducidad, para promover demanda en caso de silencio negativo, la solución del art. 10, último párrafo de la LNPA provoca un inconcebible retroceso, lesionando aún más a los que se encuentran en condiciones de vulnerabilidad. El silencio administrativo es solo una ficción en beneficio del interesado, creada por la ley, para que este pueda considerar que se ha desestimado su pretensión. Pero ello no libera a la Administración de dar cumplimiento a la obligación de resolver. En relación con los sectores más vulnerables, estos se encuentran, con mayor razón, en un más grave estado de indefensión ante una Administración Pública a la que no pueden demandar en protección de sus derechos si han solicitado pronto despacho y, de persistir el silencio, dejan pasar los exiguos plazos legalmente previstos para iniciar demanda.

Ante una petición de quienes se encuentran en posición de vulnerabilidad la ficción debería ser la contraria. Creemos que esta solución aplica en general. Pero ocasiona mayor perjuicio a aquellos. Si bien el art. 10 del dec. 891/2017 consagró el silencio positivo como una buena práctica en materia de simplificación administrativa, solo prescribe que la norma regulatoria debe tener en cuenta la posibilidad de incrementar el carácter positivo del silencio de la Administración, con lo cual ni siquiera tal previsión es obligatoria.

Esto, sin olvidar algunas situaciones particulares como las contempladas por el art. 4° del dec. 733/2018 o el art. 10 del dec. 891/2017 con relación al silencio positivo digital.

II.4.c. La no suspensión del acto administrativo y la interposición de recursos

Es también criticable la previsión del art. 12 de la LNPA respecto al principio general de no suspensión de la ejecutoriedad de un acto administrativo frente a la interposición de un recurso administrativo. El derecho administrativo parecería, en relación con esta cuestión, dar la espalda a principios que lo rigen. Algunos de ellos de notoria incidencia respecto a los más vulnerables al prever que solo resulta potestativo para la Administración, y no obligatorio, suspender los efectos y la ejecución de un acto administrativo frente a la interposición de un recurso cuando se alega fundadamente una nulidad absoluta o cuando se encuentra en juego el interés público o se provocan lesiones graves a los derechos de los afectados.

Quienes se encuentran en una situación de vulnerabilidad y plantean un recurso administrativo, casi por *default*, se encuentran, con alto grado de probabilidad, en alguna de las dos últimas categorías.

La solución que a mi juicio se impone es, frente a su interposición, establecer como regla en todos los casos —y con mayor razón respecto a personas en posición de vulnerabilidad o exclusión— la suspensión de los efectos del acto, salvo que la Administración Pública resolviera, a modo de excepción, en forma expresa y por razones fundadas, darle ejecución.

II.4.d. Otras cuestiones

Existen otros aspectos asociados al procedimiento administrativo que resulta necesario revisar; por ejemplo, el debilitamiento que sufre el principio del informalismo. Lo que traduce, para quienes se encuentran en situaciones de vulnerabilidad, una violación aun mayor que para el resto **(25)**.

De igual modo, la lentitud con que se desarrolla el procedimiento recursivo provoca no solo la violación al principio de celeridad, economía y eficacia en el trámite, sino una lesión directa a los derechos de quienes se encuentran en cualquier condición de vulnerabilidad, los que se

(25) La CSJN se ha pronunciado a favor del principio del informalismo. Recientemente lo ha hecho in re "Garay, Corina E. c. ANSeS s/ reajustes varios" del 07/12/2021 resolviendo que la decisión de sujetar a la accionante a un nuevo trámite administrativo y/o judicial no especificado, configuraba un exceso ritual manifiesto que puede frustrar la sustancia de su derecho conforme al desenvolvimiento natural de los hechos. Ver en igual sentido Fallos 316:779. Pero, paralelamente a través de la acordada 4/2007 estableció requerimientos formales estrictos para interponer el recurso extraordinario y el recurso de queja al prever, por ejemplo, que dichos recursos no serán ni siquiera considerados si las páginas en que está escrito tienen más o menos de 26 renglones o si está redactado con un tamaño de letra menor a 12.

ven impedidos de ejercer en tiempo oportuno sus derechos.

Respecto a la suspensión de los plazos por la interposición de recursos ante órganos incompetentes, estos se admiten solo si ha mediado error excusable. Se quebranta con ello el principio de informalismo y los derechos y garantías constitucionales precedentemente mencionadas.

¿Qué decir que no se haya dicho ya respecto a los inadmisibles brevísimos plazos para interponer un recurso administrativo? **(26)** Los actuales son casi ridículos y constituyen de hecho una trampa para los recurrentes. Con mayor razón para los de menores recursos económicos, habitualmente con un bajo nivel de conocimiento jurídico, que requieren contar con un mínimo asesoramiento.

III. El contencioso administrativo

Diversas instituciones relacionadas con el derecho procesal administrativo requieren, desde mi visión, ser también reconsideradas, y con mayor rigor respecto de los más vulnerables. Mencionaremos solo algunas de ellas.

III.1. Los litigios estructurales

El derecho administrativo se encuentra en deuda con la sociedad, y especialmente con los grupos más vulnerables, respecto a la regulación de los litigios estructurales **(27)**. Si bien conforme lo señalara nuestro Máximo Tribunal en "Halabi" **(28)** ellos son operativos por mandato constitucional —y además ha dictado dos conocidas acordadas al respecto— **(29)**, no existe una ley que regule los requisitos para interponerlos, ni las legitimaciones para hacerlo o sus efectos.

Ello debilita la efectividad de los derechos de estos sectores y no contribuye a superar las desigualdades que inciden sobre las posibilidades reales de acceso a la justicia de aquellos.

III.2. La habilitación de instancia de oficio

Con relación a la habilitación de instancia de oficio a través de la ley 25.344, cuyo objeto nada tuvo que ver con una reforma procesal pues fue dictada para regular la emergencia económica, se dispuso que los jueces no pueden dar curso a las demandas mencionadas en los arts. 23, 24 y 30 de la LNPA sin comprobar de oficio, en forma previa, el cumplimiento de los recaudos establecidos en esos arts. y los plazos previstos en el 25 y 31 de dicha norma. En tanto, tal como lo ex-

(26) Nos hemos referido a esta cuestión en diversas oportunidades; entre otras, en nuestro libro "Impugnación judicial de la actividad administrativa", La Ley, Buenos Aires, 2000. También en "La cuestión de los plazos en el procedimiento administrativo," en AA.VV., Cuestiones de derecho administrativo, RAP, Buenos Aires, 2006, pp. 807-822. Nuestra doctrina también ha puesto el acento en la necesidad de atender a esta cuestión y los valores que allí se juegan. Así, uno de quienes mayor énfasis ha puesto en esta cuestión ha sido GORDILLO, Agustín A., "Tratado de derecho administrativo", 11ª ed., ahora como 1ª ed. del "Tratado de derecho administrativo y obras selectas", FDA, Buenos Aires, 2016. También lo ha hecho MAIRAL, Héctor, "El control judicial de la Administración pública", Depalma, Buenos Aires, 1984, p. 380 y ss., afirmando que [...] El plazo general de caducidad de la LPA no sólo es inconveniente, sino que se inspira en una filosofía propia de regímenes ajenos a nuestras fuentes constitucionales. El tema ha sido también objeto de tratamiento específico, entre otros, por Tomás Hutchinson, "La caducidad del procedimiento administrativo," RAP nro. 12, pp. 9-16; y por CASSAGNE, Juan Carlos en "Los plazos en el procedimiento administrativo", ED, t. 83, pp. 897-901, y en su "Curso de derecho administrativo...", ob. cit.

(27) Se adopta esta terminología genérica sin perjuicio de las particularidades que presentan los procesos colectivos, sistémicos, agregativos, de impacto, estratégicos, redistributivos, acciones de clase, casos de interés público, litigios públicos, demandas de derechos de segunda y tercera generación o litigios de derechos sociales. Como lo afirmara LORENZETTI, Ricardo, "Acceso a la justicia de los sectores vulnerables", Conferencia pronunciada en las Jornadas Patagónicas Preparatorias del III Congreso de la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas (AIDEF), El Calafate, marzo de 2008, [...] todos aquellos que no tienen acceso a los bienes primarios básicos que el mercado brinda tampoco tienen acceso a los bienes jurídicos básicos que el derecho ofrece...]. Por lo que a su juicio deberían distinguirse los casos en los cuales hay intereses individuales aislados, aquellos en los que existen intereses individuales homogéneos como lo serían las acciones de clase y los de incidencia colectiva que dan lugar a supuestos de legitimación extraordinaria, en la cual puede haber un sujeto individual, una organización que represente un interés colectivo o puede estar el Estado. Consultar en https://www.corteidh.or.cr/tablas/r29270.pdf

(28) Fallos 332:211.

(29) La 32/2004, creando el Registro Público de Procesos Colectivos y la 12/2016, aprobando el Reglamento de actuación en Procesos Colectivos.

presáramos en párrafos anteriores, si la exigencia del agotamiento de la vía administrativa está en crisis y se encuentra también cuestionada la fugacidad de los plazos para deducir un recurso jerárquico, y aún aquellos para acudir a la justicia, disponer la obligación para los jueces de no habilitar de oficio la instancia judicial constituye, entre otras razones, un importante retroceso del derecho administrativo. Con independencia de las críticas que nos merecen en general los requisitos de admisibilidad para interponer una acción judicial, conforme mi criterio, esta potestad, ejercida de oficio, pone en jaque garantías constitucionales **(30)**.

III.3. El rechazo in limine *del amparo*

La institución del amparo es un adecuado ejemplo también para exponer la necesidad de contar con un derecho administrativo que resguarde los derechos de aquellos a quienes aquí nos referimos.

Provoca un claro menoscabo a los derechos en juego la interpretación que algunos tribunales siguen haciendo del art. 3° de la ley 16.985, el que faculta a los jueces a rechazar el amparo *in limine litis* sin siquiera dar traslado de la acción, es decir, sin necesidad de solicitar al Estado el informe previsto por el art. 8° de la misma norma **(31)**. Ello resulta incompatible con una acción sencilla, rápida y coherente previsto en los tratados internacionales que el derecho administrativo de nuestro tiempo no puede ignorar. Sobre todo, y ante todo, cuando se pueden encontrar en juego los derechos de los más vulnerables.

III.4. Otras cuestiones

No quiero dejar de mencionar otros temas que requieren ser considerados en el marco del proceso contencioso administrativo si el propósito es adecuar nuestra disciplina a estos nuevos tiempos en los que se impone, además, atenuar las barreras de la exclusión.

Desde las exigencias —en ciertos casos, excesivas— a la hora de disponer medidas cautelares autónomas o aun las requeridas dentro del proceso principal, el prolongado tiempo que lleva este y las dificultades y escollos que con frecuencia conlleva la ejecución de la sentencia son algunos de los problemas que tampoco podemos ignorar a la hora de repensar las instituciones, los mecanismos y el desarrollo del derecho procesal administrativo **(32)**.

IV. Las situaciones de vulnerabilidad, el derecho administrativo y la CSJN

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha puesto su atención en aristas diversas de este tema. Pronunciamientos diversos del Máximo Tribunal muestran algunos pasos dignos de destacar. Muchos de ellos vinculados al derecho administrativo. Incluso algunos pronunciamientos dictados con una perspectiva de género **(33)**.

(30) Nos hemos referido al tema, entre otras oportunidades, en REJTMAN FARAH, Mario, "La consagración legal de la habilitación de instancia de oficio: su inconstitucionalidad", en CASSAGNE, Juan C. (dir.), Derecho procesal administrativo, Hammurabi, José Luis Depalma, Buenos Aires, 2004, t. 1, pp. 917-981. Conforme nuestra opinión si no correspondiera dar curso a las demandas contra el Estado porque no se encontraren cumplidos ciertos requisitos, debe ser el propio Estado, en su calidad de accionado y en cuyo único beneficio han sido impuestos aquellos, el que a través de su expresa intervención se oponga al progreso de la demanda o acepte la revisión judicial plena. En definitiva, juez, parte actora y Administración coincidirían al menos que es no sólo la tutela efectiva de los derechos de los administrados lo que está en juego sino el cumplimiento de la legalidad objetiva, valor en cuya defensa está más que nadie comprometido el propio Estado.

(31) Hemos desarrollado el tema con mayor profundidad en REJTMAN FARAH, Mario, "Examen de admisibilidad: el rechazo 'in limine'", en CASSAGNE, Juan C. (dir.), Amparo, medidas cautelares y otros procesos urgentes en la justicia administrativa, LexisNexis, Buenos Aires, 2007, pp. 181-192.

(32) La CSJN resolvió en este sentido en el caso "C., J. C. c. EN - M° Defensa - Ejército Argentino s/ daños y perjuicios", Fallos 343:264, en relación al trámite de ejecución de sentencias contra el Estado, que la evidente fragilidad del actor que allí esperaba cobrar su resarcimiento, acreditada mediante su ausencia de funcionalidad e independencia en las actividades de la vida diaria como aspecto esencial para configurar la condición de vulnerabilidad, imponía una solución ajustada a su condición que evitara sujetarlo a los trámites ordinarios de cobro de sentencias dinerarias contra la Nación.

(33) Consultar https://om.csjn.gov.ar/JurisprudenciaOM/consultaOM/consultaSentencias.html.

Como lo dijera dicho Tribunal a partir de la reforma constitucional de 1994, cobró especial énfasis el deber de brindar respuestas especiales y diferenciadas para los sectores vulnerables con el objeto de asegurarles el goce pleno y efectivo de todos sus derechos. En tal sentido, por ejemplo, respecto al envejecimiento y la discapacidad, mencionó que estas son causas predisponentes o determinantes de vulnerabilidad, las que obligan a contar con mayores recursos para no ver comprometida seriamente la existencia y/o calidad de vida y el consecuente ejercicio de sus derechos fundamentales.

En similar sentido, en la causa "García" **(34)**, sobre haberes previsionales y el carácter multidimensional de la vulnerabilidad, puso de relieve el punto de partida asimétrico de quienes se encuentran en tal coyuntura.

Ver también lo resuelto por el Máximo Tribunal en la causa "Tufano R. A. s/ internación" **(35)** y "R., M. J. s/ insania" **(36)**, donde se puso de manifiesto la necesidad de reconocer garantías de protección de las personas que tienen afectaciones mentales y que están en centros de internación.

Por mayoría, en autos "Blanco" **(37)** expresó también que es precisamente en tiempos de crisis económica cuando la actualidad de los derechos sociales cobra su máximo significado. En tales etapas críticas, resolvió que deben profundizarse las respuestas institucionales en favor de los grupos más débiles y postergados, pues son las democracias avanzadas y maduras las que refuerzan la capacidad de los individuos y atienden las situaciones de vulnerabilidad en momentos coyunturales adversos.

En la causa "Q. C., S. Y." **(38)** ordenó al gobierno local que garantice, a una madre y su hijo discapacitado en situación de calle, un alojamiento con condiciones edilicias adecuadas, sin perjuicio de contemplar su inclusión en algún programa de vivienda en curso o futuro para la solución permanente del estado excepcional de necesidad planteado. Ello, considerando que se encontraban en condición de vulnerabilidad como todas las personas que, en razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas o culturales, encuentran especial especiales dificultades para el efectivo ejercicio y reconocimiento de los derechos de los que son titulares.

En fallo reciente dictado en la causa "Garay" señaló **(39)** que el bloque de legalidad aplicable a las situaciones de vulnerabilidad resulta transversal a todo el ordenamiento jurídico.

Con anterioridad había expuesto **(40)**:

"[...] [U]n principio de justicia que goza de amplio consenso es aquel que manda desarrollar las libertades y los derechos individuales hasta el nivel más alto compatible con su igual distribución entre todos los sujetos que conviven en una sociedad dada, así como introducir desigualdades excepcionales con la finalidad de maximizar la porción que corresponde al grupo de los menos favorecidos, principios que ha recibido nuestra Constitución Nacional, al establecer la regla de la igualdad (art. 16) y justificar la distribución diferenciada a través de medidas de acción positiva destinadas a garantizar la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce de los derechos reconocidos por la Carta Magna y los tratados internacionales sobre derechos humanos, en particular, en lo que aquí interesa, respecto de los niños y las personas con discapacidad".

Solo algunos pocos ejemplos de cómo nuestro Máximo Tribunal, desde diferentes perspectivas, ha comenzado un elogiable camino en resguardo de quienes se hayan en cualquiera de las situaciones donde las condiciones de la persona, las circunstancias ambientales, geográficas, económicas, culturales, de género, sociales, pertenencia a minorías, pobreza, o privación de libertad —entre tantas otras— originan un agravio mayor que al resto de la población.

(34) Fallos 342:411.

(35) Fallos 328: 4832.

(36) Fallos 331:211.

(37) Fallos 341:1924.

(38) Fallos 335:452.

(39) Fallos 342:411.

(40) Fallos 341:1625.

V. Algunas otras deudas pendientes. A modo de conclusión

Las 100 reglas de Brasilia y sus objetivos básicos, con relación a las personas en condición de vulnerabilidad llevan más de 10 años **(41)**. Sin dejar de reconocer pequeños avances, resta, aún, mucho camino por recorrer para convertir a aquellas en realidad:

Entre las deudas pendientes, examinar cuestiones tales como la amplia presunción de legitimidad del acto administrativo, en ocasiones con las consecuencias que de tal principio se pretenden derivar **(42)**. También volver a considerar la responsabilidad del Estado, en ocasiones limitada y restringida. Reformular el ejercicio de la potestad reglamentaria ejercida sin una adecuada evaluación *ex ante* o sin un análisis de los costos-beneficios que a los más vulnerables ocasionan diversas regulaciones. Formular verdaderos códigos de integridad que superen lo declamatorio y se conviertan en efectivas palancas para el desarrollo. Ampliar los escasos y débiles cauces que encuentran hoy la participación ciudadana. Atender al complejo y en ocasiones inocuo control público. Sincerarnos en el funcionamiento de los entes reguladores no independientes que no parecerían proteger a los más vulnerables **(43)**. Revisar aspectos tales como la posibilidad de revocar de oficio el acto nulo aun cuando la nulidad no hubiera sido alegada por las partes. Reconsiderar ciertas interpretaciones que se le han dado al conocimiento del vicio como causal de revocación unilateral de un acto administrativo **(44)**. Reconocer la virtual partida de defunción que en la práctica se le ha dado a la acción de lesividad. Llenar el vacío que provoca la ausencia de responsabilidad disciplinaria de los funcionarios extra escalafonarios. No son estas sino parte de un amplio catálogo que el derecho administrativo se encuentra obligado a evaluar y discutir.

Se trata de poner sobre la mesa algo que, por tan esencial, casi se nos ha hecho invisible a los ojos: el rol del derecho administrativo como instrumento de garantía de los que se encuentran en condiciones de vulnerabilidad.

---

(41) A las que adhirió la CSJN mediante Acordada 5/20009 del 24/02/2009.

(42) Es por demás interesante la visión que del principio da Comadira y los límites que este presenta en el medular análisis que efectúa en COMADIRA, Julio P., "La presunción de legitimidad del acto administrativo como prerrogativa y garantía: concepto, fundamento, límites y consecuencias", en AA.VV., El derecho administrativo hoy 16 años después, RAP, Buenos Aires, 2013, pp. 51-73.

(43) Tema que hemos abordado en REJTMAN FARAH, Mario, "La independencia de los entes reguladores como requisito para el ejercicio de sus competencias", JA, 2005-III, Número Especial, El caso Ángel Estrada, Buenos Aires, 2005, pp. 1136-1141.

(44) Contemplado en el art. 18 de la ley 19.549. Compartimos las interpretaciones que del tema ha dado GORDILLO, Agustín, "Tratado de derecho administrativo y obras selectas", FDA, Buenos Aires, 2011, 10ª ed., t. III, quien sostiene que no basta con el mero conocimiento que el particular tenga del vicio para que el acto carezca de estabilidad, sino que se requiere una connivencia dolosa entre el funcionario y el particular. A su turno, CASSAGNE, Juan C., "El Proyecto de Ley de Procedimientos Administrativos de Santiago del Estero", ED, t. 211, pp. 818-821, ha considerado que el criterio de conocimiento del vicio debe limitarse a los supuestos de invalidez manifiesta, mala fe y casos en los que el vicio sea imputable al particular. Como lo expresara la CSJN, ... la excepción —la facultad revocatoria de la administración ante la existencia de 'un error grave de derecho'— debe interpretarse en forma restrictiva. De otro modo, se frustraría la finalidad de la regla, cual es la de proteger la propiedad y la seguridad jurídica (Fallos 175:368 y 327:5356). Ver también CSJN, "Kek Sergio Leonardo", 2015, Fallos 338:212, cons. 8°.

El rol del juez en contexto de pandemia

El "Pase Libre COVID-19": los derechos individuales frente a los de un colectivo vulnerable

María Agustina de Urraza Nazar

Sumario: I. Introducción.— II. Tema planteado. Resolver en pandemia con perspectiva social. Los derechos individuales frente a los de un colectivo vulnerable.— III. Un caso en particular novedoso. El "Pase Libre COVID-19". Pronunciamiento del juez federal de Mar del Plata, revocado luego de la Cámara Federal en grado de apelación.— IV. Conclusión: el rol del juez y del Poder Judicial como parte integrante del Estado. "Obras son amores y no buenas razones". Art. 3° del Cód. Civ. y Com.

I. Introducción

La pandemia COVID-19 reveló lo que ya se venía vaticinando, desde hace años, esto es, que existen regiones en el mundo que ya han agotado sus recursos naturales, por la demanda de otros países **(1)** y que, ante la imposibilidad económica, geoestratégica y social de renovarlos, no estarían en condiciones de autoabastecerse en circunstancias extraordinarias, debiendo entonces acudir al auxilio y protección de quienes si lo estuviesen.

El profesor Ricardo Lorenzetti afirma que **(2)** "la tragedia ambiental es también humana para grupos de vulnerabilidad especial. Los más humildes, los enfermos, los adultos mayores, los niños tienen una capacidad limitada para adaptarse a cambios tan abruptos y profundos, y por la tanto reciben los impactos de modo muy directo y sin escapatoria".

(1) Papa Francisco. Carta Encíclica "Laudato Si" el cuidado de la casa común. 24/05/2015. Punto 51. La inequidad no afecta sólo a individuos, sino a países enteros, y obliga a pensar en una ética de las relaciones internacionales. Porque hay una verdadera «deuda ecológica», particularmente entre el Norte y el Sur, relacionada con desequilibrios comerciales con consecuencias en el ámbito ecológico, así como con el uso desproporcionado de los recursos naturales llevado a cabo históricamente por algunos países. Las exportaciones de algunas materias primas para satisfacer los mercados en el Norte industrializado han producido daños locales, como la contaminación con mercurio en la minería del oro o con dióxido de azufre en la del cobre. Especialmente hay que computar el uso del espacio ambiental de todo el planeta para depositar residuos gaseosos que se han ido acumulando durante dos siglos y han generado una situación que ahora afecta a todos los países del mundo. El calentamiento originado por el enorme consumo de algunos países ricos tiene repercusiones en los lugares más pobres de la tierra, especialmente en África, donde el aumento de la temperatura unido a la sequía hace estragos en el rendimiento de los cultivos. A esto se agregan los daños causados por la exportación hacia los países en desarrollo de residuos sólidos y líquidos tóxicos, y por la actividad contaminante de empresas que hacen en los países menos desarrollados lo que no pueden hacer en los países que les aportan capital: «Constatamos que con frecuencia las empresas que obran así son multinacionales, que hacen aquí lo que no se les permite en países desarrollados o del llamado primer mundo. Generalmente, al cesar sus actividades y al retirarse, dejan grandes pasivos humanos y ambientales, como la desocupación, pueblos sin vida, agotamiento de algunas reservas naturales, deforestación, empobrecimiento de la agricultura y ganadería local, cráteres, cerros triturados, ríos contaminados y algunas pocas obras sociales que ya no se pueden sostener»

(2) LORENZETTI, Ricardo, "El nuevo enemigo. El colapso ambiental. Cómo evitarlo", Sudamericana, 2021, p. 45.

II. Tema planteado. Resolver en pandemia con perspectiva social. Los derechos individuales frente a los de un colectivo vulnerable

Lo señalado es una breve reflexión sobre la situación generada a nivel mundial y que, en el caso de nuestro país, dadas sus condiciones —subdesarrollo—, implicó que a principios del año 2019 **(3)** se declare el estado de emergencia sanitario, el cual fuere prorrogado hasta la fecha y adoptándose dentro de las medidas dispuestas por el poder Ejecutivo, el aislamiento y la división de burbujas sociales, medida vigente, hasta tanto obtuvieron otras formas de prevención contra el virus.

Luego, ya establecido un plan de vacunación, igual podemos hacer algunos señalamientos sobre los impactos que trajo el COVID-19, a nivel económico social tal como el surgimiento de un nuevo grupo vulnerable (principalmente los prestadores de servicios formales e informales) **(4)**, como así también el agravamiento de la desigualdad estructural de quienes viven el estado de vulnerabilidad permanente (adultos mayores, pobres, niños con capacidades diferentes, mujeres en situación de violencia familiar, entre otros).

Nuestro país tiene asumido desde hace tiempo compromisos internacionales tendientes a la precaución y protección ambiental con el fin de salvaguardar la salud humana y, en particular, proteger a los más vulnerables.

El profesor Lorenzetti señala que lo expuesto surge de: la Declaración de Río; principio 15 de la Declaración de Estocolmo; arts. 7°, 2° y 4°, y 32 de la Comisión de Expertos; Observación General sobre el Convenio 169; principio 12 de la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestre; sección III, art. 26 de la Agenda 21 Naciones Unidas; y punto 58 letra k y 268 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible, Río + 20 **(5)**.

Con base en dichos compromisos el Estado argentino tomó varias medidas de protección que marcaron una política social, económica y sanitaria determinada a proteger a los más vulnerables. Entre ellas, encontramos que declaró la emergencia pública sanitaria, que luego amplió a un año por decreto, la que estableció el aislamiento social, el plan de vacunación libre, restricciones de actividades, y el "Pase Libre COVID-19" **(6)**, entre otras.

---

(3) El decreto 260/2020 amplió por el plazo de un año la emergencia pública en materia sanitaria establecida por la ley 27.541 en virtud de la pandemia declarada por la Organización Mundial de la Salud (OMS) en relación con la COVID-19, habiendo sido prorrogado dicho decreto hasta el 31/12/2022 por el decreto 867/2021, en los términos de este.

(4) LORENZETTI, Ricardo, "El nuevo enemigo. El colapso ambiental. Cómo evitarlo", Sudamericana, Buenos Aires, 2021, p. 45: "...La pandemia COVID-19 ha obligado a adoptar medidas drásticas de aislamiento, que impactaron sobre numerosas actividades; es un ejemplo claro de la distribución desigual de los costos y beneficios. Las pequeñas y medianas empresas y quienes trabajan en ellas de manera formal o informal han sido los que más sufrieron los efectos. Los gimnasios, los hoteles, los restaurantes, el turismo, los comercios con instalaciones físicas, quienes prestan servicios profesionales con cercanía física, todos aquellos han visto que su actividad se ha vuelto imposible y perdieron sus ingresos...".

(5) LORENZETTI, Ricardo, "El nuevo enemigo...", ob. cit., p. 43.

(6) Por decreto 260/2020 se amplió por el plazo de un año la emergencia pública en materia sanitaria establecida por la ley 27.541 en virtud de la pandemia declarada por la OMS en relación con la COVID-19, habiendo sido prorrogado dicho decreto hasta el 31/12/2021 por el decreto 167/2021, en los términos de este. Por decreto 297/2020 se estableció una medida de "aislamiento social, preventivo y obligatorio" en todo el país, la que fue prorrogada en diversas oportunidades; estableciéndose con posterioridad la medida de "distanciamiento social, preventivo y obligatorio", también por sucesivos períodos. Por decreto 678/2021 se dispusieron un conjunto de nuevas medidas sanitarias de prevención y contención aplicables a todo el territorio nacional hasta el día 31/12/2021, inclusive, de cumplimiento obligatorio para todas las personas en todos los ámbitos, así como también regulaciones específicas para las actividades que representan mayor riesgo epidemiológico y sanitario, según lo estipulado en el art. 3° de dicho acto. Por res. del Ministerio de Salud 680/2020 se incorporó, al régimen legal de las enfermedades de notificación obligatoria —establecido por ley 15.465, sus modificatorias y complementarias—, a la enfermedad COVID-19 en todas sus etapas, desde la sospecha de caso hasta el seguimiento de su evolución, aplicándose, a la enfermedad de notificación obligatoria COVID-19, las estrategias de vigilancia clínica y de laboratorio, bajo la modalidad de notificación individual con periodicidad inmediata (doce horas). Por ley 27.491 se declaró a la vacunación como de interés nacional, definiéndose a la misma como una estrategia de salud pública preventiva y altamente efectiva, y considerándosela como

La prolongación de la emergencia sanitaria sin un límite temporal establecido por mandato legal significó que los ciudadanos cuestionen las acciones adoptadas por el Gobierno. Ello en el parecer de que se recorta el ejercicio de sus derechos individuales *sine die*; por lo tanto, en varias situaciones acudieron a los estrados judiciales.

Del relevamiento de los casos presentados nos llama preponderantemente la atención el referido al "Pase Libre COVID-19" dispuesto por el Estado nacional y replicado en las provincias. En particular, porque nos parece que es quizás un supuesto que puso en evidencia el rol que tiene el juez al momento de decidir y cuál es la interpretación que —en el marco de un estado de emergencia sin precedentes, en un gobierno democrático y republicano— debe primar; una interpretación razonable que implique proteger a los más vulnerables.

III. Un caso en particular novedoso. El "Pase Libre COVID-19". Pronunciamiento del juez federal de Mar del Plata, revocado luego de la Cámara Federal en grado de apelación

III.1. El caso

Previo adentrarnos en la descripción, hemos de señalar y reiterar la importancia que existe sobre la exposición y conocimiento de lo acontecido, a los fines de comprender acabadamente el motivo de la decisión de una u otra instancia.

En el caso, una mujer se presenta ante Juzgado Federal N° 4 de Mar del Plata **(7)** por vía de acción de amparo y solicitando una medida cautelar que la exima de exhibir o portar la acreditación del denominado "Pase Sanitario" impuesto por la disp. nacional 1198/2021 y por la resolución ministerial conjunta 460/2021 de la provincia de Buenos Aires. Fundamentó su petición en que dicha normativa es inconstitucional, en tanto cercenaría derechos contemplados en la Constitución nacional y en otras leyes.

El titular del juzgado, el día 28/12/2021, habilitó la instancia y decretó la medida cautelar solicitada, ordenando a los Gobiernos nacional y provincial a la no exigencia del mencionado pase acreditante del plan de vacunación completo. Fundamentó su decisión en que la ley 27.573 no establece la obligatoriedad de la vacunación contra el COVID-19 (al igual que la res. del Ministerio de Salud de la Nación 2883/2020), así como lo dispuesto por la ley 26.529 de Derechos del Paciente. Por ello, consideró que las normas impugnadas violan el bloque constitucional, especialmente lo dispuesto por los arts.

bien social, sujeta a los principios de gratuidad, obligatoriedad, prevalencia de la salud pública por sobre el interés particular, disponibilidad y amplia participación. Por ley 27.573 se declaró de interés público la investigación, desarrollo, fabricación y adquisición de las vacunas destinadas a generar inmunidad adquirida contra la COVID-19 en el marco de la emergencia sanitaria, con el objetivo de asegurar la cobertura de la población con vacunas seguras y eficaces contra esa enfermedad. Por res. del Ministerio de Salud 2883/2020 se aprobó el "Plan Estratégico para la Vacunación contra la COVID-19 en la República Argentina", el cual establece una estrategia de vacunación voluntaria, escalonada y en etapas no excluyentes, procurando ampliar progresivamente la población objetivo y permitiendo inmunizar de forma gradual a mayor cantidad de personas. Por res. del Ministerio de Salud 2673/2021 se estableció que las personas que residan en el territorio de la República Argentina que se hayan vacunado en el exterior contra la COVID-19 con una vacuna autorizada para su uso, o precalificada por la OMS podrían solicitar una constancia de su aplicación ante el Ministerio de Salud a través del portal "Mi Argentina Perfil Digital del Ciudadano" en su versión web, sección Mis Trámites. El Estado nacional suscribió diversos acuerdos para adquirir vacunas en tiempo oportuno, lo cual permitió iniciar la vacunación en las veinticuatro jurisdicciones del país de manera simultánea, en el mes de diciembre de 2020. Las actividades recreativas, culturales, religiosas, deportivas, y sociales, particularmente en espacios cerrados, conllevan diferentes niveles de riesgo habiéndose definido en el decreto 678/2021, como actividades de mayor riesgo epidemiológico y sanitario a los viajes grupales, las actividades en locales bailables cerrados (discotecas, salones de fiesta, etc.) y a todo evento masivo de más de mil personas. La Decisión Administrativa 1198/2021 dispuso el "Pase Libre de COVID-19".

(7) El 22/12/2021, por una particular domiciliada en la ciudad de Mar del Plata, el titular del Juzgado Federal N° 4 de esa ciudad, Alfredo López, dispuso una medida cautelar que ordena eximir a la peticionante de la obligatoriedad de "exhibir y/o portar la acreditación y/o el denominado pase sanitario" impuesto por la disp. nacional 1198/2021 y por la resolución ministerial conjunta 460/2021 del gobierno de la provincia de Buenos Aires, todo ello con habilitación de días y horas inhábiles. Sin Autor, "La justicia federal frena la obligatoriedad del pase sanitario, El Ciudadano, 20/12/2021. Disponible en: https://www.elciudadanoweb.com/la-justicia-federal-frena-la-obligatoriedad-del-pase-sanitario/.

14, 14 *bis*, 16, 19, 28, 31 y 75 inc. 22, CN, ya que limitan la posibilidad de llevar a cabo actividades tales como peticionar a las autoridades, trabajar y ejercer industria lícita, circular, reunirse; transgrediendo asimismo los derechos a la igualdad y a no hacer lo que la ley no prohíbe (arts. 16 y 19 CN).

Este pronunciamiento fue apelado por la Fiscalía de Estado de la Pcia. de Bs. As. y por el Ministerio de Salud de la Nación.

El 20/01/2022, la Cámara Federal de Mar del Plata **(8)** revocó dicha decisión señalando que, al promoverse la presente acción de amparo, el "eje" del reclamo giró alrededor del intento de que se exima a la amparista de portar o exhibir el "Pase Sanitario", reclama que el juez de grado receptó cautelarmente, luego de declararse competente y habilita la instancia.

III.2. La fundamentación de la sentencia de la Cámara Federal de Mar del Plata

Nos parece interesante señalar que independientemente de que la Cámara atendió la apelación en cuanto a la habilitación de instancia, la cual considero un error judicial por entendió que no había caso en los términos del art. 116 de la Constitución, revocando la decisión del juez que previno.

Apreciamos que lo enriquecedor de la fundamentación de la sentencia, se encuentra en el ejercicio de la función nomofiláctica **(9)** de la Cámara, en tanto indicó al magistrado como debe interpretar un supuesto como el que le fue planteado, haciendo hincapié en especial en la responsabilidad política y social que, ello implica.

Primeramente, recordó que existe una función del Estado que se corresponde con el ejercicio del poder de policía sanitario **(10)**. Y, en consecuencia, el poder judicial como parte integrante de este no puede despojarse de esta premisa y resolver solo el caso en concreto, desconociendo su implicancia.

Cabe señalar que, en la motivación de la decisión ministerial 1198, se dispuso el "Pase Libre COVID-19," indicándose para ello que la situación internacional en relación con la nueva variante de preocupación, denominada "Ómicron", representa un riesgo, siendo que es fundamental generar estrategias que permitan disminuir la posibilidad de transmisión e impacto en la salud, que se traduzca en más internaciones, complicaciones, requerimientos de internación en cuidados intensivos y la consecuente tensión del sistema sanitario.

Es claro que a quienes se pretende resguardar es a toda la comunidad, pero, en particular a quienes —como señalamos— son vulnerables y deben ser especialmente protegidos.

Frente a este esquema tutelar propio del derecho de policía sanitaria del Estado, la norma citada fue cuestionada constitucionalmente por una ciudadana, valorada por el juez de grado —quien consideró infringido sus derechos— y la alzada, ejerciendo su función nomofiláctica, debió enderezar e indicar el camino del razonamiento lógico a seguir.

Veamos los fundamentos legales que nos interesa resaltar por novedosos:

1. Recordó que los jueces del Estado democrático deben interpretar al gobierno constitu-

(8) Cámara Federal de Mar del Plata, Secretaría Civil, Expediente FMP 014002/2021/2/CA001, "Incidente N° 2 - Acuña, Luciana c. Gobierno de la Provincia de Buenos Aires s/ inc. apelación", del 21/01/2022. Disponible en: https://www.cij.gov.ar/sentencias.html

(9) "La interpretación uniforme de la ley se fundamenta en la conformación de una unidad jurídica y en garantizar el principio de igualdad ante ella, esto exige el correcto estudio, exégesis y aplicación de la norma jurídica dentro de una nación, obteniendo así, una interpretación unificada para que pueda ser obligatoria para todos los tribunales. Con ello se persigue tener una visión coherente, social y racional de las decisiones que emanan de los Tribunales o Cortes Supremas de Justicia que se encargan de revisar y decidir los recursos de casación, cuyo norte es el derecho al debido proceso, el respeto a las normas y principios generales de Derecho y el derecho a la defensa, sin vulnerar la estructura jurídica que le atañe para así poder cumplir sus funciones ante una sociedad que reclama y merece una buena, expedita, justa y correcta administración de justicia." AGNELLI FAGGIOLA, Alizia; FUENTES ÁGUILA, Marily; CASTELLANOS FUENTES, Pedro Enrique, "La función nomofiláctica como mecanismo de unificación en la interpretación del Derecho", Revista CES Derecho, vol. 10, nro. 2, julio-diciembre 2019, pp. 591-604, esp. p. 593. Disponible en: http://www.scielo.org.co/pdf/cesd/v10n2/2145-7719-cesd-10-02-591.pdf.

(10) Punto IV, tercer párrafo de la sentencia de Cámara Federal de Mar del Plata.

cional desde la teoría de la razonabilidad, ello teniendo en consideración que esta modalidad interpretativa ha sido sin duda desde esta óptica, determinante para el desarrollo de los Estados democráticos de derecho. Es en tal contexto que la interpretación constitucional se ha constituido en vehículo esencial para efectivizar la garantía y aplicación de los derechos fundamentales y los principios generales del derecho de los derechos humanos. Estimó, en consecuencia de lo señalado, que los derechos y los principios que animan al sistema constitucional funcionan en conjunto como elementos que apoyan su interpretación, en términos de razonabilidad.

2. La fuerza normativa de la Constitución posee virtualidad suficiente para paliar los enfrentamientos entre la realidad y la pretensión de garantía de los derechos, a través de su función creadora y garantizadora de estos. Es que los derechos y los principios se insertan hoy dentro de nuestro sistema constitucional, con una peculiar jerarquización, que impone su protección desde una dualidad concurrente que concita tanto al derecho nacional, como al internacional. En consecuencia, es real que tanto los derechos como los principios —que derivan de las interpretaciones judiciales— intervienen en la función de promoción de ciertas condiciones de vida para sus titulares, impulsando las ideas de justicia, consenso y progreso social.

3. Indico que, aun así, están sometidos a innumerables tensiones, ya que su instalación y protección, supone la configuración de un determinado modelo de Estado, y su compromiso con el respeto y garantía de los derechos. Advirtió que, en autos, por ejemplo, y teniendo en cuenta que ningún derecho es absoluto, no solo deben ponderarse los derechos del paciente a un trato digno, a su intimidad y a su autonomía de voluntad (arts. 2° y ccs., ley 26.529), sino también el contexto social y jurídico que deviene de la pandemia de COVID-19 que azota al mundo, y que requiere necesariamente de la toma de decisiones en el marco de las políticas públicas en materia de salud que cada Estado implemente. De este modo, indicó debe asumirse que el ejercicio del control judicial ha de tener en cuenta ambas ópticas, la individual y la colectiva. Por lo tanto, si bien no caben dudas acerca del derecho de las personas respecto de la disposición del propio cuerpo (ley 26.529; arts. 56, 59 y ccs. del Cód. Civ. y Com.), también es cierto que tales derechos deben ser interpretados y aplicados en consonancia con el interés público comprometido. La Cámara hizo referencia al fallo de CSJN, 12/06/2012, Fallos 335:888.

4. El juez constitucional debe constatar, al juzgar en los casos concretos sometidos a su jurisdicción, las exigencias de ciertas condiciones de vida razonables, del desarrollo de nuevas exigencias y necesidades sociales, con los derechos y principios que dimanan de la Constitución. Y es así como el sistema constitucional aparece concebido no solo como regla de organización, sino como un depósito de la soberanía popular y de los continuos cambios a los que la sociedad es sometida, donde se insertan valores, principios y catálogos de derechos, que funcionan en la medida de su incorporación, como moderadores del Poder y de las relaciones sociales.

5. Las normas puestas en crisis por la amparista resultan ser una consecuencia de las políticas públicas asumidas por el Estado ante la grave pandemia que el COVID-19 ha generado a nivel mundial y particularmente, nacional y local, no importa ya tanto una cuestión de reconocimiento legal, cuanto, de aplicación efectiva de normas jurídicas vigentes, salvo que se presente una manifiesta colisión entre la factura legal y alguna disposición constitucional.

6. Para decidir si una norma que —dictada en un válido marco jurídico de emergencia sanitaria— establece políticas sociales y de salud que involucran un sector que los Poderes Públicos deben resguardar (cfr. art. 75, inc. 23, CN) es inconstitucional, o simplemente si se evalúa disponer su suspensión preventiva a las resultas de una futura sentencia, los jueces debemos tomar especial nota, no solo de su redacción, sino particularmente de sus efectos, y también de los efectos que conllevará frente a la sociedad, la resolución a ser adoptada.

IV. Conclusión: el rol del juez y del Poder Judicial como parte integrante del Estado. "Obras son amores y no buenas razones". Art. 3° del Cód. Civ. y Com.

La reflexión final que nos permitimos realizar es sobre la forma en que resuelve la Cámara es que "obras son amores y no buenas razones", esto es, ejerció su función nomofiláctica obran-

do en forma democrática y republicana, sin valerse de simples "razones"; resolvió mediante una decisión razonablemente fundada **(11)**. No aceptó alegaciones genéricas y dejó sentado cual es la posición a adoptar en estos supuestos que se les presentarán a otros jueces de grado.

Entendemos que quiso señalar que en estos supuestos el juez no dispone de un margen de interpretación para abordar estos planteos como una "cuestión opinable" **(12)**, sino que marcó el "error judicial" y dispuso la rectificación.

En nuestra opinión, los jueces deben velar por la protección de quienes se encuentran en situación especial de vulnerabilidad (niños, mujeres en riesgo, mayores adultos, personas con comorbilidad). Por ello, la corrección por parte de la Cámara, en este caso en particular, dada la situación de pandemia de trascendencia mundial, que parece no tener fin, no cabe duda de que exigía, por parte de quien decide, accionar en forma contundente, eficaz, asertiva.

Los jueces deben tener por norte salvaguardar los derechos de quienes están desprotegidos; ello por la responsabilidad política **(13)** que conlleva el cargo y la cual debe guiarse por los valores éticos que rigen la función judicial.

---

(11) El art. 2° de la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento. Art. 3°, Cód. Civ. y Com.: El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada.

(12) SANTIAGO, Alfonso y FINN, Santiago, "Un principio que reconoce algunas excepciones", en ALFONSO, Santiago (dir.), La Responsabilidad de los jueces por el contenido de sus decisiones jurisdiccionales. Marco teórico y análisis de algunos casos paradigmáticos, LLBA, pp. 43-66, esp. p. 44.

(13) SANTIAGO, Alfonso, "Una quaestio disputata: argumentos a favor y en contra de la procedencia de responsabilidad de los magistrados judiciales por el contenido de sus sentencias", en ALFONSO Santiago (dir.), La Responsabilidad de los jueces por el contenido de sus decisiones jurisdiccionales. Marco teórico y análisis de algunos casos paradigmáticos, LLBA, pp. 31-42, esp. pp. 37-42.

Vulnerabilidad: categorización y contextualización como herramientas legislativas

Estela B. Sacristán

Sumario: I. Planteo.— II. ¿Quiénes son personas vulnerables? Criterios.— III. Reflexiones finales.

I. Planteo (1)

La noción de vulnerabilidad remite, etimológicamente, a la forma latina *vulnus* o herida **(2)**, incorporada al castellano en el siglo XVI. El genérico "vulnerabilidad" dataría del siglo XIX. Dada aquella remisión etimológica, vulnerabilidad puede ser entendida como susceptibilidad de ser herido o lastimado; dicha herida o lastimadura podrá, según los casos, ser física, moral, psicológica, económica, institucional, entre otros muchos supuestos. En cierto modo, el ser susceptible de ser herido o lastimado podría ser considerado como algo inherente a la condición humana, condición compartida con todos los demás seres humanos del planeta. De allí que deba distinguirse entre la vulnerabilidad de una persona, y la vulnerabilidad de, por ejemplo, una comunidad, un sistema, una red, o un activo. En otras palabras, desde el punto de vista de la aplicabilidad de la característica, puede distinguirse entre vulnerabilidad como cualidad personal o de un sujeto, y, por el otro lado, como cualidad no humana, propia de una cosa o entidad.

Ahora, la vulnerabilidad, como cualidad personal, podría ser considerada a la luz de las particularidades de cada persona, y desde esa plataforma advertiríamos que, primero, y en forma comparativa, no todos somos iguales en materia de susceptibilidad de ser heridos, con lo que experimentaríamos la vulnerabilidad de forma particularizada **(3)**. Habría una cuota de relatividad en la vulnerabilidad, tal que yo podría creer que no soy mayormente vulnerable mientras escribo estas líneas, mas de repente podría advertir que, como se avecina una tormenta, si aquella rama tocara el transformador ubicado en la parte superior de aquella torre y dejara de transmitir la línea de media tensión

(1) El presente se basa en la exposición efectuada el 01/12/2021 en el Congreso Internacional de Derecho Administrativo "Desafíos para el Ministerio Público en el marco de las previsiones constitucionales, administrativas e internacionales", organizado por el Ministerio Público de la Provincia de Buenos Aires y el Instituto Internacional de Derecho Administrativo. Aprovecho para agradecer, a los Dres. Julio Conte Grand y María José Rodríguez, nuevamente, la generosa invitación.

(2) COROMINAS, Joan (1987), "Breve diccionario etimológico de la lengua castellana", Gredos, Madrid, 3ª ed. muy revisada y mejorada, p. 612; COROMINAS, Joan - PASCUAL, José A. (colab.) (1983), "Diccionario crítico etimológico castellano e hispánico", Gredos, Madrid, t. Ri-X, p. 846. Según esta última obra, la primera documentación del término "vulnerable" es de San Juan de la Cruz, Cántico espiritual, "Canciones entre el alma y el esposo", cuyo texto puede verse en: http://www.cervantesvirtual.com/portales/san_juan_de_la_cruz/obra-visor/canciones-manuscrit-cantico-espiritual-i-llama-de-amor-viva-amb-les-declaraciones--0/html/005a65a2-82b2-11df-acc7-002185ce6064_74.html (último acceso: 5/12/2021); así como en: https://www.sanjuandelacruz.com/cantico-espiritual/ (último acceso: 5/12/2021): "Vuélvete, paloma, / que el ciervo vulnerado / por el otero asoma, / al aire de tu vuelo, y fresco toma."

(3) Conf. PERONI, Lourdes - TIMMER, Alexandra (2013), "Vulnerable groups: The promise of an emerging concept in European Human Rights Convention law", International Journal of Constitutional Law, vol. 11, issue 4: pp. 1056-1085, esp. sección 2, disponible en: https://academic.oup.com/icon/article/11/4/1056/698712 (último acceso: 15/8/2021).

allí ubicada, y si careciera de un grupo electrógeno de emergencia, sería vulnerable a un corte de luz que me impediría continuar utilizando el ordenador o computadora, con agravio a mi ejercicio de la libertad de expresión académica en ejercicio al escribir estas líneas.

En segundo lugar, puede advertirse una dosis de implícita comparación en la idea de vulnerabilidad: en el ejemplo mencionado, quien posee una unidad generadora de emergencia sería, ante un potencial corte de suministro, comparativamente menos vulnerable que quien no cuenta con uno a su disposición.

En tercer lugar, habría dos perspectivas con habilidad para generar dos clases de vulnerabilidad: una intrínseca y objetiva, y otra situacional o asociable a una situación, medio o contexto. En punto a la primera perspectiva, no se podría poner en duda que una persona por nacer es, en sí misma, claramente, vulnerable por su propia condición de ser una persona por nacer, situación que se prolongaría en el tiempo luego del nacimiento y a lo largo del tiempo; en punto a la segunda perspectiva, la situación de estar dando clase en forma remota, sumada a la coincidencia de factores generadores de un corte de suministro y la ausencia de un grupo electrógeno, produciría una vulnerabilidad asociable a dicha situación de docencia remota, vulnerabilidad que desaparecería en el momento en que el reloj mostrara que concluyó el horario asignado a la clase **(4)**.

Más allá de estas simples reflexiones introductorias de tenor descriptivo, lo cierto es que las diversas fuentes jurídicas, al establecer quiénes son o serán considerados vulnerables —o, en su caso, hipervulnerables—, tendrán un radio de acción de tenor, en lo que aquí interesa, subjetivo. Ese radio de acción subjetivo podría ser deducido empíricamente, y el resultado será seguramente de contornos más o menos determinados. Pero ese radio de acción también podría ser determinado en forma descriptiva, ampliándose el campo de acción del concepto **(5)**. En otras palabras, una cosa sería ser vulnerable en razón de, por ejemplo, la edad, y algo distinto sería ser vulnerable en razón de, por ej., el lugar por el cual se transita o en el cual se mora. En el primer caso, estaríamos aludiendo a una propiedad de índole objetiva, fácilmente verificable; en el segundo supuesto, parecería apuntarse al "origen" de la vulnerabilidad. En términos cotidianos, en el primer supuesto sustentaríamos la propiedad de vulnerable en un diagnóstico (tener tal edad lo hace a usted vulnerable); en el segundo, en el origen o causa (el transitar por un lugar de tales características o el morar en él lo hace a usted vulnerable).

En este contexto, este trabajo estará enderezado a un fin por demás acotado: tender la mirada hacia las fuentes jurídicas que distinguen o individualizan a quiénes son considerados "personas vulnerables" —e incluso "personas hipervulnerables"— y a indagar en un aspecto que estimo relevante metodológicamente: las particulares herramientas legislativas o criterios normativos adoptados en punto a esa individualización (sección II), para luego esbozar las conclusiones pertinentes (sección III).

II. ¿Quiénes son personas vulnerables? Criterios

Con orígenes en la teoría política y la sociología, el concepto de vulnerabilidad parece haber arribado a la esfera del derecho y la ética. Tal resultado permitiría visualizarlo como un concepto no originariamente jurídico. Ello no es fenómeno inusual; consideremos, por ejemplo, el concepto de eficiencia, de raigambre económica, y la forma en que se instaló en el campo del derecho, hasta llegar incluso a tener estatus constitucional **(6)**.

Sin embargo, el concepto de vulnerabilidad ha sido tanto pasible de reservas por su perfil

(4) Algunos autores diferencian entre vulnerabilidad antropológica, y vulnerabilidad social (determinada por la pertenencia a un grupo que convierte en vulnerables a los individuos); ver FEITO, Lydia (2007), "Vulnerabilidad", Anales del Sistema Sanitario de Navarra, vol. 30, supl. 3: pp. 7-22, disponible en: https://scielo.isciii.es/pdf/asisna/v30s3/original1.pdf (último acceso: 15/08/2021)).

(5) Esta diferenciación abreva en BASSET, Ursula (2017), "Presentación de la obra", en BASSET, Úrsula; FULCHIRON, Hugues; BIDAUD-GARON, Christine; LAFFERRIÈRE, Nicolás N. (dirs.), Tratado de la vulnerabilidad, LLBA, pp. XLV-LVI, esp. p. XLVII.

(6) Ver art. 42, CN, en punto a la eficiencia y los servicios públicos.

amplio e impreciso —consideremos la breve caracterización brindada en la sección I—, como de alabanzas —dada su habilidad para robustecer la igualdad— **(7)**.

Se aprecian, en las fuentes jurídicas, dos actitudes distintas a los fines de que se concrete la inclusión subjetiva en el concepto de vulnerabilidad: por un lado, la identificación de categorías de personas a los fines de esa inclusión; por otro lado, la caracterización de situaciones o contextos que hacen que quienes se hallen inmersos en estos sean considerados vulnerables. La primera modalidad puede ser sintetizada en la idea de "categorización", y se perfilaría como más objetiva, determinada y —si se quiere—, segura o cierta o dotada de certidumbre que la segunda, que involucra "contextualización" o una relación subjetiva respecto de la situación, medio o contexto y, si se quiere, dependiente de estos.

Ambas modalidades o técnicas pueden ser asociadas a lo que conocemos como proceso de "especificación" **(8)**, que es aquel por medio del cual, en el campo del derecho, se puede proceder hacia una "ulterior determinación de los sujetos titulares de derechos". Se tratará, en definitiva, de identificar a quiénes resultan desfavorecidos, necesitados o carenciados, requirentes de una tutela particular, como enseña Sagüés **(9)**.

A modo de ejemplo, consideremos al niño, genéricamente. Podemos calificar al niño **(10)**, por nacer o ya nacido, como vulnerable, en forma objetiva, dada la fase de la vida en la cual se halla. Tal especificación de vulnerable será producto de una "categorización". Distinto sería el supuesto de calificar a alguien como vulnerable en virtud del contexto en el cual se halla —pensemos en el ejemplo del relevate flujo eléctrico mientras se da clase en forma remota—, en cuyo caso la especificación de vulnerable se daría por vía de "contextualización" si una regulación previese tal posibilidad.

Veamos, ahora, algunas instancias de especificación —en el sentido ya apuntado— que surgirían de fuentes jurídicas, sea por medio de categorización o de contextualización.

II.1. Categorización en la jurisprudencia

Pluralidad de ejemplos de categorización surgirían de la jurisprudencia de la Corte Suprema. Y en este punto, podemos considerar que, si bien en forma literal o expresa la categoría conformada por las "personas vulnerables" no figura ni en la Constitución Nacional ni en los tratados con jerarquía constitucional, la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina y diversas leyes —entre otras normas— la han consagrado en pluralidad de ocasiones en una valiosa realización del derecho constitucional.

La Corte Suprema ha realizado, a lo largo de los años, una delicada labor de reconocimiento, identificando categorías objetivamente vulnerables. Así, además de enumerar a los vulnerables **(11)**, ha considerado, como "grupo

(7) Ampliar en el detallado estudio de FULCHIRON, Hugues (2017), "Acerca de la vulnerabilidad y de las personas vulnerables", en BASSET, Úrsula; FULCHIRON, Hugues; BIDAUD-GARON, Christine; LAFFERRIÈRE, Nicolás N. (dirs.), Tratado de la vulnerabilidad, LLA, pp. 3-14, esp. p. 5.

(8) Conf. DE ROIG, Asís (2000), "Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder", Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid y Dykinson, Madrid, p. 76.

(9) SAGÜÉS, Néstor P. (2017), "Derecho constitucional", Astrea, Buenos Aires, t. 3, p. 62.

(10) "Esta especificación se ha producido bien respecto al género, bien respecto a las distintas fases de la vida, bien teniendo en cuenta la diferencia entre estado normal y estados excepcionales en la existencia humana. Respecto al género, se han venido reconociendo progresivamente las diferencias específicas de la mujer respecto al hombre. En atención a las varias fases de la vida, se han venido diferenciando poco a poco los derechos de la infancia y de la ancianidad de aquellos del hombre adulto. Respecto a los estados normales o excepcionales, se ha subrayado la exigencia de reconocer derechos especiales a los enfermos, a los incapacitados, a los enfermos mentales, etc. Basta recorrer los documentos aprobados en estos últimos decenios por los organismos internacionales para darse cuenta de esta innovación. Me refiero, por ejemplo, a la Declaración de Derechos del Niño (1959), (...)", conf. BOBBIO, Norberto (1991), "El tiempo de los derechos", Sistema, trad. de Rafael de Asís Roig, Madrid p. 110, disponible en: https://docs.google.com/viewer?a=v&pid=sites&srcid=ZGVmYXVsdGRvbWFpbnxiaWJsaW9keWNwfGd4OjFhNTM2N2Q4ZmQwYzRiNmI (último acceso: 15/8/2021)

(11) "Asociación Civil para la Defensa en el Ámbito Federal e Internacional de Derechos c. Instituto Nacio-

particularmente vulnerable", y en virtud de una "calificación constitucional", a los ancianos **(12)**. Similar inteligencia se advierte respecto de ciertas personas que, por diversas razones, han accedido al estatus de jubilados **(13)**. También ha hecho lo propio respecto de las personas con discapacidad **(14)**, las personas que padecen un

nal de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados s/ amparo", Fallos 338:29, del 10/02/2015: "[A]un cuando pudiera sostenerse que, en el caso, el interés individual considerado aisladamente, justifica la promoción de demandas individuales, no es posible soslayar el incuestionable contenido social del derecho involucrado que atañe a grupos que por mandato constitucional deben ser objeto de preferente tutela por su condición de vulnerabilidad: los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad (art. 75, inc. 23 de la CN)". "C., J. C. c. EN - M° Defensa Ejército s/ daños y perjuicios", Fallos 343:264, del 30/04/2020: "[A] partir de la reforma constitucional de 1994, cobra especial énfasis el deber de brindar respuestas especiales y diferenciadas para los sectores vulnerables, con el objeto de asegurarles el goce pleno y efectivo de todos sus derechos. En ese orden, ha señalado que el envejecimiento y la discapacidad 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".

(12) "Itzcovich, Mabel c. ANSeS s/ reajustes varios", Fallos 328:566, del 29/03/2005, voto del Dr. Lorenzetti: "[L]a calificación constitucional de los ancianos como un grupo particularmente vulnerable, incorpora una regla hermenéutica que no se compadece con la introducción de diferencias que, lejos de protegerlos, desmejoran su posición jurídica".

(13) "García, María I. c. AFIP s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad", Fallos 342:411, del 26/03/2019: "[E]l envejecimiento y la discapacidad —los motivos más comunes por las que se accede al estatus 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 de relevancia para la causa que se analiza".

(14) "Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia s/ quiebra s/ incidente de verificación de crédito por L. A. R. y otros", Fallos 341:1511, del 06/11/2018: "No hay duda que las normas invocadas reconocen que los niños y las personas con discapacidad se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad que requiere una mayor protección por parte del Estado, a fin de garantizarles el goce de los derechos humanos fundamentales allí contemplados (arts. 3°, 6°, 23 y 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño; art. 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; arts. 4°, 7° aps. 1 y 2, 25 y 28.1 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; ley 26.061) (...)". "Recurso Queja nro. 2 - R., M. S. c. OSDE s/ amparo de salud", Fallos 343:848, del 27/08/2020, disidencia del Dr. Rosatti: "[A] la luz de los principios constitucionales y a partir de la trascendencia —no solo individual sino social y cívica— del derecho a la educación en juego, cabe concluir que, ante las particulares circunstancias de casos como el presente, resulta imperativo que se garanticen medidas efectivas y personalizadas de apoyo en entornos que fomenten al máximo el desarrollo social y educativo de conformidad con el objetivo de plena inclusión, máxime cuando el actor es una persona en situación de múltiple vulnerabilidad por su condición de niño y de persona con discapacidad (art. 75, inc. 23, CN), de lo que se desprende que sus derechos deben ser objeto de una protección especial (vr. arg. dictamen de la Procuración General de la Nación en autos "M., F. G. y otro", resuelto por este Tribunal en Fallos 340:1062)". "Recurso Queja nro. 5 Defensoría de Menores e Incapaces N° 6 y otros c. Colegio Mallinckrodt Hermanas de la Caridad Cristiana Hijas de la Bienaventurada Virgen María s/ amparo", Fallos 343:1805, del 26/11/2020, disidencia de los Dres. Maqueda y Rosatti: "[A] la luz de los principios constitucionales reseñados y a partir de la trascendencia —no solo individual sino social y cívica— del derecho a la educación en juego, cabe concluir que, ante las particulares circunstancias de casos como el presente, resulta imperativo que se garanticen medidas efectivas y personalizadas de apoyo en entornos que fomenten al máximo el desarrollo social y educativo de conformidad con el objetivo de plena inclusión, máxime cuando el actor es una persona en situación de múltiple vulnerabilidad por su condición de niño y de persona con discapacidad (art. 75 inc. 23, Constitución Nacional), de lo que se desprende que sus derechos deben ser objeto de una protección especial (vr. arg. dictamen de la Procuración General en autos "M., F. G. y otro", resuelto por este Tribunal en Fallos 340:1062). En ese entendimiento, se colige la necesidad de que se arbitren las medidas necesarias para garantizar el cese de conductas discriminatorias tanto de las entidades educativas como de las personas involucradas en la educación, ya sean autoridades, docentes e incluso los mismos alumnos, y se fomenten valores constitucionales tales como la solidaridad en el cuerpo educativo. "Giménez, Rosa E. c. Comisión Médica Central y/o ANSES s/ recurso directo ley 24.241", Fallos 344:1788, del 15/07/2021, voto de la Dra. Highton de Nolasco, del dictamen de la Procuración General al que el voto remite: "Al mismo tiempo, las prestaciones reclamadas en esta causa, al igual que las consideradas en el precedente "Pedraza", atienden condiciones de vulnerabilidad relacionadas con la subsistencia y la mejora en la calidad de vida, y tienen carácter alimentario. A ello se suma la condición de discapacidad de la demandante que agrava los obstáculos de acceso a la justicia (...)."

sufrimiento mental **(15)**, las mujeres **(16)** y los niños **(17)**. De igual modo, se han considerado vulnerables a los pueblos indígenas **(18)**; ciertos contribuyentes **(19)**; los menores incluso sujetos a encierro **(20)**; quienes consumen ciga-

(15) "Terruli, Jorge M. c. González, Manuel E. y otros s/ ejecución hipotecaria", t. 334. XLVIII.RHE, del 22/12/2015: "Es criterio reiterado del Tribunal que el respeto de la regla del debido proceso debe ser observado con mayor razón en el caso de quienes padecen un sufrimiento mental debido al estado de vulnerabilidad, fragilidad, impotencia y abandono en el que se encuentran frecuentemente esas personas, lo que reafirma el principio constitucional a una tutela judicial efectiva (conf. arg. Fallos 328:4832; 331:1859)". En similar sentido, "V., M. C. y otro s/ determinación de la capacidad", Fallos 341:1450, del 30/10/2018: "[L]a sala omitió ponderar la particular situación de vulnerabilidad en que se encuentra la causante —internada desde el año 2008—, habida cuenta de la escasa entidad de sus ingresos que consisten en un haber mínimo previsional, y más allá de ser propietaria de un inmueble en la calle Boedo, de una parte indivisa de otro en la calle Venezuela (fs. 43) y de resultar incierta la titularidad del bien —en proceso de desalojo— que habita su hija menor de edad. Por tanto, sin siquiera una mínima justificación sumaria y por la sola existencia de esos bienes inmuebles improductivos, no puede afirmarse que se encuentra en condiciones de satisfacer los honorarios de un abogado, generando un grave menoscabo a las reglas del debido proceso y comprometiendo la garantía constitucional de defensa en juicio (art. 18 de la CN). (...) Que es criterio reiterado del Tribunal que el respeto de la regla del debido proceso debe ser observado, con mayor razón en el caso de quien padece un sufrimiento mental debido al estado de vulnerabilidad, fragilidad, impotencia y abandono en el que se encuentran frecuentemente estas personas, lo que reafirma el principio constitucional a una tutela judicial efectiva (conf. arg. Fallos 328:4832; 331:1859 y CSJ 334/2012 (48-T)/CS1 "Terruli, Jorge M. c. González, Manuel E. y otros s/ ejecución hipotecaria", del 22 de diciembre de 2015)."

(16) "Callejas, Claudia y otra s/ violación de secretos", Fallos 343:103, del 27/02/2020, del dictamen de la Procuración General al que la Corte remite: "En efecto, la ley 26.485 —a la que la provincia de Tucumán adhirió mediante ley 8336— garantiza el acceso a la justicia a mujeres que padecen violencia en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos, entre la que se destaca la violencia institucional, obstétrica y contra la libertad reproductiva (arts. 2, inc. f, 3, inc. i, y 6). En particular, el art. 16 prevé que, en el marco de los procedimientos judiciales, las mujeres tienen derecho a obtener una respuesta oportuna y efectiva, a que su opinión sea tenida en cuenta al momento de arribar a una decisión, y a participar en el procedimiento recibiendo información sobre el estado de la causa (incs. b, d, y g; en el mismo sentido, Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en condición de Vulnerabilidad, cap. II, secc. 4, y cap. III, secc. 1)".

(17) "M. D. S. R. y otra s/ ordinario s/ nulidad de sentencia e impugnación declaratoria de herederos", Fallos 335:1838, del 26/09/2012: "[E]l interés superior del niño proporciona un parámetro objetivo que permite resolver los problemas de los niños en el sentido de que la decisión se define por lo que resulta de mayor beneficio para ellos. De esta manera, frente a un presunto interés del adulto, se prioriza el del niño (conf. Fallos 328:2870; 331:2047 y causa N.157.XLVI "N.N. o U., V. s/ protección de persona", del 12/06/2012). Asimismo, se ha señalado que al considerar y hacer prevalecer por sobre todos los intereses en juego, el del sujeto más vulnerable y necesitado de protección, los tribunales deben ser sumamente cautos en modificar situaciones de hecho respecto de personas menores de edad y mantener, en consecuencia, aquellas condiciones de equilibrio que aparecen como más estables, evitando así nuevos conflictos cuyas consecuencias resultan impredecibles (conf. Fallos 328:2870 y 331:147)".

(18) "Comunidad Mapuche Catalán y Confederación Indígena Neuquina c. Provincia del Neuquén s/acción de inconstitucionalidad", Fallos 344:441, del 08/04/2021, del dictamen de la Procuración General al que la Corte remite: "La situación de vulnerabilidad en la que se encuentran los pueblos indígenas —debido a su idiosincrasia que los diferencia de la mayoría de la población— exige que el Estado diseñe, promueva y fomente diversas formas de participación que permitan a dichos sectores de la sociedad entender en los asuntos públicos que involucren sus intereses".

(19) "García, María I. c. AFIP s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad", Fallos 342:411, del 26/03/2019: "[L]a sola capacidad contributiva como parámetro para el establecimiento de tributos a los jubilados, pensionados, retirados o subsidiados, resulta insuficiente si no se pondera la vulnerabilidad vital del colectivo concernido. La falta de consideración de esta circunstancia como pauta de diferenciación tributaria supone igualar a los vulnerables con quienes no lo son, desconociendo la incidencia económica que la carga fiscal genera en la formulación del presupuesto de gastos que la fragilidad irroga, colocando al colectivo considerado en una situación de notoria e injusta desventaja". "García Blanco, Esteban c. ANSES s/ reajustes varios", Fallos 344:983, del 06/05/2021, del precedente "García", Fallos 342:411, al que la Corte remite: "[E]l análisis integral de la capacidad contributiva implica que la equiparación de un jubilado en condiciones de mayor vulnerabilidad con otro que no se encuentra en esa situación, pasa por alto el hecho evidente de que el mismo ingreso no impactará de igual manera en un caso que en otro, insumiendo más gastos en el primero que en el segundo. Dicho de otro modo: la misma capacidad económica —convertida sin más por el legislador en capacidad contributiva— está destinada a rendir en ambos casos de manera diferente, desigualando en la realidad lo que el legislador igualó".

(20) "Cejas Meliare, Ariel s/ hábeas corpus", Fallos 339:381, del 05/04/2016, del dictamen de la Procuración

rrillos **(21)**; quien padece un cuadro de cuadriplejia irreversible desde el nacimiento por mala praxis médica **(22)**; o un menor con lesiones y secuelas por sepsis severa **(23)**.

II.2. Contextualización en la jurisprudencia

Las personas consideradas vulnerables en razón del contexto, situación o entorno en el cual se hallan, incluirían, desde la perspectiva jurisprudencial, a quienes, amén de su debilidad o postergación —que, en principio, podría tener entidad suficiente como para colocarlos en el universo de la vulnerabilidad por objetiva "categorización"—, hallan, en cierta situación o contexto, el determinante de la vulnerabilidad. Ello, al menos, desde la mirada jurisprudencial que se pueda haber adoptado en cada caso. En estos supuestos, de contextualización, la situación, contexto, entorno o circunstancias no resultarán neutros, sino que se erigirían en factores relevantes a considerar a los fines de la inclusión en el universo de personas vulnerables.

Así, se han considerado vulnerables a ciertos deudores que hipotecaron una vivienda familiar **(24)**. Similar actitud se advierte respecto de quien ya no podría pescar por haberse construido una represa hidroeléctrica en el lugar donde se desarrollaba esa actividad **(25)**.

General al que la Corte remite: "La Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo en el precedente 'Maldonado' que corresponde a un incuestionable dato óntico que los niños no tienen el mismo grado de madurez que debe suponerse y exigirse en los adultos, lo cual los coloca en una situación de vulnerabilidad que merece especiales obligaciones de tutela (Fallos 328:4343). El 'interés superior del niño' implica que los tribunales deben considerar como criterios rectores el resguardo del desarrollo y del ejercicio pleno de sus derechos en todos los órdenes de la vida, dispensándoles un trato diferente en función de sus condiciones especiales, para lo cual el Estado argentino se comprometió a adoptar medidas positivas: entre otras, la de asegurar la protección contra malos tratos, en su relación con las autoridades públicas (arts. 3, 17, 19 y 37 de la Convención sobre los Derechos del Niño)".

(21) "Nobleza Piccardo SAIEyF c. Santa Fe, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad", Fallos 338:1110, del 27/10/2015, voto del Dr. Lorenzetti: "En efecto, la norma impugnada pretende proteger la salud de quienes consumen cigarrillos, que constituyen un grupo especialmente vulnerable, en tanto —para muchos de ellos— el hábito de fumar se ha transformado en una adicción".

(22) "Institutos Médicos Antártida s/ quiebra s/ inc. de verificación (R. A. F. y L. R. H. de F.)", Fallos 342:459, del 26/03/2019: "[L]os derechos humanos reconocidos tanto por nuestra Constitución Nacional como por las convenciones internacionales mencionadas; la extrema situación de vulnerabilidad de B. M. F. y el reclamo efectuado, que tiene por objeto satisfacer sus derechos esenciales, los que llevan a concluir que el crédito en cuestión debe estar resguardado por un privilegio que lo coloque en un plano superior al de los demás créditos privilegiados. Ello así, con el fin de garantizar a B. M. F. —en alguna medida— el goce de su derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud y de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad".

(23) "Recurso Queja nro. 1 - García, Facundo Nicolás y otros c. Municipalidad de San Isidro y otros", Fallos 344:1291, del 03/06/2021, del dictamen de la Procuración General al que la Corte remite: "En cuanto a los planteos referidos a los montos del resarcimiento que reclaman los actores, opino que —al momento de establecerlos en la nueva sentencia que en este dictamen se propicia que se dicte— no debería prescindirse de los principios rectores que ha delineado la Corte para supuestos como el del sub lite (conf. Fallos 342:459), en los que se ha verificado, como aquí, la extrema situación de vulnerabilidad de los actores y la falta de recursos económicos suficientes para afrontar los tratamientos médicos adecuados".

(24) "Rinaldi, Francisco A. y otro c. Guzmán Toledo, Ronal C. y otra y otro s/ ejecución hipotecaria", Fallos 330:855, del 15/03/2007, voto de los Dres. Lorenzetti y Zaffaroni: "[L]a legislación [de emergencia] que se examina es consistente con una recomposición del contrato basada en la excesiva onerosidad sobreviviente, y con la protección del consumidor endeudado en un grado que afecta sus derechos fundamentales y el acceso a la vivienda, lo que permite sostener su legitimidad. La igualdad no se ve afectada cuando el legislador elige a un grupo de sujetos para protegerlos especialmente, por su vulnerabilidad y con fundamento en la tutela de los consumidores y la vivienda familiar".

(25) "Ramírez, Juan C. c. Entidad Binacional Yacyretá s/ daños y perjuicios y daño moral", Fallos 330:2548, del 05/06/2007, disidencia del Dr. Zaffaroni: "[E]n el caso de que una determinada política pública genere, como contrapartida, un grupo vulnerable y desfavorecido (como el que integra el actor), la obligación primigenia del Estado debe consistir en brindarle un mayor nivel de protección, adoptando medidas positivas para reducir las desventajas estructurales y dando trato preferente apropiado a esas personas, a fin de conseguir los objetivos de la plena realización e igualdad dentro de la sociedad para todas ellas, logro que jamás podrán alcanzar si no se encuentran satisfechas sus necesidades básicas y mínimas, que resultan inherentes a su condición de seres humanos. En tal sentido, no está de más recordar que la Agenda 21 adoptada por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992 pone es-

Los menores de edad, de cara a la adopción **(26)** y ante guardas de aristas debatibles, también han sido visualizados como vulnerables **(27)**. Lo mismo se ha predicado respecto de quienes se hallan en situación de calle **(28)**, y en relación con los discapacitados en delicada situación socioeconómica **(29)**.

Asimismo, habrían sido considerados en condiciones de vulnerabilidad aquellos a quienes se les ha planteado una internación psiquiátrica coactiva **(30)**. También se detectó vulnerabilidad en personas cuyos datos, que les pertenecen, circulan sin su control **(31)**. Podrían

---

pecial énfasis en la protección de los grupos vulnerables y los sectores más pobres de la población, como medidas indispensables para alcanzar el desarrollo sustentable".

(26) "Guarino, Humberto J. y otros s/ guarda preadoptiva", Fallos 331:147, del 19/02/2008, del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema: "Ello entendido desde la perspectiva, tal como lo ha sostenido reiteradamente V. E. que, al considerar y hacer prevalecer por sobre todos los intereses en juego, el del sujeto más vulnerable y necesitado de protección, los tribunales deben ser sumamente cautos en modificar situaciones de hecho respecto de personas menores de edad y mantener, en consecuencia, aquellas condiciones de equilibrio que aparecen como más estables, evitando así nuevos conflictos cuyas consecuencias resultan impredecibles (v. doctrina de Fallos 328:2870, cons. 8°, penúltimo párrafo; sentencia de fecha 13 de marzo de 2007, en autos S. C. A. N° 418, L. XLI "A., F. s/ protección de persona", cons. 9° in fine)".

(27) "M. M. S. s/ guarda", CIV 090032/2013/CS001, del 27/05/2015, del dictamen de la Procuración General al que la Corte remite: "[E]l detalle de los defectos del fallo que dispuso el secuestro de la niña no implica validar el modo de obtener la guarda, que presenta aristas observables, sino poner de resalto que la solución, lejos de hacer hincapié en lo que aparece como más favorable para la niña, la somete a una nueva situación de vulnerabilidad y de desamparo al resolver, en última instancia, que sea entregada a otra familia, padeciendo una nueva desvinculación y otro desarraigo".

(28) "Q. C. S. Y. c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otro s/ amparo", Fallos 335:452, del 24/04/2012: "(...) [E]s difícil imaginar un estado más desesperante: hay un niño discapacitado, con una madre en situación de calle. La razonabilidad significa entonces que, sin perjuicio de las decisiones políticas discrecionales, los poderes deben atender a las garantías mínimas indispensables para que una persona sea considerada como tal en situaciones de extrema vulnerabilidad".

(29) "Asociación Civil para la Defensa en el Ámbito Federal e Internacional de Derechos c. Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados s/ amparo", Fallos 338:29, del 10/02/2015: "[A] los efectos de garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva de un colectivo altamente vulnerable, no sólo por la discapacidad que padecen sus integrantes sino también por su delicada situación socio-económica, corresponde reconocer legitimación a las asociaciones actoras para iniciar la presente acción colectiva. Máxime si se repara que con la pretensión procesal deducida en autos se procura garantizar el acceso, en tiempo y forma, a prestaciones de salud relacionadas con la vida y la integridad física de las personas". En similar sentido, "A., V. M. c. OSFGPICyD s/ amparo ley 16.986", Fallos 339:1683, del 13/12/2016, del dictamen de la Procuración General al que la Corte remite: "Opino que la interpretación realizada por el a quo del alcance de la exención de la contracautela establecida en el art. 200, inc. 2, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en tanto consideró que no incluye a quien goza del beneficio provisional consagrado en el art. 83, limita irrazonablemente el derecho a la tutela judicial efectiva de índole cautelar, respecto de los derechos de una persona en situación de vulnerabilidad (arts. 18, 75, incs. 22 y 23, CN; arts. 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Al respecto, la Corte Suprema ha dicho que 'el beneficio de litigar sin gastos tiende a poner en situación similar a las personas que deben intervenir en un proceso concreto, a fin de que quien carezca de recursos suficientes para afrontar las cargas económicas que impone el juicio, pueda atender con amplitud cuanto demande el reconocimiento judicial de su derecho' ("Stoffregen de Schreyer", considerando 6°)".

(30) "T. R. A. s/ internación - 22.127", Fallos 328:4832, del 27/12/2005: "Estas reglas [del debido proceso] deben, con mayor razón, ser observadas en los procesos en los que se plantea una internación psiquiátrica coactiva en virtud del estado de vulnerabilidad, fragilidad, impotencia y abandono en el cual se encuentran frecuentemente quienes son sometidos a tratamientos de esta índole, erigiéndose por ende, como esencial el control por parte de los magistrados de las condiciones en que aquélla se desarrolla". "Hermosa, Luis A. s/ insania", Fallos 330:2774, del 12/06/2007, disidencias de los Dres. Ricardo Luis Lorenzetti y E. Raúl Zaffaroni y de la Dra. Carmen M. Argibay: "[E]n dicha clase de procesos, la mencionada regla debe ser, con mayor razón, observada 'en virtud del estado de vulnerabilidad, fragilidad, impotencia y abandono en el cual se encuentran frecuentemente quienes son sometidos a tratamientos de esta índole, erigiéndose por ende, como esencial el control por parte de los magistrados de las condiciones en que aquélla se desarrolla". En igual sentido, "A. M. J. s/internación", Fallos 330:5234, del 18/12/2007; "Duarte, José A. s/ internación", Fallos 331:68, del 05/02/2008; "R. M. J. s/ insania", Fallos 331:211, del 19/02/2008; "B. M. A. s/ art. 482 C.C.", Fallos 331:1524, del 24/06/2008; "M. S. A. s/ insania", Fallos 331:1859, del 12/08/2008; "R. D. F. s/ art. 482 C.C.", Fallos 331:1854, del 12/08/2008.

(31) "Di Nunzio Daniel F. c. First National Bank of Boston y otros s/ hábeas data", Fallos 329:5239, del 21/11/2006,

sumarse a la enumeración los usuarios residenciales del servicio público de distribución eléctrica **(32)**, o los usuarios de las farmacias **(33)**.

En estos casos, el factor contexto sería relevante a efectos de la calificación como vulnerable. Pero no puedo dejar de señalar el interrogante que se plantea en el plano temporal: el interrogante hace a cuán extensa, temporalmente, tendría que ser la inserción en el contexto considerado determinante. De allí que, en forma comparativa, la técnica de "categorización" ostentaría menor indeterminación o mayor objetividad o seguridad que la técnica de "contextualización", de horizontes más amplios.

II.3. Categorización en la normativa

Numerosas normas contemplan a personas vulnerables incluidas en las clasificaciones que aquellas —expresa o implícitamente, objetiva o comparativamente— consagran, a efectos de sus respectivos ámbitos de aplicación **(34)**.

voto del Dr. Lorenzetti: "En primer lugar, cabe señalar que el bien jurídico protegido es la privacidad en sentido amplio, contemplada en el art. 19 de la Carta Magna. Se trata de la protección de la persona y de la esfera de la individualidad personal, que en nuestro derecho incluye a las personas de existencia ideal (art. 1° de la ley 25.326), la que se encuentra en un estado de vulnerabilidad cuando los datos que le pertenecen circulan sin su control".

(32) "Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c. Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo", Fallos 339:1077, del 18/08/2016: "De la reseña efectuada surge que solo respecto de los 'usuarios residenciales' (conforme decreto 2255/1992 —Anexo "B", Subanexo II—, decreto 181/2004 y resolución ENARGAS 409/2008) es posible sostener que el caso involucre un supuesto en el que se encuentre comprometido el acceso a la justicia. Ello es así, en tanto sólo en relación con el mencionado colectivo cabe aquí presumir una posición de mayor vulnerabilidad frente al efectivo cumplimiento de la garantía constitucional señalada (considerando 13, 4° párr. del precedente "Halabi" citado)".

(33) "Farmacity SA c. Fisco de la Provincia de Buenos Aires y otro s/ pretensión anulatoria - recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley", Fallos 344:1557, del 30/06/2021, voto de la mayoría: "En efecto, la norma impugnada [ley 10.606 de la Provincia de Buenos Aires] pretende proteger la salud de quienes consumen medicamentos, que constituyen un grupo especialmente vulnerable"; y voto del Dr. Irurzun (conjuez): "Como se ve, la regulación adoptada es consecuencia de una política sanitaria que ubicó a la salud como un derecho humano esencial merecedor —como tal— de una protección especial, donde la relación entre los usuarios y el despacho farmacéutico se diera en un contexto donde la vulnerabilidad que implica su necesidad de acceso se encuentre a resguardo de un prevalente interés comercial".

(34) En forma tan solo enunciativa, ver: ley 24.628, de 1996, de aprobación de modificaciones al Convenio Constitutivo del Banco Interamericano de Desarrollo, sección 2.18: "los sectores más vulnerables de la población, en particular a las mujeres, jóvenes y niños"; ley 24.658, de 1996, Protocolo de San Salvador, art. 10.2.f): "satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables"; ley 25.212, de 1999, de ratificación del Pacto Federal del Trabajo, anexo III, art. 5°: "grupos más vulnerables de trabajadores tales como discapacitados y servicio doméstico"'; ley 25.989, de 2004, de creación del régimen de Donación de Alimentos, art. 1°: "satisfacer las necesidades alimentarias de la población económicamente más vulnerable"; ley 26.165, de 2006, de Reconocimiento y Protección al Refugiado, art. 53: "en caso de los menores se (...) [dará] cuenta a los organismos con responsabilidad primaria en políticas dirigidas a grupos vulnerables a los fines de una solución eficaz, rápida y de contención efectiva a dichas personas"; ley 26.854, de 2013, de Medidas Cautelares, art. 2°: "2. La providencia cautelar dictada contra el Estado nacional y sus entes descentralizados por un juez o tribunal incompetente, sólo tendrá eficacia cuando se trate de sectores socialmente vulnerables acreditados en el proceso (...)"; ley 26.298, de 2014, de aprobación de la Convención Internacional para la protección de las Personas contra las Desapariciones Forzadas, art. 7°, inc. 2: "(...) quienes sean culpables de la desaparición forzada de mujeres embarazadas, menores, personas con discapacidades u otras personas particularmente vulnerables"; ley 26.934, de 2014, Plan Integral para el Abordaje de los Consumos Problemáticos, art. 5°: "sectores con mayores niveles de vulnerabilidad", y arts. 15 y 18, sobre sujetos que hayan tenido consumos problemáticos que se hallen en "situación de vulnerabilidad social"; ley 27.149, de 2015, de Ministerio Público de la Defensa de la Nación, que, en lo principal, "promueve toda medida tendiente a la protección y defensa de los derechos fundamentales de las personas, en especial de quienes se encuentren en situación de vulnerabilidad" (art. 1°), establece el principio de que sus órganos "(...) cumplen e instan a hacer cumplir la Constitución Nacional, los instrumentos internacionales de derechos humanos, las leyes, las reglamentaciones, los protocolos de actuación y toda disposición para la protección y defensa de la persona, en especial, el acceso a la justicia de quienes se encuentren en condición de vulnerabilidad o con discriminación estructural, el que estará sujeto a un diligenciamiento preferencial" (art. 5°, inc. a), y asigna competencia a dicho órgano constitucional para establecer "los criterios objetivos y subjetivos de (...) vulnerabilidad que habiliten la provisión del servicio de Defensa Pública más allá de los casos en los que correspondiere su intervención obligada" (art. 5°) y en relación con "[o]tros programas y comisiones relacionados con te-

En el renglón estrictamente normativo vemos que puede haber personas vulnerables por categorización, y también por contextualización.

Veamos algunos supuestos de personas vulnerables por categorización en la Ley de Ministerios, que brinda ejemplos al respecto:

II.3.a. Ley de Ministerios

La Ley de Ministerios, vigente al momento de escribir estas líneas, presenta diversas instancias de vulnerabilidad por categorización, objetiva y clara, en especial en las normas atributivas de competencia del Ministerio de Desarrollo Social.

En dicha norma de organización administrativa ministerial aparecen expresamente mencionados los "sectores más vulnerables" como género que comprendería, enunciativamente, a las siguientes categorías: "personas con discapacidad, las niñas, los niños y adolescentes, las mujeres y los adultos mayores" **(35)**.

II.3.b. Res. 139/2020 de la Secretaría de Comercio Interior

Por su parte, la resolución de este acápite crea la figura del "consumidor hipervulnerable". De su cons. 9° surge que consumidor hipervulnerable sería aquel que se halla en situación de "hipervulnerabilidad, doble vulnerabilidad o vulnerabilidad agravada".

Estarían comprendidos en tal universo de consumidores, por categorización objetiva y clara, en forma genérica, quienes, según su art. 1°, son "consumidores que sean personas humanas y que se encuentren en otras situaciones de vulnerabilidad en razón de su edad, género, estado físico o mental, (...) que provoquen especiales dificultades para ejercer con plenitud sus derechos como consumidores".

La citada resolución, asimismo, en su art. 1°, *in fine,* agrega, por categorización, que también podrán ser considerados consumidores hipervulnerables "las personas jurídicas sin fines de lucro que orienten sus objetos sociales a los colectivos comprendidos en el presente artículo".

Por ende, se advierte, en esta resolución, una doble mecánica de categorización: en favor de ciertas personas humanas, y a favor de ciertas personas jurídicas sin fines de lucro; estas, a su vez, tipificarían en la medida en que su objeto social se halle "orientado" a los "colectivos comprendidos" en el citado art. 1°. Desde la

máticas vinculadas con sectores vulnerables, en especial detenidos (...)" (art. 5°, inc. 6°), además de la de "[d]iseñar y ejecutar políticas públicas para la protección de sectores en condición de vulnerabilidad (...) (art. 35, inc. e), y agrega que los Defensores Públicos Oficiales tienen los deberes de "[e]jercer el patrocinio y representación en juicio como actor o demandado, en los distintos fueros, de quien invoque y justifique (...) situación de vulnerabilidad (...)" (art. 42, inc. a), "[c]ontestar las consultas formuladas por personas (...) en situación de vulnerabilidad y asistirlas en los trámites pertinentes y dar respuesta a las consultas en materia penal efectuadas por cualquier persona que requiera la asistencia de un defensor público" (art. 42, inc. f), y "[d]esplegar acciones de abordaje territorial y relevamiento de demandas individuales y colectivas, si (...) la situación de vulnerabilidad las exigieren (...)" (art. 42, inc. m); ley 27.197, de 2015, de Lucha contra el Sedentarismo, art. 5°, inc. f), que otorga, a la autoridad de aplicación, competencia respecto de "[m]onitorear los niveles de actividad física y aptitud física en la población, con énfasis en grupos vulnerables como niños, adolescentes, personas mayores y personas con discapacidad (...)";ley 27.287, de 2016, de creación del Sistema Nacional para la Gestión Integral del Riesgo y la Protección Civil, art. 3°, inc. w, el cual define "vulnerabilidad" como "factor interno de una comunidad o sistema. Características de la sociedad acorde a su contexto que la hacen susceptibles de sufrir un daño o pérdida grave en caso de que se concrete una amenaza"; L. 27506 de 2019, de Régimen de Promoción de la Economía del Conocimiento, art. 3°, según el cual, entre los recaudos de inscripción en el respectivo registro, se incluye acreditar inversiones en capacitación, incluyendo las "destinadas (...) otros grupos vulnerables (...)"; entre otras.

(35) Ley 22.520, o Ley de Ministerios, art. 23 bis: "Compete al Ministerio de Desarrollo Social asistir al Presidente de la Nación y al Jefe de Gabinete de Ministros, en orden a sus competencias, en todo lo inherente a la política social orientada a la asistencia, promoción, cuidados e inclusión social y el desarrollo humano, la seguridad alimentaria, la reducción de la pobreza, el desarrollo de igualdad de oportunidades para los sectores más vulnerables, en particular para las personas con discapacidad, las niñas, los niños y adolescentes, las mujeres y los adultos mayores, la protección de las familias y el fortalecimiento de las organizaciones comunitarias, así como en lo relativo al acceso a la vivienda y el hábitat dignos y a la integración socio urbana, y al cumplimiento de los compromisos asumidos en relación con los tratados internacionales y los convenios multinacionales, en materia de su competencia (...)".

plataforma de la categorización, los colectivos en cuestión, a los cuales tendría que hallarse "orientado" o dirigido el objeto social, involucrarían personas consumidoras de cierta edad; personas consumidoras de cierto género; personas consumidoras en cierto estado físico; y personas consumidoras con cierto estado mental. Se estaría, por ende, ante una suerte de categorización (a los fines del objeto social) dentro de otra categorización mayor (a los fines del art. 1° de la resolución citada). Ello, sin perjuicio de lo que agregaré en el acápite siguiente (II.4.b.).

El art. 2° brinda especificación sobre la categorización subjetiva que se efectúa, y enumera: niños, niñas y adolescentes; personas pertenecientes al colectivo conformado por lesbianas, gays, bisexuales y transgénero; personas mayores de 70 años; personas con discapacidad conforme certificado que así lo acredite.

II.4. Contextualización en la normativa

II.4.a. Ley de Ministerios

La ya citada Ley de Ministerios, a su vez, contempla supuestos de inclusión en la noción de vulnerabilidad con base en el contexto o situación o medio en el cual se hallen las personas en cuestión.

Así, alude a: "población más vulnerable", con su intrínseca cuota de comparación en grado superlativo respecto del contexto o medio; "grupos sociales especialmente vulnerables", con su intrínseca nota comparativa, de bordes semánticos imprecisos, a la luz de la especialidad requerida; "grupos poblacionales en situaciones de vulnerabilidad", con su componente de imprecisión demográfica por dependerse de la previas definición del respectivo grupo involucrado; "personas con discapacidad en situación de vulnerabilidad social", cuando podría argüirse que la persona con discapacidad tendría que ser considerada vulnerable por categorización, en sí misma, independientemente del medio o contexto social; "personas en situación de vulnerabilidad social, tanto del país como fuera de él", donde se entremezclaría la nacionalidad ("del país") con la localización o ubicación física ("fuera de él"); "otros actores de la comunidad que se encuentren en estado de vulnerabilidad social", expresión esta última que remite a lo acotado respecto de los bordes semánticos de la expresión "vulnerabilidad social"; así como "población en situación de vulnerabilidad social", con eventual superposición semántica respecto de categorías ya enumeradas en la citada Ley y reseñadas **(36)**.

II.4.b. Res. 139/2020 de la Secretaría de Comercio Interior

Por su parte, la ya mencionada res. 139/2020 ilustra en materia de contextualización pues, ya en su art. 1°, "(...) se consideran consumidores hipervulnerables, a aquellos consumidores que sean personas humanas y que se encuentren en otras situaciones de vulnerabilidad (...) por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, que provoquen especiales dificultades para ejercer con plenitud sus derechos como consumidores". Será, por ende, una hipervulnerabilidad humana dotada de un com-

(36) Ver ley 22.520, o Ley de Ministerios, art. 23 bis: "Compete al Ministerio de Desarrollo Social (...) en particular: (...) 3. Entender en la ejecución de las acciones tendientes a garantizar condiciones de bienestar de la población más vulnerable. (...) 10. Intervenir en la definición de los criterios de asignación de recursos financieros del Estado Nacional destinados a la población en situación de pobreza y a los grupos sociales especialmente vulnerables. 11. Entender en la organización y operación de un sistema de información social, con indicadores relevantes sobre los grupos poblacionales en situaciones de vulnerabilidad, que permita una adecuada focalización del conjunto de las políticas y programas sociales nacionales. (...) 14. Intervenir en la elaboración y ejecución de acciones tendientes a lograr el pleno desarrollo personal de las personas con discapacidad en situación de vulnerabilidad social. 15. Entender en la ejecución de acciones de asistencia directa a personas en situación de vulnerabilidad social, tanto del país como fuera de él, participando en acciones en cumplimiento de compromisos o planes de ayuda internacionales. (...) 18. Entender, en el ámbito de su competencia, en la elaboración, dirección y fiscalización de los regímenes relacionados con niños, niñas, adultos mayores, mujeres, jóvenes, personas con discapacidad y otros actores de la comunidad que se encuentren en estado de vulnerabilidad social, así como en la defensa y garantía de sus derechos. (...) 23. Entender en el diseño e implementación de planes para la aplicación de los instrumentos metodológicos de la Economía Social, principalmente la promoción de Microcréditos, adopción de Marca Colectiva y promoción de la comercialización comunitaria destinados al fortalecimiento de las capacidades de inclusión de la población en situación de vulnerabilidad social."

ponente comparativo, dependiente, a su vez, de las precitadas circunstancias.

A su vez, la doble categorización ya explicada en materia de personas jurídicas sin fines de lucro adquirirá, ante la norma recién transcripta, rasgos de doble contextualización. Así, desde la plataforma de la contextualización, los colectivos en cuestión, a los cuales tendría que hallarse "orientado" o dirigido el objeto social, involucrarían personas humanas consumidoras que "por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales (...)" se hallen en "especiales dificultades para ejercer con plenitud sus derechos como consumidores". Nuevamente, se estaría ante una suerte de contextualización (a los fines del objeto social) dentro de otra contextualización mayor (a los fines del art. 1° de la resolución citada).

El art. 2° enumera diversas "condiciones" de hipervulnerabilidad, y entiendo que la expresión "condición" misma nos colocaría en el terreno no de la categorización sino de la contextualización. Ello pues, mientras la categorización antes reseñada opera objetivamente por las características de las personas (ser niño; tener una edad de más de 70 años; etc.), la dependencia respecto de una "condición" trae aparejada, inexorablemente, la consideración del contexto o medio. En otras palabras, a los efectos del consumidor hipervulnerable, este sería calificable como tal por darse, en forma indispensable, cierta o ciertas circunstancias.

De tal modo, el art. 2° incorporaría, por contextualización, al migrante o turista, en cuya calificación incidiría el factor físico o geográfico territorial, y el factor temporal **(37)**, entre otros; las personas pertenecientes a una "comunidad de pueblos originarios", pertenencia a la cual tributan, como mínimo, los previos "reconocimiento", "descendencia" y el haber "habitado" durante ciertos lapsos temporales históricos bajo la ley 23.302 **(38)**; la ruralidad, que pone en juego, al menos, cierto medio, territorio, zonas, tierra, ámbitos **(39)**, con hipotética dependencia del previo reconocimiento bajo la ley 23.302 a efectos de la verificación de los actores de la ruralidad indígena. Asimismo, el precitado art. 2° incorporaría, por contextualización, a quienes residen en ciertos lugares: los barrios populares identificados bajo la ley 27.453 **(40)**; pero se excluiría a las personas jurídicas con asiento en dichos barrios populares pues el precitado art. 2° alude a "residencia" y no a "asiento". Finalmente, el precitado art. 2° incluye, en su enumeración, a quienes se hallan en "situaciones de vulnerabilidad socio-económica acreditada por alguno de los siguientes requisitos (...)": la acreditación respectiva remitirá a la consulta de parámetros diversos, como ser el importe del salario mínimo, vital y móvil; la consulta sobre calidad de beneficiario de ciertas asignaciones; la previa inscripción en el régimen de Monotributo Social; la registración como empleada doméstica bajo la ley 26.844 **(41)**; estar percibiendo un seguro de desempleo; o ser titular, bajo la ley 23.848 **(42)**, de la pensión vitalicia para Veteranos de la Guerra del Atlántico Sur.

III. Reflexiones finales

Pueden sintetizarse los párrafos precedentes mediante la afirmación de que, a efectos de determinar que alguien es vulnerable (o, en su caso, hipervulnerable), habría, al menos dos herramientas legislativas diversas: la categorización, y la contextualización.

La categorización, v.gr., la determinación de la vulnerabilidad con base en una característica

(37) Ver ley 23.408 (BO 30/03/1987), art. *. Ver, asimismo, CA, arts. 265 y 773.

(38) Ver ley 23.302 (BO 12/11/1985), art. 2°: "Se entenderá como comunidades indígenas a los conjuntos de familias que se reconozcan como tales por el hecho de descender de poblaciones que habitaban el territorio nacional en la época de la conquista o colonización e indígenas o indios a los miembros de dicha comunidad".

(39) Ver las diversas expresiones que se utilizan, por ej., en la ley 27.118 (BO 28/01/2015) de agricultura familiar, campesina e indígena, que es declarada de interés público en dicha ley, art. 1°.

(40) Ley 27.453 (BO 29/10/2018). Esta ley declara, de interés público, el régimen de "integración socio urbana" de ciertos barrios populares. Se tratará de aquellos barrios "identificados" en el Registro de Barrios Populares en Proceso de Integración Urbana del Dto. 358/2017 (BO 23/05/2017), con más las características definidas en el decreto 2670/2015 (BO 09/12/2015), Anexo único, cap. XI, esto es, arts. 46 a 49.

(41) Ley 26.844 (BO 12/04/2013).

(42) Ley 23.848 (BO 19/10/1990).

objetiva (como ser, por ejemplo, la condición de niño), parecería brindar respuestas más eficientes, más directas o inmediatas, por lo que incluso deberían tenérselas por indiscutibles. A modo de ilustración, bajo la Ley de Ministerios, los niños son vulnerables por categorización **(43)**. Por otro lado, el art. 2° de la ley 23.849 **(44)** —que al momento de escribir estas líneas no ha sido declarado inconstitucional— establece que "se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad". Así las cosas, la correspondiente calificación, por categorización, del niño concebido como vulnerable a efectos de la Ley de Ministerios **(45)**, entre otras, no debería ofrecer margen para el debate. En tal escenario, además, resultaría clave considerar el carácter obligatorio del ejercicio de la competencia, en la especie, ministerial **(46)**. De tal modo, si a dicho Ministerio compete asistir al Poder Ejecutivo "en todo lo inherente a la política social orientada a (...) el desarrollo de igualdad de oportunidades para (...) los niños" **(47)**, no podría tal órgano ministerial llevar adelante tal competencia en forma contraria al derecho a la vida de estos últimos, vulnerables por simple categorización legal, y merecedores de plena protección **(48)**.

La contextualización, por otro lado, aparece como una herramienta legislativa dotada de dos facetas: una de tinte negativo, y otra de tinte positivo.

Desde el lado negativo, se advierte que tendrían que efectuarse pluralidad de razonamientos jurídicos antes de que se pueda efectuar, por contextualización, la determinación de que alguien es vulnerable. Así, se estaría ante adjetivaciones relacionales o intrínsecamente comparativas ("sectores más vulnerables") o habría que consultar (por ej., a efectos de la res. 139/2020), según los casos, diversos parámetros, muchos de los cuales se vieron al final del acápite precedente, que, si bien normativamente estables, podría tener que ser aplicados a situaciones fácticamente inestables o mutables. Además, se supondría que los datos correspondientes serían de acceso para el público, con permanente actualización, transparencia y buena fe, o eventualmente pasibles de ser argüidos de privados. Incluso se verificaría una suerte de dependencia ínsita en la determinación de vulnerabilidad (o hipervulnerabilidad) de índole dual: respecto de la situación o contexto; y respecto de la respectiva información de sustento o acreditación.

Sin embargo, desde el lado positivo, se ha afirmado que la contextualización, a efectos del juicio de vulnerabilidad, posee el beneficio de permitir que puedan ser tenidas por vulnerables (o por hipervulnerables) personas que tipifican en más de una causal **(49)**. En el plano tempo-

(43) Ver nota al pie 35, supra.

(44) Ley 23.849 (BO 22/10/1990) Convención de los Derechos del Niño, con rango constitucional conf. art. 75, inc. 22, CN.

(45) Ver nota al pie 35, supra.

(46) Ver Ley 19.549 (BO 27/02/1972), art. 3°: "La competencia de los órganos administrativos será la que resulte, según los casos, de la Constitución Nacional, de las leyes y de los reglamentos dictados en su consecuencia. Su ejercicio constituye una obligación de la autoridad o del órgano correspondiente (...)". (el destacado no es del original) En forma concordante, CASSAGNE, Juan C. (2021), "Los grandes principios del Derecho público (Constitucional y Administrativo)", Rubinzal Culzoni, Buenos Aires y Santa Fe, 2ª ed. actualizada, p. 510, y sus citas.

(47) Ver nota al pie 35, supra.

(48) Como enseña el Profesor Cassagne, "(...) [L]a desprotección que algunas legislaciones dejan a los seres humanos concebidos (que obviamente no pueden defenderse) al legalizar el aborto implica impedirles a las personas por nacer el derecho humano más fundamental de todos, que es el derecho a la vida, dado que esos seres son personas humanas desde su concepción en el seno materno, como fue reconocido durante el siglo XIX y buena parte del XX por parte de los antiguos liberales que (ya fueran ateos o agnósticos) tenían plena conciencia de los principios del derecho natural y de los derechos fundamentales del hombre". Conf. CASSAGNE, Juan C. (2020), "La función social del Derecho administrativo", conferencia en Congreso Internacional de Derecho Administrativo organizado por la Maestría y Especialización en Derecho Administrativo de la Universidad Nacional de La Matanza y FECIC, auspiciado por el Instituto Internacional de Derecho Administrativo, pp. 1-21, esp. p. 5. Disponible en: https://cijur.mpba.gov.ar/files/bulletins/Dr._Juan_Carlos_Cassagne_LA_FUNCIÓN_30-11__1_.pdf (último acceso: 5/1/2022). En similar sentido, CASSAGNE, Juan C. (2021), "Los grandes principios del Derecho público (Constitucional y Administrativo)", Rubinzal Culzoni, 2ª ed. actualizada, Buenos Aires y Santa Fe, pp. 329-332, esp. p. 332.

(49) GORDON, Bruce (2020), "Vulnerability in Research. Basic Ethical Concepts and General Approach to Review", The Ochsner Journal 2-: 34-38. Disponible

ral, la confluencia de causales podría incidir en la permanencia en la calificación de vulnerable. Considérese el supuesto de un niño, concebido, vulnerable por categorización, que, además, resulte vulnerable por contextualización al morar, por intermedio de su progenitora, en un barrio popular identificado bajo la ley 27.453, y desempeñar ella trabajos bajo la ley 26.844, ya repasadas. Ese niño, aun cuando se modificaren los contextos provistos por alguna de esas dos leyes (o ambas), seguiría siendo vulnerable por categorización mientras sea jurídicamente niño en el plano cronológico (tengo presente a Eco, cuando asevera que ciertas propiedades son más focales, más centrales, más diagnósticas, más resistentes que otras) **(50)**. Ello, sin perjuicio de la eventual verificación de alguna nueva causal de vulnerabilidad, sea por categorización o por contextualización.

De otra parte, se ha considerado a la contextualización como más eficiente: permitiría centrarse no en las características personales, que tributan a la categorización, sino tender la mirada hacia el medio o contexto —origen o causa, en fin— que torna a alguien vulnerable (o hipervulnerable) a los fines de la fijación de objetivos o metas —políticas mediante— enderezados a su remediación **(51)**.

en: http://www.ochsnerjournal.org/content/ochjnl/20/1/34.full.pdf (último acceso: 5/1/2022). En igual sentido, Presidential Commission for the Study of Bioethical Issues (2016) "Vulnerable Populations Background". Last update: Sept. 30, 2016, p. 6. Disponible en: https://bioethicsarchive.georgetown.edu/pcsbi/sites/default/files/3%20Vulnerable%20Populations%20Background%209.30.16.pdf (último acceso: 5/1/2022).

(50) ECO, Umberto (1984), "Semiotics and the Philosophy of Language", Indiana University Press, Bloomington and Indianapolis, p. 86.

(51) SHI, Leiyu - STEVENS, Gregory D. (2021), "Vulnerable Population in the United States", John Wiley & Sons, Inc., Hoboken, NJ, third edition, p. 16.

ESTUDIOS

Reflexiones sobre el control judicial de la actividad administrativa

Roberto Enrique Luqui

Sumario: I. Preliminar.— II. ¿Qué es el control judicial?— III. Resolución de pleitos.— IV. Atribuciones de los jueces.— V. Criterio seguido en el orden nacional.— VI. Los jueces no pueden sustituir a la Administración.— VII. El control de las facultades discrecionales de la Administración.— VIII. Actos administrativos de alcance general.— IX. Efecto de las sentencias que anulan un reglamento.— X. Los nuevos derechos y sus efectos en el sistema jurídico político de revisión judicial.— XI. La ampliación de la legitimación.

I. Preliminar

En varias oportunidades me he ocupado de analizar la función que ejerce la Justicia en nuestro sistema jurídico político en los juicios que promueven los administrados contra la Administración **(1)**. Sostuve, y lo sigo sosteniendo, que *en el orden nacional* la Justicia no ejerce un verdadero *control* de la actividad administrativa, afirmación que puede resultar insólita a estar por del uso que se ha dado a esta palabra, no solo en nuestro país, sino en la mayoría de los países occidentales.

Precisar si la revisión judicial de la actividad administrativa *en el orden nacional* es o no un verdadero control, no es una cuestión semántica sino conceptual, porque determina las atribuciones que tienen los jueces y el efecto de las sentencias dictadas en materia contencioso-administrativa.

Como bien dice Carlos Cossio, "en Derecho, algo es lo que es, cuando se sabe qué es lo que es" **(2)**, y si hay una palabra que tiene muchos significados es la voz "control", porque siempre se le adiciona un adjetivo que indica su objeto o finalidad.

Por este motivo corresponde ante todo precisar qué entendemos por *control*, y luego analizar si la función que ejerce la Justicia *en el orden nacional* cuando juzga los actos u omisiones de la Administración es verdaderamente un control o es el ejercicio de la función que tiene por mandato constitucional de resolver los juicios que se plantean entre los administrados y la Administración.

En realidad, todos tenemos una idea básica de lo que es el *control,* aunque imprecisa, porque una particularidad de esta palabra es que se la emplea para expresar las más variadas acciones, comportamientos y hasta objetos **(3)**. De ahí la necesidad de determinar en qué sentido se la emplea.

Hasta hace poco más de un lustro la palabra "control" ni siquiera figuraba en el diccionario

(1) Si bien la parte en estos juicios es el Estado Nacional, como sujeto, utilizamos la voz "Administración" para referirnos a los pleitos contencioso-administrativos.

(2) COSSIO, Carlos, "Radiografía de la teoría egológica del derecho", Depalma, Buenos Aires, 1987, p. 85.

(3) Así, por ejemplo, está el control de tránsito que realizan los policías para verificar si los conductores de vehículos tienen los papeles en regla, el control sanitario de los alimentos, el control que realiza la aduana con las mercaderías que se importan, el control remoto de la televisión, el control de la natalidad, el control de cambio, el control de calidad, y así un centenar de acepciones que poco tienen en común, entre las cuales están el control judicial de la Administración.

de la Real Academia de la Lengua Española. Por su semejanza se empleaba la voz "contralor" —que identifica al funcionario encargado de verificar las cuentas— para referirse a lo que actualmente se entiende por control en materia administrativa.

La acción material que implica el control puede tener por objeto una comprobación, una inspección, una fiscalización, una verificación, un cotejo, porque siempre se controla *para un fin*. Cuando el fin es revisor o correctivo o de dirección, se genera una situación de supremacía de controlador sobre el controlado, por lo cual si se refiere a las relaciones que existen en un sistema institucional el concepto de control tiene relevancia jurídica. Por eso lo que interesa desde el punto de vista jurídico en estos casos es la *finalidad* del control, para qué se ejerce, si es solo con el objeto de registrar hechos o para llevar una estadística, o es para que el órgano controlador ejerza alguna facultad revisora o correctiva o de dirección, ya sea para autorizar o modificar o anular lo que hace el controlado. Si la acción de controlar se circunscribe a una finalidad informativa, difícilmente puede tener relevancia jurídica, pues se trata de un hecho. Si tiene por objeto una finalidad correctiva o revisora o de dirección, tiene por ello relevancia jurídica. A este significado corresponde el *control judicial*.

El control judicial es siempre *jurisdiccional*. En los pleitos contencioso-administrativos, los jueces ejercen una función jurisdiccional **(4)**. Los efectos del control dependen de lo que establezca el ordenamiento jurídico. Ello, claro está, en los regímenes donde la Justicia verdaderamente controla la actividad administrativa.

II. ¿Qué es el control judicial?

Para la mayoría de los autores nacionales en nuestro país, la Justicia controla a la Administración cuando resuelve los juicios promovidos por los administrados. Esto es también lo que entiende el común de los abogados y lo que se les enseña a los estudiantes de derecho. Para muchos el hecho de que la Justicia sea el poder estatal al cual recurren los administrados para defender sus derechos contra la actividad ilegítima de la Administración, es una forma de controlarla.

Como enseña Bielsa, en nuestro sistema jurídico político es en cierto modo impropio hablar de "control judicial de la Administración pública", no obstante el uso generalizado de esta expresión. Se la emplea para referirse a los juicios contencioso-administrativos promovidos por los administrados, cuando, en realidad, en el orden nacional el Poder Judicial no ejerce *propiamente* un verdadero control sobre la actividad administrativa. Más aún, estos juicios son contencioso-administrativos *por la materia*, pero no porque se tramiten ante una jurisdicción distinta de la judicial o porque los jueces tengan atribuciones diferentes de los que se sustancian para resolver las contiendas entre particulares.

Salvo los recursos directos, que se sustancian por reglas especiales, los juicios contencioso-administrativos se tramitan por las reglas del *juicio ordinario* establecidas en Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, con algunas particularidades que establece la ley 19.549, de procedimientos administrativos, y las que le conciernen por ser juicios contra el Estado. En el sistema argentino hay *competencia contencioso-administrativa,* pero no jurisdicción contencioso-administrativa.

La Justicia juzga las pretensiones deducidas por los administrados en los pleitos en que la Administración es parte, pero no la controla **(5)**. Juzgar es resolver contiendas de intere-

(4) Ver LUQUI, Roberto E., "Revisión judicial de la actividad administrativa", Astrea, Buenos Aires, 2005.

(5) Dice Bielsa: "A diferencia de lo que ocurre en nuestro país, en el derecho francés existe un verdadero control jurisdiccional de la Administración, que se efectúa por el recurso por exceso de poder, cuya finalidad es asegurar la legalidad objetiva. De ahí su calificación de recurso objetivo, como medio de control al cual está sometida la Administración en salvaguarda del derecho objetivo. La anulación del acto declarada por el tribunal tiene efecto erga omnes y la autoridad de cosa juzgada alcanza a todos, no solamente a quien promovió el recurso. La decisión no se toma en interés del recurrente, sino de la legalidad. Tanto es así que se lo considere como "un recurso de utilidad pública", que la jurisprudencia interprete con sentido amplio el interés exigido para admitirlo, y que se lo pueda asimilar en cierta manera a la acción popular (CHAPUS, "Droit du contentieux administratif", ps. 213 y ss.). (BIELSA, Rafael, "Derecho administrativo", LLBA, 2015, 7ª ed., t. V, ps. 105 y ss. y monografía presentada en el Seminario organizado por las Naciones Unidas en

ses suscitadas entre partes, decir el derecho en el caso controvertido con fuerza de verdad legal. Controlar implica verificar, fiscalizar, intervenir, corregir la acción de otro, sobre el cual el controlador ejerce su autoridad, por el mando o preponderancia que tiene. Si bien existen diferentes acepciones de la palabra "control" —pues también se la emplea como sinónimo de supervisión, de comprobación o de inspección— el significado orgánico-funcional lleva implícita la idea de una potestad que se ejerce en virtud de una situación de *supremacía*. Es verdad que no se requiere en todos los casos que el órgano controlador sea de jerarquía superior al controlado, pero también es cierto que el control en sí mismo, como atribución, importa el ejercicio de la autoridad de un órgano sobre otro, y en nuestro país el Poder Judicial no ejerce supremacía sobre el Poder Ejecutivo. Cualquier supremacía de un poder sobre otro rompería el *equilibrio* que persigue la separación de poderes.

Este es otro aspecto importante. La división de poderes no tiene como finalidad establecer un esquema donde estos se controlen recíprocamente. Es una *división de funciones*, de porciones del poder, para impedir que su concentración en uno de ellos genere el autoritarismo.

Cuando la Justicia resuelve un juicio promovido por un administrado para atacar un acto de la Administración pública y lo declara ilegítimo, su función se limita a resolver la contienda que se suscitó entre las partes ante el agravio producido por el acto administrativo impugnado o por un comportamiento ilegítimo de la Administración, siempre con referencia al caso concreto que se llevó a juicio, resuelto sobre la base de la *pretensión* y la *defensa* articuladas y de las *pruebas aportadas*.

En el orden nacional, los fallos judiciales no modifican, ni reemplazan, ni sustituyen los actos de la Administración, solamente los privan de valor y eficacia para el caso litigioso, u ordenan que el accionar se ajuste a la legalidad. El medio jurídico por el cual se expresa la voluntad de la Administración son los actos administrativos, así como en la Justicia son las sentencias y en el Poder Legislativo las leyes.

La Justicia juzga la pretensión deducida por el administrado. La ilegalidad del acto o conducta atacada es un presupuesto, pero no el objeto de la pretensión. La *pretensión procesal administrativa* es la "materia prima" del juicio, que determina, a su vez, el contenido y límite de la sentencia. Está, por un lado, el interés del actor, que defiende su derecho subjetivo y, por el otro, el del Estado que defiende el interés público, o un interés patrimonial cuando no actúa como poder público o persona de derecho público.

Si el titular de un derecho subjetivo violado no promueve una acción para que la Justicia ordene la reparación, la Justicia no podrá intervenir, aunque exista la evidencia de su ilegitimidad. No hay sentencia sin acción, lo cual demuestra que actuación de la Justicia siempre depende de la voluntad del agraviado que decide ejercer el derecho subjetivo vulnerado.

En nuestro sistema el juez no fiscaliza ni interviene en la acción del órgano que dictó el acto; se limita a aplicar el derecho *dentro del marco cognoscitivo del litigio, resuelve la pretensión procesal deducida*. La *pretensión procesal* es, como dice Guasp, "una petición de un sujeto activo ante un juez frente a un sujeto pasivo sobre un bien de la vida" **(6)**, y lleva implícita la defensa de un derecho subjetivo. Si el acto es de alcance particular, obviamente será considerado inválido, porque una sentencia así lo declaró *para ese litigio*, que estuvo referida a *ese acto*, incluido en la pretensión. Si se trata de un acto de alcance general (un reglamento), o de un acto de alcance particular con pluralidad de sujetos pasivos, la sentencia no invalidará en forma general el acto administrativo ilegítimo, sino que declarará su invalidez e inaplicabilidad *para el caso concreto,* es decir, para el pleito en el cual se dictó la sentencia. Mientras tanto, el reglamento

Buenos Aires, en 1959, sobre "Recursos judiciales o de otra índole, contra el ejercicio ilegal o abusivo del poder administrador", En el régimen jurídico español la Constitución establece de manera expresa que los Tribunales "controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa" (106.1). De ahí que no sean aplicables a nuestro sistema algunos criterios seguidos por la doctrina francesa y española, circunstancia que a veces se ignora.

(6) GUASP, Jaime, "La pretensión procesal", Civitas, Madrid, 1985, p. 20.

o el acto pluripersonal continuarán vigentes y se podrán aplicar a todos los otros casos en que no se lo cuestionó. Esto es similar a la declaración de inconstitucionalidad de las normas que, en el orden nacional, solo alcanza al caso particular del pleito resuelto **(7)**.

Es más, si el agraviado formula su pretensión de manera defectuosa o deja de aportar las pruebas necesarias para que el juez pueda hacer lugar a ella, o actúa con una impericia o negligencia tal que impiden acreditar la nulidad articulada, aun cuando el juez tenga la íntima convicción de que está ante un comportamiento antijurídico, no podrá declarar su nulidad —salvo cuando derive de una ley de orden público—, pues la regla general de nuestro derecho es que los *magistrados se deben circunscribir a las pretensiones y defensas articuladas por las partes.* Tal afirmación demuestra que sus decisiones no son actos de control de legalidad de la Administración, sino de solución de contiendas de intereses entre sujetos. Lo dicho no contradice el principio *iura novit curia*, porque una cosa es aplicar el derecho que corresponde, y otra diferente suplir la inexistencia de una pretensión o de una defensa **(8)**.

Pero, como lo contencioso administrativo es de orden público, cuando el tribunal juzga la pretensión de un administrado deducida para que se declare la ilegitimidad de un acto administrativo con fundamento en una causal improcedente o no acreditada, pero que al mismo tiempo está afectado por otra ilegalidad también probada en el juicio, el juez debe declarar la nulidad por esta última, y no rechazar la demanda por la improcedencia de la que se invocó en la demanda.

En el orden nacional la demanda contencioso-administrativa que promueve un administrado se tramita por el procedimiento del *juicio ordinario*, que es básicamente un recurso de plena jurisdicción en los sistemas contencioso-administrativos, como el francés. En estos juicios lo que se debate es la pretensión del actor y la defensa de la Administración, no solo la legalidad del acto, porque lo que persigue el accionante es el reconocimiento de su derecho y la reparación del perjuicio causado por el acto ilegítimo. A diferencia de estos juicios, en los sistemas donde existe un recurso de anulación el tema debatido es *el acto mismo*, y la sentencia que lo invalide tendrá efecto *erga omnes.* En el orden nacional no hay recurso de anulación.

III. Resolución de pleitos

Resolver pleitos en los que el Estado es parte, no es propiamente controlar a la Administración. Tanto es así que cuando una sentencia declara la nulidad de un acto administrativo, es necesario que la Administración dicte un nuevo acto para cumplir con la decisión judicial. La sentencia no reemplaza, ni sustituye, ni modifica el acto administrativo cuestionado. Y, si una vez notificada la sentencia, la Administración no la cumple y el actor no pide que se la ejecute, el acto anulado se reducirá a una mera declaración de derecho. Más aún, si la sentencia no es acatada por la Administración porque de hecho es imposible, sea por extemporánea, o por un impedimento de la organización, o por otra causa institucional, el cumplimiento de la decisión judicial se transformará en un resarcimiento para el administrado por el daño que le produjo el acto declarado nulo.

Como enseña Bielsa, "el Poder Judicial no ha sido instituido para juzgar la Administración pública, si esta no viola un derecho personal, subjetivo, pues la Constitución es individualista (Fallos de la Corte Suprema, t. 179, p. 113). En nuestro sistema de división de poderes, el Poder Judicial no tiene potestad alguna sobre el Poder administrador, que es Poder Ejecutivo, y su jurisdicción para conocer y decidir debe tener una justificación de índole constitucional" **(9)**. Si a esto se lo quiere llamar "control", porque indirectamente se logra el restablecimiento de la legalidad objetiva, no pasa de ser una apreciación discutible —aunque muy generalizada— porque cuando un deudor no le paga a su acreedor

(7) BIELSA, "La protección constitucional y el recurso extraordinario", ps. 345 y ss.

(8) Una prueba de esta afirmación está en la caducidad de instancia y en la perentoriedad de los plazos procesales, que le son aplicables al Estado, de la misma manera que a los particulares, aun cuando perjudique a la Administración.

(9) BIELSA, Rafael, "Sobre lo contencioso-administrativo", Castelvi, Santa Fe, 3ª ed., ps. 191 y 195.

y este promueve un juicio que termina con una sentencia condenatoria, también se restablece la legalidad violada; y cuando un lindero abre una ventana en la medianera y el propietario del fundo vecino lo demanda para obligarlo a que la cierre, también se produce un restablecimiento de la legalidad con la sentencia del juez que así lo dispone, y a nadie se le ocurriría sostener que en nuestro país el Poder Judicial *controla* la conducta de los individuos en sus relaciones comerciales o de vecindad.

Los efectos reflejos de los fallos judiciales son una forma de restablecer la legalidad, y en este sentido se puede aceptar la idea de que la Justicia ejerce un cierto control sobre la Administración. Se trata de un control relativo, indirecto, circunscripto al pleito, que, a su vez, por aplicación de los principios de disposición y de aportación está condicionado a la actividad desarrollada por las partes en el proceso y no exclusivamente a la legalidad considerada en forma objetiva.

Esta es la diferencia sustancial que hay entre nuestro sistema y el contencioso administrativo de Francia, *donde el Consejo de Estado ejerce un verdadero control sobre la Administración activa*. De ahí que sea oportuno reiterarla para que queden claras las cosas. Esta diferencia es la que tratamos de poner en relieve, porque determina al alcance y efectos de las decisiones judiciales dictadas en los pleitos, en uno y otro sistema.

Por ello, aunque reconozcamos que la expresión *control judicial* la emplea la casi totalidad de los autores, jueces y abogados para expresar la función que ejerce la Justicia *en el orden nacional* cuando resuelve un pleito promovido por un administrado contra la Administración, utilizamos la expresión "revisión judicial de la actividad administrativa", la cual, aun cuando no sea la más apropiada **(10)**, dentro de las posibles es para nosotros la que mejor expresa la función aludida. Además, sirve para distinguirla del verdadero control, que tiene características diferentes.

(10) BIELSA, Rafael, "La protección constitucional y el recurso extraordinario", Roque Depalma, Buenos Aires, 2ª ed., p. 345 y ss.

La explicación que damos con respecto a la inexistencia de un verdadero control judicial de la Administración pública en el orden nacional es la que Rafael Bielsa sostuvo desde hace casi un siglo en muchas obras y artículos **(11)**.

IV. Atribuciones de los jueces

La inexistencia de un verdadero control de la Administración pública por el Poder Judicial en

(11) Resulta paradójico que quienes se han ocupado de este tema después de la muerte de Rafael Bielsa en 1966, no hayan ni siquiera esbozado una crítica de su tesis, e incurran en el error de sostener dogmáticamente que en el orden nacional la Justicia controla a la Administración. Aunque no soy afecto las transcripciones, reproduzco lo que sostiene Bielsa en su obra Derecho constitucional, con respecto a la naturaleza de la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes, que, mutatis mutandis es aplicable a la revisión judicial de la actividad administrativa, porque se trata del principio de división de los poderes. Dice Bielsa: "...los actos de un poder no están sujetos a la autoridad de otro, sino al ordenamiento jurídico que la Constitución ha establecido respecto de los derechos y garantías..." ... "Ningún poder puede rever los actos del otro en virtud de tener mayor autoridad; esta resulta de la índole de la función con respecto a la ley, en el sistema de la Constitución"...". Si el Poder Judicial puede declarar inconstitucional una ley y en consecuencia no aplicarla no es porque tenga función fundada en la potestad de rever leyes, sino porque lo primero todo juez debe aplicar es la Constitución, y si una ley (en sentido material) altera garantías constitucionales, él no aplica la ley, sino la Constitución, y lo hace porque el lesionado por la ley demanda sentencia. El juez no puede decidir sino en caso concreto, o sea en juicio. Por eso la ley sigue subsistiendo, a pesar de vicio, pero sólo tiene eficacia (la sentencia) en el caso juzgado..." ... "Cuando se habla de 'control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes', se emplea una expresión figurada, o sea que se dice controlar por el cotejo que el juez hace de la Constitución con la ley impugnada, lo mismo que se hace en el contralor (control) de legalidad respecto de los reglamentos u otros actos..." ... El contralor (control) como función normal de revisión de leyes afectaría el principio de separación de los poderes. Cuando un tribunal decide sobre la impugnación de una ley atacada de inconstitucional, sea por excepción, sea por recurso, no ejerce un verdadero (contralor) ni revisión, sino que se limita a no aplicar la norma impugnada, luego de comprobar la incompatibilidad de ella con la disposición constitucional invocada por el recurrente..." ... "Si el juez judicial anula un contrato o un acto administrativo, como la separación ilegal de un funcionario, no se propone con eso rever actos del Poder Ejecutivo, sino aplicar la ley, o sea, restablecer la legalidad en el caso que motica el acto jurisdiccional". BIELSA, Rafael, "Derecho Constitucional", op. cit., p. 163 y ss.

nuestro sistema constituye una premisa de la mayor importancia, pues determina la competencia y las atribuciones que tienen los jueces cuando resuelven los pleitos contencioso-administrativos y el efecto de sus sentencias, en un régimen constitucional *individualista*.

Es preciso tener bien en claro cuál es la función que le cabe al Poder Judicial en esta materia, dentro del sistema de división de poderes adoptado por la Constitución Nacional **(12)**, y advertir las diferencias que hay con otros sistemas, como, por ejemplo, es el régimen que existe en Francia, donde el Consejo de Estado no solo juzga, sino que también controla a la Administración activa, o en España, en que el control judicial está enfáticamente establecido en la Constitución.

La sociedad está interesada en que la Administración actúe de conformidad con la ley, pero, en nuestro sistema este no es un *interés jurídico* protegido por el derecho con la acción judicial conferida a los administrados **(13)**.

La actuación ilegítima de la Administración puede perjudicar al administrado como sujeto, o afectarlo de manera indirecta, como integrante de la sociedad. A veces, puede perjudicar a unos y beneficiar a otros, o no afectar a todos de igual manera. Es una realidad que todos los administrados no tienen el mismo interés frente a la legalidad administrativa, y "el interés es la medida de las acciones en derecho" (Ihering).

Existen dos criterios básicos —diferentes, aunque persigan el mismo objetivo final— según los cuales se estructuran los sistemas de revisión jurisdiccional de la actividad administrativa. Uno, pone énfasis en la legalidad, el otro, tiene en cuenta, principalmente, los derechos e intereses de los administrados. El primero, sustenta la legalidad *objetiva*, no sujeta estrictamente a la existencia de un agravio personal y directo; el segundo, persigue tutelar directamente los derechos *subjetivos* de los administrados cuando existe una lesión jurídica, y limita la función de los tribunales a lograr ese propósito, frente a la actuación ilegítima de la Administración **(14)**.

Dentro de los sistemas de revisión jurisdiccional que podríamos llamar "objetiva", tienen cabida el recurso de anulación, la acción popular, el efecto *erga omnes* de las sentencias, la legitimación activa es amplia, porque se apoyan en el interés general de que la Administración actúe correctamente. En los sistemas de revisión que llamamos "subjetiva", los órganos jurisdiccionales solo ejercen sus funciones cuando un administrado invoca la lesión de un derecho subjetivo, no existe recurso de anulación, ni acción popular, las sentencias tienen efecto entre las partes y para el caso resuelto, solo referidas a la pretensión articulada por el actor.

Esta es tal vez una faceta objetable de nuestro sistema institucional, pues no se tutela jurisdiccionalmente la lesión de un *interés legítimo*, que, como tal, también debería estar protegido de alguna manera con esa garantía, como existe en varios sistemas provinciales, cuya constitucionalidad no ha sido cuestionada.

V. Criterio seguido en el orden nacional

Las únicas referencias que contiene la Constitución Nacional sobre la revisión judicial de la actividad administrativa están en los arts. 18 y 116,

(12) Nuestro sistema jurídico político ha seguido en este aspecto el criterio de la Constitución de los Estados Unidos de América. En el caso Marbury v. Madison" se declaró: "El ámbito de competencia de este tribunal es, exclusivamente, decidir sobre los derechos de los individuos, no investigar cómo el Ejecutivo o los agentes del Ejecutivo cumplen con sus deberes confiados a su discreción".

(13) Desde la promulgación de ley 24.284, existe en el orden nacional el defensor del pueblo de la Nación, incorporado luego a la Constitución Nacional a partir de la reforma de 1994, que tiene una legitimación especial para actuar ante la Justicia en defensa de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en la Constitución y las leyes, para lo cual es preciso que se produzca una violación concreta de tales derechos, garantías e intereses, que cause un agravio. El defensor del pueblo no está legitimado para impugnar actos del Poder Ejecutivo con fundamento en la pura legalidad. No es un órgano de control de la Administración, como el fiscal de Estado que existe en algunos sistemas provinciales.

(14) Sobre la aplicación de estos principios en el régimen de impugnación judicial en Alemania, GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, "La jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania", Civitas, Madrid 1993, p. 75 y ss.

cuando establecen, respectivamente, que "es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos" y que les "corresponde a los jueces el conocimiento y decisión de las *causas* en que la Nación es parte". Quien se considere agraviado en su derecho subjetivo por un acto, omisión o por cualquier otro comportamiento ilegítimo de la Administración pública y persigue el dictado de una decisión jurisdiccional que declare su ilicitud y restablezca el derecho vulnerado, debe promover un *juicio* o, cuando la ley lo prevé de manera expresa, un recurso directo, que sustancialmente es también un juicio. El juez resolverá el caso como solución de una contienda. El Poder Judicial tiene competencia para resolver contiendas entre partes por aplicación del derecho vigente —una de las cuales puede ser la Administración— y asegurar su cumplimiento con la fuerza de la coacción **(15)**. De esta manera garantiza la vigencia de los derechos individuales. Sigue el criterio *subjetivo* para la revisión jurisdiccional de los actos administrativos.

Nuestro ordenamiento jurídico político no prevé otros remedios procesales, ni otros órganos con facultades para juzgar a la Administración pública, salvo en algunos regímenes de sujeción especial. Además, de ella no resulta que el Poder Judicial tenga competencia para revisar la legalidad de la actividad administrativa sin que exista la *pretensión* concreta de un administrado, sustanciada en una *causa* o *pleito* **(16)**. Tampoco le confiere expresamente la atribución de invalidar los actos del Poder administrador con efecto *erga omnes*, salvo en los casos de ciertas acciones promovidas para resguardar derechos de incidencia colectiva o que por la naturaleza de la cuestión decidida se extiendan los efectos de las sentencias. El carácter "judicialista" de la revisión jurisdiccional de los actos administrativos es *una cuestión política* expresada institucionalmente en la armadura de la jurisdicción **(17)**.

Esta es otra garantía que establece la Constitución Nacional, para que la Administración sea juzgada con el mayor equilibrio en los pleitos que se planteen con los administrados. El *proceso*, como exigencia previa a la sentencia judicial, como es sabido, constituye una verdadera *garantía*, pues allí se deben cumplir los principios que lo conforman como institución **(18)**.

Establecer las mismas reglas para las partes en los juicios contencioso-administrativos que en los demás juicios, es una garantía para los administrados, pues refuerza la imparcialidad con que deben ser juzgados. Los jueces no tienen facultades inquisitorias ni privilegio alguno en lo que atañe al debate jurisdiccional. En el dictado de las medidas para mejor proveer no pueden suplir la negligencia del representante del Estado, por más que se sostenga que buscan la verdad objetiva **(19)**.

El principio de objetividad de la jurisdicción, que se apoya en la garantía de defensa y en la división de poderes, determina que los jueces solamente puedan resolver sobre lo que las partes le llevaron para su conocimiento y decisión, el *thema decidendum*, la materia litigiosa, sobre sus pretensiones y defensas. Los jueces no son investigadores, ni inquisidores de la conducta humana o del comportamiento de la Administración pública. Son órganos encargados de

(15) Cuando el Estado es condenado en un juicio, se aplican reglas especiales (ver LUQUI, Roberto E., "Revisión judicial de la actividad administrativa", Astrea, Buenos Aires, 2005, t. II, p. 389 y ss.).

(16) En el supuesto previsto por el art. 27 de la ley 19.549, es la Administración la que deduce la pretensión.

(17) Como dice Bielsa, "La función de conocer y decidir en toda demanda o recurso que se promueva contra hechos o actos lesivos de derechos subjetivos o intereses legítimos reconocidos o garantizados por la Constitución o la ley, cualquiera sea la persona que ha lesionado ese derecho o interés, o sea ya privada, ya pública, inclusive el Estado mismo, es función judicial y no función administrativa. Tal es nuestro sistema constitucional por virtud de dos principios: a) el de "separación de los poderes" y de funciones; b) el de protección de los derechos y garantías, no importa de dónde provenga la lesión" (BIELSA, Rafael, "Sobre lo contencioso-administrativo", Castelví, Santa Fe, 1963, 3ª ed., p. 25).

(18) LINARES, Juan F., "El debido proceso como garantía innominada en la Constitución Nacional", Buenos Aires, 1944.

(19) En los últimos tiempos, como consecuencia de la grave situación económica del Estado, que ya es endémica, y la sanción de varias leyes de emergencia, se dictaron normas para impedir que las sentencias condenatorias puedan afectar al Erario. Esta es una patología que sólo se puede justificar cuando se invoca el estado de necesidad y éste realmente existe.

resolver litigios entre sujetos, cuando se ha invocado la lesión de un derecho o de un interés protegido por el ordenamiento jurídico. Solo pueden decidir sobre lo planteado por las partes, pues, sobre ello, y nada más, se ha de dictar el acto jurisdiccional. No hay acción sin agravio, y solo puede ser objeto de una sentencia lo pedido por los litigantes. Esto es lo que ocurre en los juicios contencioso-administrativos.

VI. Los jueces no pueden sustituir a la Administración

En nuestro sistema jurídico político los jueces no pueden dictar sentencias u otras providencias que importen sustituir a la Administración *en materias que son de su competencia exclusiva*, circunstancia que limita la hipótesis de sentencias constitutivas en materia contencioso-administrativa **(20)**. Pueden anular los actos ilegítimos, cuando son impugnados por los administrados, pero, les está vedado en la mayoría de los casos sustituir la voluntad de la Administración **(21)**. De no ser así, los jueces se convertirían en administradores **(22)**. Esta regla es aplicable a las funciones administrativas, pero no cuando la relación se rige por el derecho privado o cuando se trata de un asunto de naturaleza patrimonial.

¿Qué actos de competencia exclusiva de la Administración no pueden sustituir los jueces?: *los que constituyan el ejercicio de una atribución potestativa* **(23)**, no necesariamente discrecional. Puede ser una facultad reglada, pero discrecional en cuanto a la oportunidad de su dictado **(24)**. Lo que importa es la acción que se ejerce por ese acto. Ordenar a la Administración que celebre un contrato, o que reglamente una ley de determinada manera, o que otorgue un permiso de ocupación del dominio público, son acciones propias del poder administrador, que llevan incorporado un ingrediente de discrecionalidad en lo que respecta a la oportunidad y al mérito del acto. Pero, obligar a la Administración a indemnizar los daños y perjuicios infligidos a un particular o a levantar la clausura ilegal de un establecimiento, o a restablecer un permiso o una concesión revocados ilícitamente, no son actos que demanden ingrediente alguno de discrecionalidad, sino, la consecuencia natural del ejercicio de la jurisdicción **(25)**.

---

(20) La Corte Suprema de Justicia descalificó el pronunciamiento de una cámara federal que, tras concluir que las resoluciones impugnadas adolecían de nulidad (art. 14, ley 19.549), resolvió, sustituyendo el criterio de la administración, que la Universidad debía dictar un nuevo acto que dispusiera la continuación del concurso. Sostuvo el alto tribunal que "el Poder Judicial, al comprobar la existencia de dicho vicio en un acto que, como en el caso, fue dictado en ejercicio de facultades discrecionales, debe limitarse a su declaración y a disponer las medidas consecuentes" (Fallos 317:40) en el mismo sentido Fallos 300:57 y 304:271.

(21) ZANOBINI, Guido, "Corso di diritto amdministrativo", Giuffré, Milan, 1958, t. II, p. 151. Si un administrado impugna la validez de un concurso, el juez podrá declarar su nulidad, pero, no resolver que sea nombrado el actor. Cuando un agente impugna un acto de cesantía, la justicia no puede resolver que le corresponde una sanción menor. Solamente tiene competencia para declarar la nulidad del acto cuestionado. En situaciones excepcionales la justicia convirtió exoneraciones en cesantías, porque consideró que la calificación de la medida expulsiva no encuadraba en los supuestos previstos por el estatuto para este tipo de sanción, pero, se resolvió de esa manera por considerar a la medida como demasiado severa y, fundamentalmente, porque no se modificó la sanción en cuanto ambas eran expulsivas.

(22) Esta es la regla de nuestro derecho, y también en muchas legislaciones, si bien corresponde poner en relieve que la doctrina no es pacífica. Miguel Beltrán de Felipe ha escrito un estudio bien documentado sobre el tema, y sostiene que "la ejecución por sustitución de las sentencias por medio del poder de sustitución, no tiende al desequilibrio de los poderes del Estado", porque "al incumplir la sentencia la Administración ha roto uno de los puntos de equilibrio constitucional del sistema de relación entre los poderes —en realidad las funciones—, y la ejecución forzosa in natura no intenta sino volver a dicho equilibrio" (BELTRÁN DE FELIPE, "El poder de sustitución de la ejecución de sentencias condenatorias de la Administración", Tecnos, Madrid, 1995, p. 451).

(23) ORLANDO, Vittorio E., "Principios de derecho administrativo", trad. de RODRÍGUEZ BEREIJO, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1978, ps. 262 y 263.

(24) Tal el caso de un concurso para elaborar un anteproyecto de desarrollo de un área urbana, según un reglamento (elemento reglado) que la justicia anula por ilegalidad. El juez no podría llamar a otro concurso, porque la decisión de hacerlo depende de una facultad potestativa de la Administración (discrecionalidad en la oportunidad).

(25) ORLANDO, "Principios de derecho administrativo", p. 262.

Cuando la condena a hacer es el efecto directo de la nulidad del acto administrativo, por el cual se privó al administrado del derecho de ejercer una actividad concedida por otro acto administrativo legítimo, el juez puede conminar a la Administración para que cumpla con la sentencia tal y como fue dictada. En ese caso la condena a hacer no importará el ejercicio de una facultad propia de la Administración, pues, el derecho cuyo restablecimiento se dispone fue adquirido por el administrado por un acto anterior, que recobró su vigencia luego de anularse la decisión. El juez no se sustituiría a la Administración, ni dispondría que realice una conducta nueva, pues, esa conducta ya fue dispuesta por el órgano administrativo **(26)**. Pero, los actos dictados en ejercicio de facultades potestativas o discrecionales de la Administración no pueden ser sustituidos por decisiones judiciales, aun cuando la sentencia declare la nulidad del acto administrativo por el cual se confirió al administrado el derecho cuya protección fue objeto de la sentencia **(27)**.

VII. El control de las facultades discrecionales de la Administración

En nuestro sistema jurídico-político solo son impugnables por los administrados ante la Justicia los actos de la Administración que causan un *agravio jurídico*, o sea, los que lesionan un *derecho subjetivo*. De ello se podría deducir que lo estrictamente discrecional, por no ser objeto de regulación jurídica en cuanto tal, estaría en una zona en la cual la Administración ejerce su arbitrio y, por ello, no es de competencia judicial.

La idea de que los actos discrecionales solo son revisables por la justicia por cuestiones de forma o de competencia, se ha seguido no solo en nuestro país sino también en la mayoría de los países occidentales. Aun cuando la revisión judicial se fue ampliando con el objeto de verificar si los actos administrativos cumplen o no con la finalidad de la ley, por lo general nuestros jueces han mantenido cierta prudencia para no inmiscuirse en temas donde la Administración ejerce facultades discrecionales. Además, no siempre está bien demarcado el límite que separa la legalidad del mérito. Lo dicho se advierte en el hecho de que, no obstante los importantes trabajos de la doctrina extranjera y su recepción en los autores nacionales, en general nuestra jurisprudencia no ha seguido los criterios modernos de revisión de la discrecionalidad, ni la lógica de sus razonamientos **(28)**. En muchos casos nuestros jueces aplican lo que podríamos denominar la regla clásica o tradicional, y sostienen que los aspectos discrecionales de los actos administrativos solo son revisables por cuestiones de competencia, forma o procedimiento, o cuando violan en forma manifiesta el fin de la ley. Excepcionalmente, cuando están frente a una clara arbitrariedad o irrazonabilidad y existe un perjuicio evidente, anulan el acto. Cuando no es así, recurren a la fórmula que, por tratarse de cuestiones reservadas al Poder administrador, no son revisables judicialmente.

En el ejercicio de las potestades discrecionales es preciso distinguir dos aspectos: lo concerniente al proceso de generación del acto administrativo y sus requisitos esenciales de validez, y lo que atañe a la discrecionalidad en cuanto tal, es decir, en cuanto valoración o estimativa. En realidad, no hay actos exclusivamente discrecionales, sino un poder discrecional de la Administración que se halla en mayor o menor medida en los actos administrativos, y

(26) Es el caso de un administrado a quien la Administración le otorgó una concesión para explotar una playa de estacionamiento en el dominio público, luego revocada por un acto administrativo ilegítimo. La declaración de nulidad de la revocación restituirá al concesionario en el ejercicio de derechos conferidos por un acto administrativo válido, que restablecieron su vigencia al declarar la nulidad del acto de revocación.

(27) Así, por ejemplo, en la licitación de un balneario, que culminó con la adjudicación a un particular y cuya legitimidad fue impugnada por otro, el juez podrá declarar la nulidad de la licitación y de la adjudicación, pero no podrá condenar a la Administración a adjudicarle el balneario al accionante, aun cuando demuestre que su oferta era la mejor y que le hubieran permitido ganar la licitación.

(28) En 1962 Eduardo García de Enterría publicó en el nro. 38 de la Revista de Administración Pública el conocido artículo "La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo", que como bien se ha dicho marcó un hito en la materia, sobre todo para los juristas de habla hispana. En ese estudio señaló la reducción de las inmunidades de la Administración por el control de los hechos determinantes, los conceptos jurídicos indeterminados y los principios generales del derecho.

según sea su preponderancia se les asigna ese calificativo **(29)**.

Tanto se trate de actos dictados en ejercicio de potestades regladas como de potestades discrecionales, los requisitos esenciales son los mismos, al menos eso es lo que surge de la ley y lo sostiene la doctrina **(30)**. Así como no existe norma que impida a los jueces entender en cuestiones donde se debate la legitimidad de actos administrativos dictados en ejercicio de potestades discrecionales, es difícil encontrar en la doctrina actual autores que sostengan que cuando la Administración ejerce una potestad discrecional no está obligada a respetar los requisitos esenciales de los actos administrativos.

El proceso de generación de los actos administrativos es uno, reglado por el derecho, y su incumplimiento habilita la impugnación judicial por parte de quien invoque un agravio jurídico, cualquiera que sea la naturaleza de la potestad ejercida por la Administración. Ese proceso es la mecánica contemplada por las leyes para que la justicia se realice por el derecho, como sistema. Su incumplimiento torna al acto ilegal o arbitrario.

De ahí que cuando no se han cumplido los requisitos esenciales de los actos administrativos, los jueces puedan conocer y decidir cuestiones donde se debate la legitimidad de actos dictados en ejercicio de potestades discrecionales. Solo si se cumplen esos requisitos, el acto se puede considerar como manifestación de la voluntad administrativa y no la personal del funcionario. Más aún, *cuanto mayor sea la discrecionalidad, mayor es la exigencia de motivar el acto*. Del mismo modo que las sentencias judiciales pueden ser atacadas por arbitrarias, también los actos administrativos se pueden impugnar por ese vicio. Claro está, siempre y cuando el peticionario invoque la lesión de un derecho subjetivo material.

La arbitrariedad, a veces confundida con la irrazonabilidad, es y ha sido desde mucho tiempo atrás causal de nulidad de los actos estatales, sean judiciales o administrativos. La necesidad de motivar los actos administrativos, y en especial los actos discrecionales —cuyo incumplimiento importa un vicio de arbitrariedad— fue señalada por la doctrina nacional hace más de medio siglo. Lo mismo ocurre con la irrazonabilidad **(31)**.

La ley 19.549 —que en este aspecto no hizo más que convertir en derecho objetivo lo que ya existía como principios jurídicos de nuestro ordenamiento— contiene preceptos cuya aplicación importa una fórmula por demás eficaz de interdicción de la arbitrariedad. Sin distinguir la naturaleza de las potestades que ejerce la Administración, establece los requisitos de validez de todo acto administrativo **(32)**. Por eso, aun cuando se ejerzan potestades discrecionales, el acto debe sustentarse en los hechos y antecedentes que le sirven de causa y en el derecho aplicable, debe estar motivado, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitirlo, debe cumplir con la finalidad que resulte de las normas, y las medidas que el acto involucre deben ser proporcionalmente adecuadas a su finalidad **(33)**.

---

(29) SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, "Discrecionalidad administrativa y control judicial", Tecnos, 1995, 1ª ed., p. 40 y ss.

(30) CASSAGNE, Juan C., "Ley nacional de procedimientos administrativos", La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 432.

(31) BIELSA, Rafael, "Estudios de derecho público", t. II, p. 486. Este trabajo se publicó por primera vez en 1938, en la Revista de la Facultad de Ciencias Económicas, Comerciales y Políticas de la Universidad Nacional del Litoral, serie 3ª, t. VII, ps. 5 a 18. En 1948 Bartolomé Fiorini publicó La discrecionalidad en la Administración Pública, en la cual aborda el tema. Juan Francisco Linares escribió sobre la garantía de "razonabilidad ponderativa" o del "debido proceso legal sustantivo", en la obra El debido proceso como garantía innominada en la Constitución Nacional, editada en 1944 y sobre la discrecionalidad administrativa y la arbitrariedad en la obra Poder discrecional administrativo, publicada en 1958.

(32) Estas exigencias, propias de un Estado de derecho, en muchas oportunidades no se cumplen debidamente. Es común leer dictámenes jurídicos previos al dictado de los actos, que se limitan a reproducir textos legales o piezas del expediente sin agregarle una sola ponderación de los hechos y del derecho cuestionado. La fundamentación de un acto requiere de una opinión razonada del órgano asesor y de los motivos presupuestos y determinantes del acto. Esta es una falencia bastante generalizada.

(33) La decisión de imponer una multa determinada —que es una potestad discrecional de la Adminis-

Un acto ilegal, aunque reglado, no es, por esa sola circunstancia, impugnable judicialmente. Las normas de organización administrativa pueden predeterminar la conducta a seguir por los órganos administrativos y, sin embargo, las decisiones dictadas en su consecuencia no ser revisables por la justicia, a pesar de su ilegalidad, *porque no afectan derechos o intereses protegidos por el derecho*. Los actos discrecionales o, más propiamente, los aspectos discrecionales de un acto administrativo (en todo acto siempre hay aspectos reglados) no pueden ser impugnados judicialmente en lo que respecta al mérito de la decisión, y ello es así por varios motivos, todos los cuales giran en torno de los derechos y garantías que tienen los administrados frente a la actuación del poder público **(34)**.

El ordenamiento jurídico no confiere a los administrados el derecho de debatir ante la justicia si la solución elegida es la mejor o la más conveniente. No tienen acción en lo que concierne estrictamente al mérito. Esa potestad, como todas las que ejerce el Estado, está enmarcada por el orden jurídico, ya sea en lo que se refiere al fin perseguido por la ley, a la forma del acto o a la competencia del órgano y otras que atañen a la legalidad como forma para realizar el derecho, cuya violación determinan la arbitrariedad del acto, las que se deben respetar aún en el ejercicio de potestades discrecionales **(35)**. De igual manera, el arbitrio administrativo no releva del deber que tiene todo órgano estatal de dictar actos *razonables*, de apoyarse en los presupuestos de hecho y de respetar los principios generales del derecho. Por estas causales es también posible impugnar judicialmente los actos administrativos discrecionales que adolezcan de tales vicios, violatorios del principio de legalidad (arts. 14, 16, 18, 19, 28 y 31 de la CN).

Lo dicho demuestra que el *quid* de la revisión judicial de la discrecionalidad administrativa en nuestro ordenamiento jurídico no pasa solo por el meridiano de la legalidad objetiva, por discutir si los actos dictados en ejercicio de potestades discrecionales no son revisables judicialmente por tener ese carácter. Todo lo que hace la Administración debe estar sometido al derecho. Pero, una cosa es que esté sometida al derecho y otra que todos sus actos puedan ser revisados por la Justicia. También existe un control administrativo de legalidad, y en muchas ocasiones de oportunidad, y la responsabilidad (administrativa, penal y civil) de los funcionarios cuando no se ajustan actos a la legalidad objetiva, que se ejerce con independencia de la "justiciabilidad" de los actos **(36)**. Una muestra de lo dicho la tenemos con los actos administra-

tración en lo que concierne a su gradación— se debe apoyar en los presupuestos de hecho acreditados en el expediente, no puede tener por ciertos hechos falsos, debe estar motivada, ajustarse el fin previsto por la ley, ser proporcional con la falta cometida. Si al cuestionar la multa el agraviado demuestra que los hechos tenidos en cuenta no son verdaderos, que el acto carece de motivación, que no cumple con el fin perseguido por la ley o que la sanción es desproporcionada, el juez podrá declarar la nulidad del acto, pues todos estos son vicios de legalidad, que atañen a la mecánica contemplada por las leyes para que la justicia se realice por el derecho, como sistema de legalidad.

(34) Si una ley estableciera la competencia para crear entidades autárquicas, como lo hizo la derogada Ley de Contabilidad (dec.-ley 25.354/1956) al disponer que debe ser dictada por ley, y el Poder Ejecutivo decidiera hacerlo por decreto, los administrados no estarían legitimados para impugnar ese acto, ni tampoco los que dicte el nuevo organismo creado.

(35) La Corte Suprema de Justicia sostuvo que "no existen actos reglados ni discrecionales cualitativamente diferenciables, sino únicamente actos en los que la discrecionalidad se encuentra cuantitativamente más acentuada que la regulación y a la inversa (Tribunal Supremo español, sentencia del 24 de octubre de 1962) al no poder hablarse hoy en día de dos categorías y absolutas como si se tratara de dos sectores autónomos y opuestos sino más bien de una cuestión de grados, no cabe duda que el control judicial de los actos denominados discrecionales o de pura administración encuentra su ámbito de actuación en los elementos reglados de la decisión, entre los que cabe encuadrar, esencialmente, la competencia, la forma, la causa y la finalidad del acto" (Fallos 315:1361, cons. 10°).

(36) Si un funcionario dicta un acto ilegal que agravia sólo a la Administración, ningún administrado lo podría cuestionarlo judicialmente. No obstante ello, la Administración puede revocarlo de oficio —con lo cual ejerce un control de legalidad—, así como también sancionar disciplinariamente al funcionario por la falta cometida, si constituye delito, denunciarlo para que sea juzgado por la justicia penal y si perjudica al Estado, una acción civil por resarcimiento de daños.

tivos de organización, siempre que no lesionen derechos de los administrados.

La Justicia carece de competencia para revisar el mérito de los actos administrativos. Los jueces solo tienen competencia para revisar la legalidad o, si se quiere, la legitimidad —que es un concepto más amplio **(37)**—, pero no la oportunidad y la conveniencia de las decisiones de la Administración. Estos últimos conceptos, que comúnmente son utilizados como sinónimo de discrecionalidad, se deberían subsumir en uno, el *mérito*, a veces comprensivo de la oportunidad y siempre de la conveniencia.

La oportunidad puede o no ser discrecional. Si la ley le otorga a la Administración la facultad de elegir el momento de ejercerla, será discrecional, pero no así cuando la atribución se confiere como deber jurídico. En este último supuesto, la oportunidad de actuación se debe considerar impuesta por la ley. La Administración tiene que ejercer su competencia no bien compruebe que se dan los presupuestos de su actuación.

El *mérito* de un acto administrativo, como de cualquier acto estatal, es la virtud que tiene para satisfacer el fin perseguido, el acierto de ese proceder, la adecuación al fin (Radbruch), lo que razonablemente corresponde para alcanzar el cometido de interés público, la comprobación de que lo decidido constituye un acto de buena administración **(38)**. El mérito concierne al contenido material de la decisión. El análisis del mérito es una cuestión valorativa, de estimativa jurídica, de adecuación al fin, que ejerce cada poder del Estado.

Si el mérito se confundiese con la legalidad y la justicia pudiera revisar en todos los casos la solución adoptada por la Administración, se sustituiría la discrecionalidad administrativa por la discrecionalidad judicial, lo cual, además de ser políticamente desacertado, importaría una alteración del principio de división de poderes adoptado por la Constitución Nacional **(39)**.

VIII. Actos administrativos de alcance general

Las sentencias que declaran la nulidad de reglamento normativo, en principio, solo tienen efecto entre las partes y para el caso planteado. En nuestro sistema, la declaración judicial de nulidad de un reglamento administrativo no tiene efecto *erga omnes*. Esto es lo que ocurre con la impugnación directa de los actos de alcance general y, obviamente, con la llamada impugnación indirecta, cuando la nulidad se declara ante el cuestionamiento de un acto de aplicación. El reglamento es una norma y, por consiguiente, por carácter general se entiende al mandato abstracto que contiene.

Es la regla que rige en el orden nacional, resulta de las normas vigentes y ha seguido la jurisprudencia de nuestros tribunales desde siempre. Hay algunas excepciones, que no son tales por apoyarse en una interpretación diferente de la regla expuesta, sino porque resultan de la natu-

(37) LEGAZ y LACAMBRA, "Filosofía del derecho", Bosch, Barcelona, 1961, ps. 581 y ss.

(38) Para Virga "es la correspondencia entre el contenido del acto y el resultado al cuál éste debiere tender" (Diritto Amministrativo, t. II, p. 10). Según Giannini existen dos significados de la palabra "mérito". "En un primer sentido, que es el más difundido, se corresponde completamente con la oportunidad. En un segundo sentido corresponde al contenido sustancial de la resolución, y comprende juntamente la oportunidad, valuaciones técnicas y calificaciones jurídicas aplicadas (este significado fue puesto en evidencia por AMORTH, A., "Il merito dell'atto amministrativo", Milano, 1939). En este segundo sentido, el mérito comprende no sólo la ponderación comparativa de intereses que interviene cuando se dicta la resolución (esto es, el momento final del procedimiento), sino todo el iter que va desde el momento en el cual se inicia una instancia para proveer a un interés público hasta el momento final. Actividad de mérito, en este sentido, es por lo tanto mucho más amplia que potestad discrecional" (GIANNINI, "Diritto amministrativo", t. I, p. 486).

(39) En este sentido, dice Parejo Alfonso: "El legislador, al atribuir al poder ejecutivo tareas públicas, está legitimado para conferir a dicho poder (y, de hecho, le confiere con toda normalidad) un ámbito de responsabilidad propia, sobre todo en la valoración de cuestiones técnicas y políticas, en la ponderación de intereses contradictorios y en la apreciación de evoluciones futuras: ámbito de responsabilidad propia del poder ejecutivo, en el que los Jueces no pueden sustituir el criterio de la Administración por el suyo, supuestamente mejor" (Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias, p. 31).

raleza de la pretensión articulada **(40)**. La anulación de un reglamento no es propiamente un acto jurisdiccional. En realidad, anular un reglamento con efecto *erga omnes* no es decir el derecho en un caso concreto para resolver un conflicto de intereses suscitado entre partes, *sino legislar*, en sentido material. Tanto se legisla al incorporar una norma al ordenamiento jurídico, como cuando se la declara inválida para la generalidad de los casos futuros, que equivale a derogarla. El recurso de anulación del sistema francés no es verdaderamente jurisdiccional —esto sea dicho, ateniéndonos al concepto de jurisdicción que hemos dado **(41)**, pues hay que reconocer la disparidad de criterios que existe sobre la noción de jurisdicción— sino un acto de control de sustancia normativa **(42)**.

En nuestro sistema, que es *de carácter individualista*, para promover una demanda es necesario invocar la lesión de un interés protegido por el derecho, de un derecho subjetivo. La legalidad en abstracto no es un interés protegido por el derecho; es un presupuesto que le sirve de sustento. Entre nosotros, no se puede poner en funcionamiento el aparato jurisdiccional del Estado con la finalidad exclusiva de preservar la legalidad. Así como en el orden nacional no es posible invocar como pretensión procesal la pura legalidad, tampoco los jueces tienen atribuciones para invalidar con sus sentencias reglamentos normativos, más allá de lo que concierne al caso concreto y para las partes del litigio.

El error en que a veces se incurre consiste en suponer que, en nuestro sistema, al declarar ilegal o inconstitucional un acto del Poder Ejecutivo los jueces lo invalidan, cuando en realidad lo que hacen es *declararlo inaplicable al caso concreto,* porque una norma de jerarquía superior así lo determina (art. 31 de la CN) **(43)**. La declaración judicial de nulidad no tiene por objeto lograr que desaparezcan de la Administración los actos ilegales, sino, solamente, remover un precepto —hasta ese momento legalmente obligatorio— que impide hacer lugar a la pretensión articulada **(44)**.

(40) A partir de la reforma constitucional de 1994, que establece los derechos de incidencia colectiva, esta regla se ha modificado con relación a esos derechos, como más adelante veremos.

(41) Ver: LUQUI, Roberto E., "Revisión judicial de la actividad administrativa", Astrea, Buenos Aires, 2005, t. I, ps. 17 y ss. Existen en la doctrina muchas y diferentes criterios sobre el concepto de "jurisdicción". Nos remitimos al breve pero conciso trabajo de LAMPUE, Pedro, "La noción del acto jurisdiccional", trad. de J. Toral Moreno, Jus, México, 1947, donde señala que "no hay problema en que reine mayor confusión y en que aparezcan más divergencias que el de la definición del acto jurisdiccional" (p. 7). También recordamos lo dicho por Niceto Alcalá Zamora y Castillo: "del proceso sabemos dónde está, pero no lo que es (si una relación o una situación jurídica, etcétera); de la jurisdicción conocemos lo que es, pero no dónde está (si el derecho procesal o constitucional) y de la acción ignoramos lo que es (pugna entre teorías abstractas y concretas) y dónde está (si en el campo del derecho material o en el derecho procesal)" (Proceso. Autocomposición y autodefensa, Universidad Autónoma de México, 1991, ps. 103 y ss.).

(42) Lascano, dice al respecto: "El recurso por exceso de poder no es lo que caracteriza la jurisdicción contencioso-administrativa, por más que haya contribuido en alto grado al desarrollo del derecho público moderno. Si bien constituye una facultad que puede conferirse a los tribunales ordinarios, no es de la esencia de su función especial; lo mismo podría pertenecer a la autoridad administrativa, pues incumbe a todo poder público controlarse a sí mismo y anular sus actos ilegales. En ese caso lo llamado contencioso-administrativo no es contencioso propiamente dicho, y por tanto, no es jurisdicción en su verdadera acepción" (LASCANO, David, "Jurisdicción y competencia", Guillermo Kraft, Buenos Aires, 1941, p. 126).

(43) El reglamento normativo es una ley en sentido material. Por eso le alcanzan la siguiente consideración de Bielsa: "Es creencia general que las decisiones de la Corte Suprema al declarar inconstitucional una ley debe ser acatada como norma por los otros poderes. Pero tanto los principios como la experiencia constitucional están en contra de esa creencia o interpretación. Todo fallo de la Corte Suprema que declara —como se comprende, en juicio o contienda judicial— inconstitucional una ley, solamente tiene efecto inter partes y no erga omnes, y menos aún obliga a los otros poderes que tienen, como la Corte Suprema, facultades no sólo de interpretar la Constitución y de dictar leyes en sentido material" (BIELSA, Rafael, "La protección constitucional y el recurso extraordinario", Roque Depalma, Buenos Aires, 1958, 2ª ed., p. 49).

(44) Dice Bielsa: "En nuestro sistema el tribunal judicial no extingue el acto ilegítimo si este tiene carácter de ley, aunque sea solamente en sentido material; vg. un reglamento, una ordenanza. El tribunal puede declarar ilegal el acto general; reglamento u ordenanza, lo mismo que cuando declara inconstitucional una ley, pero en ningún caso extingue la disposición erga omnes. Prácticamente el resultado puede ser el de una anulación con efectos generales o erga omnes, pues todos los que

El objeto del proceso es *la pretensión* deducida por el actor en defensa de su interés. La legalidad protege el interés, hace posible que lo disfrute su titular, pero no constituye un interés en sí misma. Prueba de ello la tenemos con una sentencia que hace lugar a la pretensión deducida por el actor, pero arbitrariamente, sin tener en cuenta que el fundamento legal articulado le da la razón, pero, por otro motivo, que no se ajusta a lo que establece el ordenamiento jurídico; en ese caso, la ilegalidad no se habría corregido, más, como se satisfizo el interés del actor, para él desapareció el agravio.

Para impugnar directamente un reglamento la ley exige que afecte o pueda afectar en forma cierta un derecho subjetivo del administrado, esto es, que se *invoque un agravio jurídico concreto*, un interés vulnerado **(45)**. Sin este requisito no se puede promover una demanda contencioso-administrativa, lo cual significa que la cuestión a resolver por el juez —la materia litigiosa— no es la legalidad del reglamento en abstracto, sino el agravio al derecho subjetivo, actual o potencial, que produce ese reglamento en la situación de hecho planteada, por ser contrario a una norma de jerarquía superior (constitucional o legal). Frente a tales presupuestos, la decisión judicial solo se podrá expedir sobre la pretensión y la excepción u oposición —que es el *thema decidendum*— en virtud del principio de congruencia, que la circunscribe al conflicto de intereses planteado, pero no a la pura legalidad, la cual no constituye en el orden nacional un interés jurídicamente protegido *en sí mismo* **(46)**.

IX. Efecto de las sentencias que anulan un reglamento

La regla vigente en el orden nacional no permite conferirle efectos *erga omnes* a las sentencias que declaran la nulidad de los reglamentos, salvo que por el contenido de la pretensión o por su naturaleza no quepa otra solución que anularlo con carácter general. No importa que el reglamento sea una legislación secundaria o un acto emanado del Poder Ejecutivo, en sentido material *es una norma*. El juez debe resolver la pretensión conforme al orden de jerarquía establecido por el art. 31 de la CN. Como explica Bielsa, "en nuestro sistema puede un tribunal declarar ilegal o inconstitucional un reglamento de ley y en tal virtud no aplicarlo, pero no puede anularlo" **(47)**.

La ley 19.549 regula la impugnación judicial de los reglamentos en dos supuestos, a) como medida preventiva y b) como defensa, en ambos casos para lograr que la Administración no lo aplique al sujeto que obtuvo una sentencia por la cual se declaró su nulidad. En el primer caso es una especie de "demanda de ilegalidad", como la demanda de inconstitucionalidad que rige en la Provincia de Buenos Aires. De ahí la similitud que existe con la acción meramente declarativa regulada por el art. 322 del Cód. Proc. Civ. y Com.

La Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado en contra del efecto *erga omnes* de los fallos judiciales, cuestión que está estrechamente vinculada con las declaraciones abstractas de derecho y con la necesidad de que exista una causa como presupuesto de la competencia judicial **(48)**. Los reglamentos son leyes en

se encuentren en esa situación podrán impugnar el acto por vía de excepción e invocarán en primer término la decisión que lo declara ilegal en un caso, pero no porque esa decisión tenga autoridad de cosa juzgada, sino como antecedente" (BIELSA, Rafael, "Sobre lo contencioso-administrativo", p. 278).

(45) Art. 24 de la ley 19.549.

(46) Aunque referido al derecho de los Estados Unidos de Norteamérica, que en este aspecto es prácticamente igual al régimen nacional, dice Tocqueville: "La segunda característica del poder judicial es la de pronunciarse sobre casos particulares y no sobre principios generales. Cuando decide una cuestión particular, destruye el principio general por la certidumbre que tiene sobre él. Siendo cada una de las consecuencias de dichos principios abordadas de la misma forma, el principio se hace estéril y permanece en su círculo natural de acción. Pero si el juez ataca directamente el principio general y lo destruye sin tener en cuenta un caso particular, sale de la esfera en la que todos los pueblos están de acuerdo en mantenerlo. Se transforma en algo más importante todavía y más útil quizá que un magistrado, pero cesa de representar al poder judicial" y, más adelante agrega: "No juzga la ley, sino que tiene que juzgar un proceso y no puede abstenerse de juzgarlo" (TONQUEVILLE, Alexis, "La democracia en América", trad. de CUELLAR, Luis, Fondo de Cultura Económica, México, 1956, ps. 91 y 94).

(47) BIELSA, "Sobre lo contencioso-administrativo", ps. 45 y 278.

(48) Dice González: "Aplicar la ley es el objeto del Poder Judicial, es decir, conocer y decidir todas las causas que se produzcan con motivo de hechos regidos por la Constitución y las leyes. Significa que no puede tomar

sentido material, normas jurídicas, previstos expresamente por la Constitución Nacional, sean autónomos, de ejecución, delegados o de necesidad y urgencia (art. 99, incs. 1, 2 y 3), por cuyo motivo corresponde darles en este aspecto igual tratamiento que a las leyes, cuando son objeto de una decisión jurisdiccional. Solo se diferencian por el orden de jerarquía normativa. Como nuestros tribunales no pueden enjuiciar las leyes en abstracto, tampoco pueden hacerlo con los reglamentos, aunque sean dictados por el Poder Ejecutivo o por organismos descentralizados. En cuanto normas, su juzgamiento solo puede ser hecho en una causa o pleito, en la medida de la pretensión articulada y para el caso concreto sometido a conocimiento y decisión.

Distinto es cuando la pretensión impugnatoria solo se puede satisfacer si se declara la nulidad del reglamento en forma general. En ese caso la sentencia necesariamente deberá tener efecto *erga omnes*, pero, no por haber sido cuestionada como regla abstracta, sino porque es la única forma de proteger el interés del agraviado. El juez solo puede disponer el efecto *erga omnes* de la sentencia cuando por la naturaleza de la pretensión esa es la forma de satisfacerla, o cuando se trata de derechos de incidencia colectiva. Un ejemplo sería el dictado de un reglamento para la elección autoridades en una universidad nacional, donde se disponga que para poder elegir y ser elegido sea imprescindible cumplir determinados requisitos ilegales o manifiestamente irrazonables. La elección no es un acto divisible, sino un procedimiento complejo, en el cual intervienen electores y elegidos. No basta para asegurar el derecho de un elector que la justicia lo habilite para votar, si, al mismo tiempo, no puede elegir al candidato que quiere **(49)**. Son casos que encuadran en el supuesto del art. 24, inc. b de la ley 19.549, porque el agravio deriva de un acto de aplicación, de una conducta seguida por la Administración, y no en una regla abstracta y general de derecho **(50)**.

Ocurre lo mismo cuando la naturaleza del derecho controvertido solo admite una solución que tenga efecto general **(51)**. Otro ejemplo se da en los llamados derechos de incidencia colectiva, en los cuales el efecto general del fallo *es la consecuencia necesaria de la decisión jurisdiccional*. La naturaleza de estos derechos determina ese efecto en los fallos judiciales. Claro está que el efecto *erga omnes* solo sería procedente si la justicia declara la nulidad del reglamento, pero no si rechaza la pretensión, pues sería impugnable por quienes no fueron parte en el proceso.

La opinión de los autores nacionales sobre este tema no es uniforme **(52)**. Las razones aducidas para sostener el efecto *erga omnes* de las sentencias que anulan un reglamento son varias. Se sostiene que no altera el principio de separación de los poderes, que no es violato-

por sí una ley o una cláusula constitucional e interpretarlas en teoría, sin un caso judicial que provoque su aplicación estricta. No pueden, pues, los jueces de la Corte y demás inferiores, hacer declaraciones generales ni contestar a consultas sobre el sentido o validez de las leyes; su facultad para explicarlas e interpretarlas se ejerce sólo aplicándolas a las cuestiones que se susciten o se traen entre ellos por las partes, para asegurar el ejercicio de los derechos o el cumplimiento de sus obligaciones" (GONZÁLEZ, Joaquín V., "Manual de la Constitución Argentina", Ángel Estrada, Buenos Aires, 1959, 25ª ed., ps. 589 y s. Ver Fallos 321:1252 y jurisprudencia citada. Ver también jurisprudencia citada por MAIRAL, Héctor, "Los efectos de la sentencia que acoge la impugnación de un reglamento", RDA, nro. 2, p. 253 y ss.

(49) La Corte Suprema ha declarado que cuando la naturaleza de la pretensión invocada impide, fáctica o jurídicamente, restringir el alcance de lo decidido a las partes intervinientes en el juicio, dicha regla debe ceder. De otro modo, la tutela de derechos no podría hacerse efectiva y se vulneraría el principio del que ha nacido la acción de amparo (conf. Fallos 322:3008 disidencia del Juez Petracchi)" Fallos 322:111.

(50) Por eso, algunos ejemplos que da Gordillo para señalar la tendencia actual que existe en algunos tribunales de conferirle efecto erga omnes a las sentencias anulatorias de actos de alcance general, están referidas a situaciones como la descripta y no a la impugnación de los reglamentos como reglas abstractas y generales de conducta (GORDILLO, Agustín, "Tratado de derecho administrativo", Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1998-2000, t. 3, IV-15).

(51) Así, por ejemplo, si un sujeto impugna la legalidad de un reglamento de urbanismo, porque permite la construcción de edificios en altura en una zona residencial, la sentencia que declare su nulidad no puede tener sino efecto general.

(52) Ver: CASSAGNE, Juan C., "Ley nacional de procedimientos administrativos", ob. cit., ps. 435 y ss.

rio del art. 116 de la CN en cuanto se refiere a "causas", que el efecto general evita la reiteración de pronunciamientos y se apoya en la garantía de igualdad ante la ley. También se cita el precedente de Fallos 319:3148, que fue un caso atípico, en el cual los efectos de la sentencia no podían tener solo alcance particular, por la naturaleza de la cuestión debatida **(53)**.

El concepto de *causa*, que es sinónimo a pleito, juicio, presupone necesariamente la existencia de un *proceso previo* a la sentencia, en el cual la "materia prima" es la pretensión procesal administrativa deducida por el actor. *No hay sentencia sin un proceso previo*, aunque el vencido se allane o no presente oposición. Se deben dar los pasos del proceso, aunque exista preclusión.

El art. 18 de la CN establece *la inviolabilidad de la defensa en juicio*, regla esencial en un Estado de derecho, en el cual no tiene cabida la hipótesis de que quien fue ajeno a un juicio pueda ser alcanzado con una sentencia que se dictó en otro juicio, sin que haya tenido oportunidad de ejercer el derecho de defensa.

No se viola el principio de igualdad ante la ley por el hecho de que una sentencia anulatoria de un reglamento permita que este se aplique a los administrados que no lo impugnaron. Si así fuera, las sentencias firmes que declaran la inconstitucionalidad de una norma deberían producir su abrogación y, como es sabido, en nuestro sistema, si bien los jueces deben respetar los fallos de la Corte Suprema de Justicia, se pueden apartar de ellos dando razones serias que avalen su decisión **(54)**. En esto nuestro sistema jurídico se diferencia del de los Estados Unidos de Norteamérica, donde rige el denominado *stare decisis*, que se apoya fundamentalmente en el principio de igualdad.

La anulación de un reglamento dictada por la Corte Suprema de Justicia, que ponga fin a un litigio donde el Estado ejerció su derecho de defensa a través de todas las instancias y que se halle consentida, será un antecedente de valor indiscutible y servirá como presupuesto para los juicios en los cuales se discuta el tema de que se trate. Inclusive, puede servir para sustenta una medida precautoria, pero, no tiene efecto *erga omnes*. En un país respetuoso de las instituciones, lo que corresponde en ese caso es que la Administración derogue el reglamento declarado ilegal.

X. Los nuevos derechos y sus efectos en el sistema jurídico político de revisión judicial

A partir de la reforma constitucional de 1994 se incorporaron nuevos derechos que, en determinados supuestos, modifican el sistema de revisión jurisdiccional de la actividad administrativa. A la luz de esta reforma pasaron a te-

(53) En ese fallo la Corte Suprema de Justicia resolvió un conflicto suscitado entre el Consejo Directivo de la Facultad de Medicina y el Consejo Superior de la Universidad de Buenos Aires, relativo a la competencia para reglamentar el ingreso a la facultad referida. Mientras la Universidad exigía como requisito para ingresar a cualquiera de las facultades que los aspirantes hayan aprobado el denominado "Ciclo Básico", la Facultad estableció un "curso preuniversitario de ingreso", pues sostenía que le correspondía esa atribución. La mayoría de los aspirantes siguieron el curso cuya aprobación requería la Facultad y se generó el problema de determinar cuál de los dos cursos se debían aprobar para ingresar a la Facultad de Medicina. El Consejo Superior de la Universidad dejó sin efecto la resolución de la Facultad, por la cual creó el "curso preuniversitario de ingreso", no obstante la situación de los aspirantes que lo habían aprobado. Analía M. Monges, que se hallaba en esa situación, impugnó ante justicia la resolución del Consejo Superior de la Universidad, y la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso administrativo Federal declaró su nulidad. Contra esta sentencia recurrió la Universidad de Buenos Aires, por vía extraordinaria, y la Corte Suprema de Justicia, luego de analizar la "autonomía universitaria" —especie de cuestión "mitológica" de nuestro derecho administrativo, utilizada la mayoría de las veces con finalidades políticas— resolvió confirmar el fallo de Cámara, pues consideró que la delegación hecha por la ley en esa materia a las facultades era constitucional, pero aclaró su alcance temporal, a fin de que la sentencia rija para el fututo. Señaló que una sentencia donde se resolvió cuál de los dos cursos de ingreso era válido, no podía circunscribir sus efectos a la pretensión deducida por la parte actora. Más aun, por un principio elemental de orden y de seguridad jurídica, debía contemplar, como lo hizo, la situación de los varios miles de aspirantes, cuya suerte dependía de lo que resolviera la Corte Suprema. Este fue un caso.

(54) Los jueces se pueden apartar de la solución dada por la Corte en fallos análogos, cuando a su juicio, expresado con fundamentos serios, sostengan la inconveniencia o inaplicabilidad del criterio adoptado (Fallos 262:1101; 304:898 y 1459; 307:1094 y 2124; 321: 2007; 316:221; 318:2060; 319:699; 321:2294 262:1101; 302:748; 307:2124; 312:2207; 321:3201, entre otros).

ner sustento normativo intereses jurídicamente protegidos alguno de los cuales ya habían sido reconocidos por nuestro alto tribunal, tales como los derechos de incidencia colectiva, los intereses difusos, los intereses de grupo **(55)**, así como también a las acciones de clase, los procesos colectivos, y al efecto *erga omnes* de las sentencias que se dicten con referencia a esos derechos. Después, se agregaron los llamados "intereses individuales homogéneos" **(56)**.

La influencia de autores extranjeros —que escribieron para otros sistemas y para otra realidad, cierta doctrina nacional que considera que la Justicia debe controlar la legalidad objetiva, la creencia de que por ese medio se contribuye a lograr una mejor Administración, y la aparición de nuevas categorías de intereses protegidos por el derecho, son las principales fuentes de esas ideas **(57)**. En los arts. 41 a 43 de la CN —donde predominan las cláusulas programáticas— quedaron incorporados a nuestra ley fundamental los derechos: a) a un ambiente sano, equilibrado y apto para el desarrollo humano, presente y futuro; b) a la utilización racional de los recursos naturales; c) a la preservación del patrimonio cultural; d) a la diversidad biológica, y e) a la información y a la educación ambientales (art. 41). Respecto de los usuarios y consumidores, el derecho, a) la protección de la salud, seguridad e intereses económicos; b) a una información adecuada y veraz, a la libertad de elección, y a un trato equitativo y digno; c) a la educación para el consumo; d) a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados; e) al control de los monopolios naturales y legales; f) a la calidad y eficacia de los servicios públicos; g) a constituir asociaciones de consumidores y de usuarios, y h) a la participación de las asociaciones de consumidores y usuarios en los organismos de control (art. 42). Por último, el art. 43 permite interponer acción de amparo contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a la protección del ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los demás derechos de incidencia colectiva en general, al afectado, al defensor del pueblo y a las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de organización.

De esta manera se incorporaron a nuestra Ley Fundamental —que antes fue un modelo de coherencia— preceptos cuya aplicación depende de circunstancias de diversa índole y no solo de las normas jurídicas que se dicten. Esto es así, porque, como vimos, más que derechos son en su mayoría *cláusulas programáticas*, expresiones de deseo para un buen gobierno y una sociedad feliz, los cuales, para ser operativas requieren del dictado de leyes que los reglamenten.

(55) Bujosa Vedell pone en relieve la variada terminología utilizada por la doctrina y cita como ejemplos: "intereses de grupo, intereses colectivos, intereses difusos, intereses sociales, intereses de serie, intereses de sector, intereses de categoría, intereses difundidos o propagados, intereses profesionales, intereses fragmentarios, intereses sin estructura, intereses sin dueño o anónimos, intereses supraindividuales, intereses de clase, intereses dispersos, etc." (BUJOSA VEDELL, Lorenzo, "La protección jurisdiccional de los intereses de grupo", Bosch, Barcelona 1955, p. 59 y ss.)

(56) Uno de los fallos más "avanzados" que dictó la Corte Suprema de Justicia en esta materia fue votado por mayoría (Fallos 321:111). Con posterioridad otros pronunciamientos muestran que se estaría revirtiendo la tendencia (CSJN, "Thomas, Enrique c. ENA s/ amparo", sentencia del 15 de octubre de 2010; "Asociación por los Derechos Civiles (ADC) c. Estado Nacional - ley 26.124 s/ amparo," sentencia del 3 de agosto de 2019).

(57) También tienen su origen en algunos tratados internacionales (especialmente de países latinoamericanos) o en la doctrina que se generó como consecuencia de estos, o en obras escritas por autores italianos, país en el cual rigió durante varios lustros el corporativismo fascista, y todos sabemos que cuando se han vivido muchos años en un régimen totalitario que impone una doctrina oficial, algún resabio queda en la mente de los individuos, como el aire que se respira inconscientemente en una atmósfera contaminada. Además, influyó la doctrina brasileña, que desde bastante tiempo atrás tienen la acción popular. No son teorías que se generaron espontáneamente en nuestro país. Si bien existían entre nosotros algunos antecedentes legales y jurisprudenciales, a partir de la reforma constitucional de 1994 esas ideas pasaron a formar parte de nuestra ley fundamental, con bastante poca fortuna, pues están redactadas en forma por demás impropia, confusa y deficiente, que generaron más problemas que soluciones. Entre nosotros, una de las primeras normas en las cuales que reconoce este tipo de legitimación es la ley 24.240, que confiere a los consumidores y usuarios el derecho a iniciar acciones judiciales cuando sus intereses resulten afectados o amenazados. También confiere legitimación a las asociaciones de consumidores, dispone la intervención obligada del Ministerio Público, entre otras cosas.

La generalidad e imprecisión con que están redactados estos nuevos derechos permite prever hipótesis infinitas de aplicación y un número similar de casos en los cuales se podría invocar la existencia de un agravio. Más aún, de muchos de ellos ni siquiera se puede saber a ciencia cierta en qué consisten o qué quisieron expresar los constituyentes cuando dictaron la reforma. Además, en la mayoría de los supuestos, para que estos derechos puedan hacerse efectivos es necesario que se den determinadas condiciones políticas o económicas, que la Justicia no maneja. La prueba más evidente de esta afirmación está dada por los hechos, que en la actualidad demuestran que son meras declaraciones.

En nuestro sistema jurídico político todos los derechos pueden ser reglamentados por ley, mientras las normas que los reglamentan no alteren su ejercicio. Es lo que disponen los arts. 14 y 28 de la CN. Resulta absurdo que los individuos gocen de los derechos allí indicados "conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio" —no obstante ser derechos fundamentales— y se pretenda que los enumerados en los arts. 14 bis, 41, 42 y 43 sean directamente operativos, pese al carácter programático de estas normas y a la generalidad e imprecisión con que están redactadas. Por eso, dejar en manos de los jueces la facultad de decidir cuál es la forma de poner en ejecución esos mandatos, cometidos y derechos tan imprecisos implica en gran medida, reglamentarlos, y convertir a los jueces en legisladores.

La potestad de reglamentar los derechos es una atribución del Poder Legislativo y no del Poder Judicial. Al resolver un pleito los jueces pueden aplicar normas no reglamentadas y reconocer la existencia de derechos subjetivos, *siempre que se trate de derechos fundamentales o cuando las proposiciones jurídicas surgen claramente de las normas*. Pero, si las hipótesis de ejercicio de un derecho son indeterminadas en un grado tal que no permiten extraer de la norma constitucional supuestos objetivos de aplicación, que reúnan las características de generalidad y abstracción y se correspondan con todo el orden jurídico, no se puede considerar como una norma vigente, sino como un mandato constitucional para que el Poder Legislativo dicte las leyes que correspondan a fin de ejecutar esos mandatos **(58)**.

Es verdad que la aplicación del derecho por el juez presupone siempre una interpretación de la ley con relación a los hechos de la causa, ya sea por la elección de la norma o por el sentido que se le debe dar o por el modo en que ha de aplicarse al caso litigioso. También es cierto que la interpretación que el juez hace de la ley es, en alguna manera, creación de derecho (norma particular) por su función integradora del orden jurídico. Pero, reglamentar una cláusula constitucional para darle sustento a las normas que se dicten a fin de ponerla en ejecución, no es lo mismo que interpretarla. La reglamentación de los derechos es creación de normas, mientras que la sentencia es interpretación y aplicación de la ley, nunca es legislación, porque no crea reglas abstractas de derecho. Como dice Coing, "el juez tiene la tarea de formar derecho por corrección" **(59)**, cuando está ante un caso no previsto por la ley y debe resolverlo para no incurrir en denegación de justicia. En nuestro sistema los jueces son de legalidad, no de equidad.

XI. La ampliación de la legitimación

El reconocimiento de nuevos derechos ha traído como consecuencia la ampliación del espectro de los intereses jurídicamente prote-

(58) Como dice Tomás Ramón Fernández, para referirse a derechos económicos y sociales reconocidos en la Constitución española, iguales a los incorporados en nuestra ley fundamental con la reforma de 1994: "Los derechos económicos y sociales, en cuanto derechos de prestación, no están construidos como derechos subjetivos en sentido propio, a diferencia de lo que ocurre con las libertades públicas, cuyo contenidos se agota, en principio, en su propia afirmación y consiguiente rechazo de toda injerencia de las autoridades gubernativas. Para alcanzar el carácter de verdaderos derechos necesitan un tratamiento complementario por parte del legislador ordinario, que es quien ha de precisar el contenido de estos cuyo disfrute corresponda a los ciudadanos individualmente considerados o a grupos determinados de ellos concretamente definidos" (FERNÁNDEZ, Tomás R., "Juzgar a la Administración contribuye también a administrar mejor", Revista Española de Derecho Administrativo nro. 76, año 1992).

(59) COING, Helmut, "Fundamentos de Filosofía del derecho", trad. esp. de MAURI, J. M., Asde, Río Cuarto, Córdoba, 1995, p. 259.

gidos. Ante una mayor amplitud de estos intereses se ha ampliado también el de los sujetos legitimados, ya que la legitimación activa es la facultad para estar en juicio como actor, y para ello es preciso invocar la lesión de un interés protegido por el derecho objetivo. El corolario de este esquema es que ante el incremento de los sujetos que pueden accionar por considerarse afectados en nuevos derechos, los jueces tengan mayores atribuciones de las que tenían cuando solo estaban protegidos judicialmente los derechos subjetivos.

La inoperancia demostrada por la Administración en los últimos decenios para solucionar problemas de nuestra sociedad que siempre fueron considerados de competencia estatal se puede entender como un justificativo de estas nuevas tendencias. Tanta fue la despreocupación del Estado por proteger el interés público, que se justificó transferir a los individuos medios jurídicos que los habilite a ejercer su defensa.

Nuestro sistema jurídico político se basó en la idea de proteger al individuo en cuanto tal. De ahí que invocar la lesión de un derecho subjetivo siempre se haya considerado como el presupuesto de la acción judicial. No se consideró suficiente para poner en funcionamiento el aparato jurisdiccional del Estado a los actos u omisiones que afectan al individuo en cuanto integrante de la sociedad, aun cuando la lesión del interés público afecte de manera indirecta el interés individual.

Tradicionalmente el ámbito del interés público fue de competencia administrativa, pues es responsabilidad del Estado tutelarlo. Los problemas se presentan cuando la lesión del interés público produce un agravio indirecto a un sujeto, pero de magnitud, y la Administración no actúa o procede de manera arbitraria o manifiestamente irrazonable, en cuyo caso resulta justificado atribuir a los individuos la posibilidad de accionar judicialmente.

La protección de la salud pública, la seguridad, la defensa de la competencia, al control de los monopolios, la prestación eficiente de los servicios públicos, la defensa del consumidor y del usuario, la protección del ambiente, siempre fueron asuntos concernientes a la Administración. Para resguardarlos el Estado tiene facultades propias de policía y también existe la acción pública para protegerlos. Pero, en lugar de ocuparse en hallar una fórmula que mejore la Administración para que cumpla con sus funciones eficientemente, los constituyentes de 1994 decidieron ocuparse de institucionalizar un régimen de legitimación difusa, no exento de contenido demagógico. Optaron por atribuirle legitimación al afectado, a las asociaciones y al defensor del pueblo para que puedan accionar ante la Justicia y sean los jueces los que le ordenen a la Administración lo que tiene que hacer **(60)**. Todo ello, redactado en forma por demás confusa, imprecisa y deficiente, que ha generado más conflictos que soluciones. En suma: en vez de atacar la causa de los males, pusieron la mira en remediar los hechos consumados.

Por estas innovaciones hoy tenemos sentencias que han impedido a la Administración ejecutar obras de innegable interés para la comunidad, otras que obligan al Estado a suministrarles viviendas a indigentes (sin saber de dónde se sacan los fondos para ese fin) **(61)**, o que lo conminan a modificar contratos administrativos porque un individuo aduce una lesión hipotética y potencial del secreto profesional, para dar solo unos ejemplos. Frente a estos casos cabe preguntarnos: en nuestro país, ¿quién administra?, ¿los administrados, las asociaciones, los jueces o la Administración?

Distinto es el caso de una acción promovida por un individuo a título propio que genera una sentencia cuyos efectos benefician a terceros

(60) La inoperancia de estos nuevos funcionarios para defender los derechos de incidencia colectiva y otros similares se puede comprobar con los resultados que hasta hoy muestran los hechos. En lo que respecta a las asociaciones también se puede comprobar que en muchos casos actúan en defensa de intereses sectoriales o profesionales.

(61) Esta es otra incorporación de derechos hecha con una finalidad demagógica, de la cual no estuvieron exentos los constituyentes de 1994, y que demuestra la improvisación con se actuó. En un país que tiene un 50% de pobres, más del 10% de indigentes, un 70% de hogares sin cloacas y otro tanto sin agua corriente, centenares de asentamientos urbanos irregulares con viviendas precarias (villas de emergencia), sin pavimentos ni servicios públicos, reconocer un "derecho a la vivienda digna" resulta una ironía.

que no intervinieron en el pleito, porque es una consecuencia de la naturaleza de la pretensión o la forma de satisfacerla **(62)**. Este es el criterio que debería seguir la legislación para ajustarse a los principios y reglas de nuestro ordenamiento jurídico, que atribuye a los jueces competencia para entender en "causas" y resolver las pretensiones y defensas que formulen las partes, ante el agravio a un derecho subjetivo.

En los casos en que la acción u omisión de la Administración agravie a una pluralidad de sujetos o que lesionen el interés público, y por carácter transitivo también a un interés particular de manera directa e inmediata, la cuestión no presenta mayores problemas, pues bastará con que el fallo resuelva la pretensión del actor para reparar los derechos vulnerados.

El tema presenta ribetes más complejos cuando se cuestiona a la Administración por no cumplir con sus funciones o con un deber de prestación, pues, en ese caso la Justicia debe conminarla a que ejecute una acción, y en muchas ocasiones esa condena implicaría sustituir la voluntad administrativa por la decisión judicial. En tales casos, ¿está capacitada la justicia para impartir instrucciones técnicas?, ¿puede entender en la oportunidad y conveniencia de la acción administrativa?, ¿tiene competencia para ordenar acciones que impliquen erogaciones no contempladas por la ley de presupuesto? Una prueba de lo dicho la tenemos en el caso "Mendoza", donde la Corte Suprema de Justicia se erigió en legislador y en administrador, con poca fortuna. Todas estas son consideraciones que se deberían formular quienes propician alegremente ampliar la competencia judicial para que ejerza un control objetivo de la Administración.

Otra innovación que comenzó en algunas regulaciones aplicables a la concesión de servicios públicos y pasó a integrar el procedimiento judicial es el de las audiencias públicas, que en los últimos años la adoptó la Corte Suprema de Justicia de la Nación para asuntos de una gran repercusión pública. En realidad, se trata de un procedimiento inocuo, porque no tienen carácter vinculante, a veces inconveniente, porque puede constituir un elemento de presión psicológica para los jueces que deben resolver el caso. Solo se podría apoyar en el principio de publicidad de los actos estatales —que se cumple con la publicación de los fallos—, pero no como forma para lograr consenso en las decisiones judiciales, una especie de asamblea popular que está reñida con nuestro sistema de organización de justicia y con nuestro sistema de gobierno. Los jueces deben resolver las causas por lo que ellos consideren que es el derecho aplicable a los hechos de la causa, y no por lo que opinen los participantes de esas audiencias.

También se instaló la idea de instaurar en nuestro país las llamadas acciones de clase —propias del derecho norteamericano— como lo pretende alguna doctrina y lo ha sostenido recientemente la Corte Suprema de Justicia, que resulta desacertada, por varias razones. En primer lugar, en el sistema norteamericano los precedentes jurisprudenciales obligan a los jueces a fallar las causas de la misma forma que lo resuelto en casos anteriores o por tribunales superiores de la misma jurisdicción (*stare decisis*), mientras que en el nuestro la jurisprudencia es una fuente indirecta de derecho, que no está mencionada en el Cód. Civ. y Com. (art. 2°). Ni siquiera los fallos de la Corte Suprema de Justicia son obligatorios y los jueces se pueden apartar de ellos con fundamentos **(63)**. De ahí que, contrariamente a lo que sostuvo nuestro alto tribunal en el caso "Halabi" **(64)** nada obsta a que existan sentencias contradictorias. Por el contrario, un fallo posterior puede modificar otro anterior porque el juez considere que el otro no se ajustaba a derecho. Una de las características de la función jurisdiccional es, precisamente, actuar sin sujeción jerárquica (Kelsen). La solución de nuestro sistema cuando existe una

(62) Son muchos los ejemplos que se pueden dar. El propietario de una finca lindera a un río en el cual un establecimiento industrial desagota líquidos contaminantes promueve una demanda porque las denuncias que formuló ante la autoridad administrativo no resolvieron el problema. La sentencia que condene al establecimiento a instalar una planta potabilizadora o que decreta su clausura, beneficiará a los restantes linderos al río que no fueron parte en el juicio.

(63) Fallos 262:1101; 304:898 y 1459; 307:1094 y 2124; 321:2007; 316:221; 318:2060; 319:699; 321:2294 262:1101; 302:748; 307:2124; 312:2207; 321:3201, entre otros.

(64) Fallos 332:111.

pluralidad de causas y sentencias contradictorias está en los fallos plenarios, y si se trata de causas de distintas jurisdicciones, cada provincia está facultada para sus jueces apliquen las leyes como consideren jurídicamente justo (art. 75, inc. 12).

Además, la idiosincrasia de nuestro pueblo, la conducta de muchos abogados que lamentablemente no respetan reglas elementales de ética, la ineficacia de los colegios profesionales, la excesiva injerencia de la política en el nombramiento de los jueces, son todos elementos que se debe tener en cuenta a la hora de analizar la oportunidad y conveniencia de trasplantar instituciones que en otros países funcionan razonablemente bien **(65)**.

(65) Como es sabido, en Francia la Administración activa es juzgada por el Consejo de Estado, institución centenaria que ha forjado con sus sentencias muchas instituciones del derecho administrativo. Los jueces de ese cuerpo son seleccionados entre los alumnos que egresan con las mayores calificaciones de la Escuela de Administración. No tienen estabilidad, pero, salvo en el gobierno de Vichy, nunca se removió consejero por razones políticas y han sido promovidos por rigurosa antigüedad. En nuestro país, desde el ignominioso juicio político promovido contra los jueces de la Corte Suprema de Justicia en 1947, los miembros de este alto tribunal se cambiaron, por razones políticas, en nueve oportunidades. Así nos va.

Las medidas precautorias en el derecho disciplinario

Especial referencia a la Ley Nacional de Empleo Público y el Régimen de Investigaciones Administrativas aprobado por dec. 467/1999

Fernando Gabriel Comadira (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Las medidas preventivas como poder inherente a la función administrativa.— III. Naturaleza jurídica de las medidas preventivas.— IV. Finalidad de las medidas preventivas.— V. Caracteres de las medidas preventivas en el marco de un procedimiento administrativo disciplinario.— VI. Naturaleza jurídica del acto que dispone una medida preventiva. Requisitos e impugnabilidad.— VII. Clases de medidas preventivas.— VIII. Vigencia temporal de las medidas preventivas en el marco de la LMREP y normativa infralegal.— IX. ¿Es posible adoptar medidas preventivas al momento de ordenarse la instrucción del sumario administrativo?— X. Conclusiones.

I. Introducción

La responsabilidad disciplinaria ha sido definida por el profesor Comadira como "el sistema de consecuencias jurídicas de índole sancionatorio represivo que, aplicable por la propia Administración pública en ejercicio de poderes inherentes, el ordenamiento jurídico imputa, en el plano de la relación de función o empleo público, a las conductas de agentes o ex agentes estatales violatorias de deberes o prohibiciones exigibles, o impuestos, respectivamente, por normas reguladoras de aquella relación con el fin de asegurar, con inmediatez, el adecuado funcionamiento de la Administración pública" **(1)**.

(*) Abogado (UCA). Diplomado en Contrato Administrativo de Obra Pública (FECIC). Magíster en Derecho Administrativo (Universidad Austral, medalla de oro al mejor promedio y medalla por mejor tesis de Dogmática Jurídica). Doctor en Derecho (Universidad Austral, Magna Cume Laude). Profesor de grado y posgrado (diplomaturas, especializaciones y maestrías) en universidades públicas y privadas; expositor en congresos nacionales e internacionales; autor de diversos artículos y un libro sobre la materia.

(1) COMADIRA, Julio Rodolfo, "La responsabilidad disciplinaria del funcionario público", en AA.VV. Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Editorial Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2001, p. 689 y ss., especialmente p. 590, reproducido luego en Derecho Administrativo. Acto Administrativo. Procedimiento Administrativo. Otros Estudios, 2ª ed. actualizada y ampliada, Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2003, p. 561 y ss. y, más recientemente, en COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (coord., colab. y actualizador), Curso de Derecho Administrativo, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012, t. 2, p. 1048.— También adoptaron aquella definición, entre otros: CANDA, Fabián O., "La responsabilidad de los funcionarios públicos", en COMADIRA, Julio Pablo e IVANEGA, Miriam Mabel (coords.), Derecho Administrativo. Libro en homenaje al Profesor Doctor Julio Rodolfo Comadira, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2009, ps. 1212/1213; LAGARDE, Fernando M., "Responsabilidad de los funcionarios públicos en la contratación administrativa",

Independientemente de las diversas cuestiones que surgen de la referida definición y cuyo estudio, por cierto, exceder al objeto de este trabajo **(2)**, en esta ocasión solo hemos de señalar que el fundamento y el bien jurídico tutelado por el derecho disciplinario, tal como puede apreciarse del concepto recién enunciado y lo ha precisado la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, CSJN), es "el debido funcionamiento de los servicios administrativos" y, para que se vea conculcado, será necesario que el agente "cometa una falta de servicio, transgrediendo reglas propias de la función pública" **(3)**.

Marienhoff sostiene que el objeto de la responsabilidad disciplinaria es sancionar conductas que lesionan el buen funcionamiento de la Administración pública y que se originan por una inobservancia de los deberes inherentes a la calidad de agente público **(4)**.

Así, se afirma que la falta administrativa se configura con aquel incumplimiento y constituye el presupuesto de la sanción disciplinaria **(5)**.

Indudablemente el fundamento y fin de la responsabilidad disciplinaria radica en la necesidad de asegurar el adecuado funcionamiento de la Administración pública, lo que no solo se logra con su *función represiva*, sino, también, con su *finalidad preventiva*.

En efecto, la *función represiva* de la sanción disciplinaria opera como retribución jurídica a la ofensa inferida por el infractor a su deber de no violar los deberes y prohibiciones funcionales y, por su parte, la *finalidad preventiva* busca prevenir o evitar que los agentes incumplan sus deberes (o quebrante las prohibiciones), motivo por el cual no pueden considerarse ajenos a los fines de la sanción disciplinaria la prevención general, pues ella sin duda alguna afirma frente a todos los funcionarios la seriedad de la amenaza normativa y, en especial, porque tiende a prevenir la repetición de las faltas por el infractor **(6)**.

Por ello, con la finalidad de la responsabilidad disciplinaria, además de asegurarse con inmediatez el adecuado funcionamiento de la Administración pública, se busca dar cuenta a la sociedad y al resto de la Administración el juicio que mereció la conducta de quienes le sirven o han servido para la consecución del interés público, sino que, además, se previene y disuade que el resto de los agentes violen sus deberes o quebranten las prohibiciones.

---

en AA.VV. Cuestiones de Contratos Administrativos en Homenaje a Julio Rodolfo Comadira, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, RAP, Buenos Aires, 2007, p. 711, entre otros. Por nuestra parte, también hemos adherido al referido concepto en: COMADIRA, Fernando G., "Actividad jurídica y no jurídica de la Administración. Hechos, actos administrativos y otros actos de la Administración", REDA 135-92 y ss.

(2) La cuestión puede ampliarse en: COMADIRA, Fernando G., "Derecho Administrativo Disciplinario", Cáthedra, 2022, Capítulo II, en prensa.

(3) CSJN, "Tramite personal - denuncia - Aires Jorge Carlos s/ denuncia contra oficial notificador", 20/06/1996, Fallos 319:1034; CSJN, "Krawiecki, Jorge C.", 31/03/1987, Fallos 310:738; CSJN, "Ginalli, Oscar", 12/08/1986, Fallos 308:1023, entre muchos otros.

(4) MARIENHOFF, Miguel S., "Tratado de derecho administrativo", Ed. Abeledo-Perrot, 4ª ed. actualizada, 1ª reimpresión, Buenos Aires, 1998, t. III-B, p. 375.

(5) BARÓ, Daisy L., "La relación de Empleo Público", Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1982, p. 49; REPETTO, Alfredo L., "Procedimiento administrativo disciplinario. El sumario", 3ª ed. ampliada y actualizada, Cáthedra Jurídica, Buenos Aires, 2019, p. 4.

(6) COMADIRA, Julio Rodolfo, "La responsabilidad disciplinaria del funcionario público", ob. cit., p. 590, reproducido luego en Derecho Administrativo..., ob. cit., p. 563 y, más recientemente, en COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (coordinador, colaborador y actualizador), Curso..., t. 2, p. 1049. Entre quienes han señalado que la finalidad de las sanciones disciplinarias también es preventiva están: Canda, Fabián O., "El régimen disciplinario de los empleados públicos (bases constitucionales y su aplicación bajo la Ley Marco de Regulación del Empleo Público y el Reglamento de Investigaciones Administrativas)", EDA 2003-563, especialmente punto 4.1.; García Pullés, Fernando R., "Régimen de Empleo Público en la Administración Nacional", 3ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2016, p. 411; Repetto, Alfredo L., "Procedimiento administrativo disciplinario...", ob. cit., p. 4; Zambrano, Pedro L., "Las potestades disciplinarias de la Administración desde una perspectiva contractual", AA.VV. Organización Administrativa, Función Pública y Dominio Público, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Editorial Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2005, p. 266; Zingaretti, Gisela, "La facultad disciplinaria de la Administración en el empleo público", RDLSS 2011-A, 819.

En definitiva, entonces, el fundamento y fin de la responsabilidad disciplinaria es el adecuado funcionamiento de la Administración pública y, para ello, la sanción disciplinaria se presenta no solo como una retribución jurídica a la ofensa inferida por el infractor a su deber de no violar los deberes y prohibiciones funcionales (función represiva) sino, también, como un instrumento jurídico idóneo para prevenir o evitar que los agentes incumplan sus deberes o quebrante las prohibiciones (función preventiva).

Como se dijo, el objeto de la responsabilidad disciplinaria es sancionar aquellos actos, hechos u omisiones que lesionan el buen funcionamiento de la organización administrativa y que se originan por una inobservancia de los deberes inherentes a la calidad de agente público.

El bien jurídico protegido con el derecho administrativo disciplinario es el buen funcionamiento de la Administración pública **(7)** y, por ende, el correcto desenvolvimiento de la función administrativa, que se caracteriza por la satisfacción directa e inmediata del interés público comprometido en la vigencia irrestricta de la juridicidad.

Ciertamente, el buen funcionamiento de la Administración, medido en términos institucionales, es un juicio que podrá variar en función de los valores que inspiren la organización en un momento histórico determinado.

Por otra parte, debe tenerse presente que el bien jurídico tutelado por el derecho penal son "los derechos naturales y sociales de la persona" **(8)**, su "libertad" **(9)** "la real vigencia (observancia) de los valores de la conciencia jurídica comunitaria que dan su fundamento más sólido al Estado y a la Sociedad" **(10)**, la prevención o represión de la "delincuencia en tutela del orden social general" **(11)**.

En otras palabras, el derecho penal, que castiga los delitos previstos en el Cód. Penal y las leyes especiales, tiene un cometido diferente al del derecho disciplinario, pues le interesa el castigo personal con el fin de hacer justicia en nombre de la sociedad, de modo que la prevención y la ejemplaridad ocupan un lugar posterior **(12)**.

Como ha señalado el Tribunal Constitucional alemán, "considerando los fines respectivos, el derecho penal es, aparte de la prevención general y especial, la retribución; la pena corresponde al valor jurídico lesionado por el delincuente y a la culpabilidad, mientras que la sanción disciplinaria es, según su carácter fundamental, medida de corrección y educación que pretende mantener un orden interno de la Administración; la pena criminal afecta al ciudadano en su esfera ordinaria —libertad y patrimonio—, la

(7) Comadira, Julio Rodolfo, "La responsabilidad disciplinaria del funcionario público", ob. cit., p. 592, reproducido luego en "Derecho Administrativo...", ob. cit., p. 565 y, más recientemente, en Comadira, Julio Rodolfo; Escola, Héctor Jorge; Comadira, Julio Pablo (coordinador, colaborador y actualizador), Curso..., t. 2, p. 1052; Canda, Fabián O., "El régimen disciplinario de los empleados públicos (bases constitucionales y su aplicación bajo la Ley Marco de Regulación del Empleo Público y el Reglamento de Investigaciones Administrativas)", EDA 2003-563; Repetto, Alfredo L., "Procedimiento administrativo disciplinario...", ob. cit., p. 3; Zingaretti, Gisela, "La facultad disciplinaria de la Administración...", ob. cit.; Cabral, Pablo O. - Schreginger, Marcelo J., "El Régimen de Empleo Público en la Provincia de Buenos Aires", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 580; Sánchez Caparrós, Mariana, "La validez del acto que dispone la suspensión preventiva del agente sujeto a proceso penal por un hecho del servicio o vinculado", Revista de Derecho Público, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2020-1, Poder Ejecutivo, p. 333 y ss., entre muchos otros.

(8) Goane, René M., "Cuestiones del régimen disciplinario en el empleo público", LA LEY, 2008-D, 683; Montesi, Graciela, "Procedimiento disciplinario en la relación de empleo público", en AA.VV. Derecho Procesal Administrativo, Vélez Funes, Ignacio M. (dir.), Alveroni Ediciones, Córdoba, 2003, t. 1, p. 81, entre otros.

(9) Docobo, Jorge J., "La aplicación de principios y normas penales al derecho administrativo disciplinario", JA 1996-IV, 785.

(10) Comadira, Julio Rodolfo, "La responsabilidad disciplinaria del funcionario público", ob. cit., p. 593, reproducido luego en Derecho Administrativo..., ob. cit., p. 567 y, más recientemente, en Comadira, Julio Rodolfo; Escola, Héctor Jorge; Comadira, Julio Pablo (coordinador, colaborador y actualizador), Curso..., t. 2, p. 1054.

(11) Canda, Fabián O., "Responsabilidad disciplinaria de los Funcionarios Políticos", LexisNexis - Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2004, p. 77.

(12) Sesín, Domingo J., "El derecho administrativo en reflexión", Buenos Aires, RAP, 2011, p. 262.

sanción disciplinaria en su ámbito de derechos y deberes especiales" **(13)**.

De allí que, al tratarse de "órdenes jurídicos diversos" en los que las causas que justifican la sanción son diferentes, un mismo hecho o comportamiento del funcionario pueda generar la aplicación de dos o más especies de responsabilidades (ej.: administrativa y penal), pues al tutelar intereses jurídicos, valores y principios diversos **(14)**, no se viola el principio del *non bis in idem*.

La forma en que se encauza el ejercicio de ese poder disciplinario del Estado —que, como veremos más adelante, en nuestra opinión, y en línea con la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia de la CSJN, es una potestad inherente— tendiente a determinar si ha existido, o no, responsabilidad disciplinaria, es a través del sumario administrativo, de manera que este se presenta, entonces, como un procedimiento por el que se busca asegurar, con inmediatez, el adecuado funcionamiento de la Administración pública cuando quienes tienen a su cargo su correcta función hubieren incurrido en conductas violatorias los deberes o prohibiciones que le son exigibles.

Ahora bien, en ciertas ocasiones puede suceder que durante el procedimiento administrativo sumarial sea conveniente o necesario alejar temporalmente al funcionario público que presuntamente habría incurrido en la falta disciplinaria, ello así toda vez que su permanencia podría enervar el correcto desarrollo de la pesquisa, la eficacia de la resolución final o, también, resultar perjudicial para el interés público del servicio que presta o la integridad de la función pública.

Como veremos a lo largo de este trabajo, la Administración pública cuenta con dos tipos de medidas preventivas para alejar temporalmente al agente: la suspensión preventiva y el traslado preventivo.

(13) Citado por: Sesín, Domingo J., "El derecho administrativo en reflexión", ob. cit., p. 262.

(14) Marienhoff, Miguel S., "Tratado...", ob. cit., t. III-B, p. 376.

En las siguientes páginas intentaremos responder los siguientes interrogantes: ¿cuál es el fundamento de las medidas precautorias?, ¿cuál es la naturaleza jurídica de aquellas?, ¿cuáles son los presupuestos de procedencia?, ¿el acto por medio del cual se suspende o traslada preventivamente al agente es un acto administrativo?, ¿puede ser impugnado administrativa y judicialmente?, ¿cuándo la adopción de esas medidas deja de ser preventiva para convertirse en sanciones encubiertas?

II. Las medidas preventivas como poder inherente a la función administrativa

Tal como lo hemos analizado en profundidad en otra publicación **(15)**, en nuestra opinión, y en línea con lo apuntado por un calificado sector de la doctrina (nacional **(16)** y extranje-

(15) Comadira, Fernando G., "Derecho Administrativo Disciplinario", Cáthedra, 2022, cap. X, en prensa y, antes, en Comadira, Fernando G., "Actividad jurídica y no jurídica...", p. 112.

(16) Comadira, Julio Rodolfo, "La responsabilidad disciplinaria del funcionario público", en AA.VV. Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Editorial Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2001, p. XXX, reproducido luego en Derecho Administrativo. Acto Administrativo. Procedimiento Administrativo. Otros Estudios, 2ª ed. actualizada y ampliada, Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2003, p. 561 y ss. y, más recientemente, en Comadira, Julio Rodolfo; Escola, Héctor Jorge; Comadira, Julio Pablo (coordinador, colaborador y actualizador), Curso de Derecho Administrativo, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012, t. 2, p. 1047.— En similar sentido puede verse: Canda, Fabián O., "El régimen disciplinario de los empleados públicos (bases constitucionales y su aplicación bajo la Ley Marco de Regulación del Empleo Público y el Reglamento de Investigaciones Administrativas)", EDA 2003-563 y, más recientemente, en Canda, Fabián O., "La responsabilidad administrativa de los agentes públicos", en Tawil, Guido Santiago (dir.), Responsabilidad del Estado, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2019, p. 1113 y ss., especialmente p. 1118; Goane, René, "El poder disciplinario de la Administración Pública. (Algunos aspectos controvertidos en la doctrina nacional)", en Cassagne, Juan Carlos (dir.), Derecho Administrativo. Obra colectiva en homenaje al Profesor Miguel S. Marienhoff, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998, p. 1025; Villegas Basavilbaso, Benjamín, "Derecho administrativo", Tipografía Editora Argentina, Buenos Aires, 1950, t. III, p. 273; Diez, Manuel M., "Derecho Administrativo", ob. cit., t. III, p. 529; Daud, María Gabriel, "El procedimiento administrativo disciplinario", en Tawil, Guido Santiago (dir.), Procedimiento Administrativo, Abeledo Perrot, Buenos

ra), la Procuración del Tesoro de la Nación (en adelante, PTN) y la CSJN, el poder disciplinario constituye un poder inherente a la función administrativa, habida cuenta de que toda organización debe tener "...la facultad de sancionar mediante la técnica jurídica represiva la conducta de los integrantes que afectan su adecuado funcionamiento" **(17)**.

En tal sentido, como lo hemos destacado en aquella oportunidad, creemos que se trata de una potestad inherente toda vez que surge de la naturaleza o esencia del órgano, es decir, de las potestades propias y originarias de aquel y, por ende, no requieren una expresa enunciación normativa.

En esa inteligencia, entendemos que las medidas preventivas que puede adoptar la Administración en el marco de un sumario administrativo constituyen, también, una manifestación del poder disciplinario que es *inherente* a la función administrativa.

De esa forma, e independientemente de que, como veremos, la adopción de medidas preventivas está expresamente regulada en la ley 25.164 Marco de Empleo Público (en adelante, LMREP) y sus normas complementarias, al tratarse del ejercicio de un poder inherente no requieren estar necesariamente contempladas expresamente en las normas.

Así, pues, en aquellos casos en los que el dictado de medidas preventivas no esté regulado en las normas disciplinarias, la Administración pública o, en rigor, cualquier órgano estatal o ente no estatal en el ejercicio de la función administrativa, tendrá la potestad inherente de disponerlas durante el procedimiento sumarial.

Ciertamente, como veremos a continuación, y toda vez que en nuestra opinión las medidas preventivas se cristalizan por medio de actos administrativos, cualquier medida que se adopte deberá cumplir con todos los requisitos exigidos por la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos (en adelante, LNPA) para su válida configuración.

Asimismo, en aquellos casos en los que las medidas preventivas importen el ejercicio de una actividad preponderantemente discrecional, deberán estar aún más motivadas.

Aires, 2009, p. 529; Cabral, Pablo O., - Schreginger, Marcelo J., "El Régimen de Empleo Público...", ob. cit., p. 593; Sánchez Caparrós, Mariana, "La validez del acto que dispone la suspensión preventiva del agente sujeto a proceso penal por un hecho del servicio o vinculado", Revista de Derecho Público, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2020-1, Poder Ejecutivo, p. 333 y ss.; Vallejo, Marina A., "Régimen disciplinario del Servicio exterior de la nación: particularidades y desafíos", EDA 2016:355; Zambrano, Pedro L., "Las potestades disciplinarias de la Administración..., ob. cit., p. 263 y ss.; Villarruel, María Susana, "El control judicial de las sanciones administrativas. Su modificación por el órgano judicial", en AA.VV., Derecho Administrativo austral, nro. 1, año 2008, ps. 114/115, especialmente nota nro. 15, postura luego ratificada en su trabajo "Las sanciones administrativas", en Comadira, Julio Pablo - Ivanega, Miriam Mabel (coords.), Derecho Administrativo. Libro en homenaje al Profesor Doctor Julio Rodolfo Comadira, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2009, p. 75 y ss., especialmente nota nro. 13; Castelli, Violeta, "¿Rige respecto del personal contratado el régimen disciplinario?", en AA.VV., Cuestiones de organización estatal, función pública y dominio público, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, RAP, Buenos Aires, 2012, p. 251 y ss., entre muchos otros. — Algunos autores, si bien entienden que la potestad disciplinaria es un poder inherente a la función de administrar y que, por tanto, puede ejercerse aún sin que una norma expresamente lo autorice, ello solo resulta predicable respecto de las sanciones "correctivas (v.gr.: apercibimiento, suspensión, etc.) y no con relación a las "segregativas, expulsivas o depurativas" (v.gr.: cesantía o exoneración), pues estas requieren hallarse previamente establecidas en una norma (Marienhoff, Miguel S., "Tratado...", ob. cit., t. III-B, ps. 419/420; Zambrano, Pedro L., "Las potestades disciplinarias...", ob. cit., ps. 269/270). Otros, si bien no mencionan expresamente que se trata de un poder inherente, sostienen que "puede ejercerse aún en ausencia de norma que tipifique la conducta como falta o que especifique las sanciones correspondientes" (Montesi, Graciela, "Procedimiento disciplinario...", ob. cit., t. 1, p. 82).— En contra de sostener que la potestad disciplinaria es un poder inherente puede verse: García Pullés, Fernando R., "Régimen de Empleo Público...", ob. cit., p. 388 y ss. Ivanega, por su parte, si bien en un comienzo sostuvo que se trataba de una potestad inherente (Ivanega, Miriam M., "El derecho de defensa en el procedimiento administrativo", en AA.VV., Cuestiones de procedimiento administrativo, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, RAP, Buenos Aires, 2006, p. 929 y ss., especialmente p. 930), con posterioridad cambió su postura (Ivanega, Miriam M., "Cuestiones de potestad disciplinaria...", ob. cit., ps. 98/100).

(17) Comadira, Julio Rodolfo, "Derecho Administrativo...", ob. cit., p. 561 y ss., idea luego reiterada en Comadira, Julio Rodolfo; Escola, Héctor Jorge; Comadira, Julio Pablo (coordinador, colaborador y actualizador), "Curso...", ob. cit., t. 2, p. 1047 y ss.

En tal sentido, la motivación del acto administrativo, en el caso, del que dispone la medida preventiva, no se satisface con la mera cita de la norma habilitante o por medio de invocaciones genéricas.

En ese orden de ideas, bien ha señalado la Fiscalía Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 8 al tomar intervención en los autos "Abelans", que la motivación de la medida debe ser adecuada, no siendo suficiente alegar "que la naturaleza de los hechos bajo examen lleva a considerar inconveniente la permanencia del agente en el sector" **(18)**.

Además, y teniendo en cuenta que desde nuestro punto de vista las medidas preventivas son susceptibles de ser impugnadas administrativa y judicialmente, la expresión en el acto administrativo de la finalidad permitirá constatar en el posterior control de la decisión que no se está frente a una decisión arbitraria ni, tampoco, ante una sanción encubierta o anticipada.

III. Naturaleza jurídica de las medidas preventivas

En el ámbito del procedimiento administrativo, sea general o especial (v.gr.: sancionatorio, disciplinario, tributario, de defensa de la competencia, etc.) **(19)**, no existe unanimidad en cuanto a la denominación que corresponde asignarle a las medidas preventivas que puede adoptar la Administración pública durante el transcurso del *iter* procedimental.

En algunas ocasiones se hace referencia a "medidas cautelares" **(20)**, en otras a "medidas precautorias" **(21)**, "medidas preventivas" **(22)** y "medidas provisorias" **(23)**, entre otros nombres.

---

(18) Cfr. Dictamen del 26/04/2007 de la Fiscalía Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 8 en autos "Abelans, Miguel Ángel c. Hospital de Pediatría SAMIC Prof. Dr. Juan P. Garrahan s/ amparo ley 16.986", expte. nro. 14.532/06, que tramitara ante el Juzgado N° 5, Secretaría N° 9 del fuero, citado por: Canda, Fabián O., "Las medidas precautorias en el marco del procedimiento administrativo", RAP 406, p. 69, especialmente nota nro. 17.

(19) Si bien la cuestión la hemos analizado en profundidad en una obra específica sobre el tema (ampliar en: Comadira, Fernando G., "Derecho Administrativo Disciplinario", Cáthedra, 2022, cap. II, en prensa), aquí solo hemos de señalar que la evolución general en todos los Derechos ha conducido, o está conduciendo, a una integración general de los poderes disciplinarios entre los poderes sancionatorios generales. — En nuestra opinión, el régimen sancionatorio general (esto es, el que tradicionalmente se traduce en las relaciones de sujeción general) y el disciplinario (es decir, las denominadas relaciones de especial sujeción) son dos especies del género "derecho administrativo sancionador", lo que justifica no solo que ambos tengan ciertas cualidades en común sino, también, que, al ser dos especies de un mismo género, exista un tratamiento jurídico diferente en algunos de sus aspectos.— De allí, entonces, que la definición propuesta por el maestro Marienhoff al referirse a la cuestión pareciera ser acertada, pues aquel la define como la atribución que le compete a la Administración "para imponer correcciones a los ciudadanos o administrados, por acción de éstos contrarios a lo ordenado por la Administración, y sanciones disciplinarias a los funcionarios o empleados por faltas cometidas en el ejercicio de su cargo, todo ello sin perjuicio de la acción de los tribunales judiciales" (Marienhoff, Miguel S., "Tratado...", ob. cit., t. I, p. 628). — Como bien podrá apreciar el lector, la noción propuesta por el citado jurista es amplia, genérica, pues incluye en su concepto dos especies: la potestad sancionadora correctiva, que es de carácter externo y se dirige a los administrados en general, y la potestad sancionadora disciplinaria, aquella de carácter interno destinada a los funcionarios públicos.— Ciertamente, e independientemente de las críticas a las que puedan someterse las clasificaciones de "relaciones de especial sujeción" y "relaciones de sujeción general", es claro que en un Estado constitucional de derecho, en modo alguno podría invocarse su existencia para separar el ámbito disciplinario del principio de juridicidad, sino, en todo caso, para otorgarle el "matiz" que le exige su inserción en relaciones calificadas por la impronta de su pertenencia al derecho administrativo.— En definitiva, entonces, entendemos que el derecho administrativo sancionador es un género que contiene como especie tanto al derecho administrativo sancionatorio disciplinario como al derecho administrativo sancionatorio externo.

(20) Cfr. art. 92 de la ley 11.683.

(21) Cfr. art. 67 de la ley 27.442; art. 36 de la LMREP; art. 97 de la ley 10.430 que aprobó el régimen general vigente para los agentes públicos de la Administración pública de la provincia de Buenos Aires.

(22) En tal sentido, el título III del RIA regula las "medidas preventivas" y, del mismo modo, el art. 3° art. 9° del Reglamento de Sumarios para la Administración pública provincial aprobado por dec. 1311/1999, modificado por dec. 914/2003, hace referencia a las "medidas preventivas".

(23) Cfr. art. 26 de la ley 5.177 de la provincia de Buenos Aires.

No obstante el *nomen iuris* que se les asigne, lo cierto es que en la doctrina existe unanimidad en reconocer que se tratan de verdaderas *medidas cautelares administrativas* **(24)**, en el sentido de que gozan de los mismos caracteres que se les atribuye a las *medidas cautelares judiciales* (v.gr.: accesoriedad y provisoriedad).

Por ello, y a simple título ejemplificativo, bien ha señalado Marienhoff que no debe confundirse la *suspensión preventiva* que se dispone de manera accesoria y provisoria durante el trámite del procedimiento sumarial, con la *suspensión sancionatoria* que es la que se dicta como medida disciplinaria **(25)**.

En definitiva, entonces, y sin perjuicio del nombre que se les asigne a las medidas preventivas (precautorias, preventivas, provisorias, provisional, etc.) que pueda adoptar la Administración en el ejercicio de la función administrativa que le es propia, resulta innegable que son *medidas cautelares administrativas*.

IV. Finalidad de las medidas preventivas

De lo apuntado en los párrafos anteriores surge que las medidas preventivas constituyen verdaderas medidas cautelares administrativas.

Empero, y a diferencia de las medidas cautelares judiciales, que buscan asegurar que el tiempo transcurrido entre la iniciación y la finalización del proceso judicial no torne el derecho allí debatido en ilusorio, en las medidas cautelares administrativas aquella no necesariamente es su única finalidad.

En efecto, como dijéramos antes, con las medidas preventivas adoptadas por la Administración pública durante el procedimiento sumarial (v.gr.: suspensión preventiva o traslado preventivo) se pretende alejar temporalmente al funcionario público que presuntamente habría incurrido en la falta disciplinaria, no solo para evitar que su permanencia frustre el correcto desarrollo de la pesquisa y, así, la eficacia de la resolución final sino, también, evitar que se perjudique —o siga perjudicando— el interés público del servicio que presta el agente o la integridad de la función pública.

En tal sentido, conviene transcribir, por su riqueza, lo apuntado por Rebollo Puig al analizar las medidas provisionales en el procedimiento administrativo:

"[F]orzoso es reconocer que vaga en las medidas provisionales un fin que no encaja exactamente con el de asegurar la resolución que pudiere recaer, un motivo que no es el *periculum in mora* en su forma normal matizaciones que las aproximan a esas otras medidas cautelares.

"En el fondo aparece este dato elemental: durante la tramitación del procedimiento se puede perjudicar —o continuar perjudicando— el interés público, un interés que no admite demora para mantenerlo o restaurarlo. Este interés público se preservará definitivamente con la resolución final, pero durante la tramitación el procedimiento puede verse lesionado. Entonces surgen medidas provisionales que pretenden cubrir ese intervalo de tiempo; garantizan el interés público en tanto se resuelve definitivamente. Están conectadas con esa resolución final ya que tienen el mismo fin que esta y la suplen interinamente. Pero no tienden propiamente a garantizar su eficacia o ejecución que puede incluso no estar en peligro; al menos no es ese su único fin y ni siquiera el más sobresaliente (...)

(24) Por todos: García Pullés, Fernando R., "Régimen de Empleo Público...", ob. cit., p. 509 y ss.

(25) Marienhoff, Miguel S., "Tratado...", ob. cit., t. III-B, ps. 424/425; García Pullés, Fernando R., "Régimen de Empleo Público...", ob. cit., p. 510; Canda, Fabián O., "Las medidas precautorias en el marco del procedimiento administrativo", Ed. RAP 406, p. 64; Leguizamón, Gustavo S., "Sumario administrativo. El régimen disciplinario de la Administración Pública", ConTexto, Resistencia, 2011, p. 84, entre otros. — En igual sentido pueden verse los Dictámenes 260:72; 251:72; 151:590; 124:372, entre otros, donde el Máximo Tribunal de la Nación destacó que correspondía distinguir la suspensión aplicada como consecuencia de la tramitación del sumario administrativo y la suspensión provisional, que no constituye una sanción, sino que es una medida preventiva tendiente a evitar las consecuencias del mantenimiento en funciones del que está sometido a proceso. — En la jurisprudencia puede verse: CNACAF, Sala II, "Pini Hugo Víctor Amílcar Aldo c. Poder Legislativo Nacional - Disp. 65/02 s/medida cautelar (autónoma)", 12/08/2003; CNACAF, Sala III, "Califano Mario c. CONICET - Resol. 715/97 s/ amparo ley 16.986", 22/06/1998.

"No se tratará siempre simplemente de asegurar que la resolución posterior pueda ejecutarse, ni el *periculum in mora* habrá que referirlo estricta y exclusivamente a esa ejecución; por el contrario, habrá de optarse por un sentido amplio de la 'eficacia de la resolución' que incluya, más que su sola ejecución, su efectivo logro de los intereses públicos" **(26)**.

En definitiva, entonces, es claro que en el marco del procedimiento administrativo sumarial la finalidad de las medidas preventivas adoptadas por la Administración pública no se agotan en garantizar la eficacia práctica del acto administrativo que pone fin al sumario sino que, además, están dirigidas a evitar que durante el trámite sumarial se perjudique —o siga perjudicando— el buen funcionamiento de la Administración pública y, por ende, el correcto desenvolvimiento de la función administrativa que consiste en la satisfacción directa e inmediata del interés público comprometido en la vigencia irrestricta de la juridicidad.

No obstante lo expuesto, como veremos luego, en el marco de la LMREP se han establecido dos causales para la adopción de las medidas preventivas, a saber: que existiere peligro de frustración de la investigación o que fuera riesgosa la permanencia en funciones del agente.

(26) Rebollo Puig, Martín, "Medidas provisionales en el procedimiento administrativo", en AA. VV., La protección jurídica del ciudadano. Estudios en homenaje al profesor J. González Pérez, Civitas, Madrid, 1993, t. I, p. 690 y ss.— En similar sentido, Trayter ha señalado que uno de los argumentos para adoptar una medida preventiva es "la necesidad de evitar que la continuación del funcionario en su puesto de trabajo pueda perturbar la normalidad del servicio público o perjudicar la instrucción del expediente en el cual se está depurando su presunta responsabilidad" (Trayter, Juan M., "Manual de derecho disciplinario de los funcionarios públicos", Marcial Pons, Madrid, 1992, p. 301).— Entre nosotros, Montero, aunque refiriéndose al régimen disciplinario municipal bonaerense, apuntó que el fundamento de las medidas preventivas está "en la necesidad de evitar posibles interferencias en el trámite del sumario, pero fundamentalmente en evitar que se pueda continuar dañando o perjudicando a la administración municipal y por tanto, en última instancia, a la propia comunidad que con sus impuestos la solventa" (Montero, Raúl, "El sumario administrativo disciplinario en los municipios bonaerenses", AA.VV., Derecho Municipal, Bastons, Jorge L. (dir.), Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2016, t. 1, p. 898).

V. Caracteres de las medidas preventivas en el marco de un procedimiento administrativo disciplinario

Las medidas preventivas, como dijimos, constituyen verdaderas medidas cautelares, aunque, claro está, de naturaleza administrativa.

Por ello, como bien ha señalado la doctrina, sus caracteres se asemejan a sus pares judiciales (v.gr.: medidas cautelares judiciales) y, por tanto, sus notas esenciales son la accesoriedad y la provisoriedad **(27)**.

Antes dijimos que con las medidas preventivas se busca asegurar el correcto desarrollo de la investigación sumarial, la eficacia de la resolución final que allí se dicte, evitar que se perjudique el interés público del servicio que presta el agente temporalmente alejado o, también, la integridad de la función pública.

Resulta necesario retener aquella idea: la finalidad de las medidas preventivas adoptadas por la Administración pública no se agotan en garantizar la eficacia práctica del acto administrativo que pone fin al sumario sino que, además, están dirigidas a evitar que durante el trámite sumarial se perjudique —o siga perjudicando— el buen funcionamiento de la Administración pública y, por ende, el correcto desenvolvimiento de la función administrativa que consiste en la satisfacción directa e inmediata del interés público comprometido en la vigencia irrestricta de la juridicidad.

Surge, así, que las medidas preventivas no tienen un fin en sí mismo, sino que, en rigor, su existencia está supeditada no solo al resultado práctico de la resolución final sino, también, al aseguramiento de que durante el procedimiento sumarial no se perjudique —o siga perjudicando— el buen funcionamiento de la Administración pública que, en ciertas ocasiones, podría

(27) Canda, Fabián O., "Las medidas precautorias en el marco del procedimiento administrativo", RAP 406; Stupenengo, Juan A., "Medidas provisionales en el procedimiento administrativo", en AA.VV., Procedimiento Administrativo, Pozo Gowland, Héctor M. - Halperín, David - Aguilar Valdez, Oscar - Juan Lima, Fernando - Canosa, Armando, (dirs.), La Ley, Buenos Aires, 2012, t. II, p. 501 y ss.

estar en peligro si el agente continuara desempeñando sus funciones.

En esa inteligencia, la accesoriedad de las medidas preventivas está dada por el hecho de que estas resultan accesorias al procedimiento principal, siendo de aplicación *mutatis mutando* lo apuntado por Calamandrei en cuanto a que las medidas cautelares "más que para hacer justicia, sirven para asegurar el eficaz funcionamiento de esta" **(28)**.

Por tal motivo, y como bien se ha señalado, aunque refiriéndose a las medidas cautelares judiciales, pero cuyas conclusiones son plenamente aplicables a las administrativas, "la medida cautelar está sujeta a la existencia actual o inmediata de la pretensión de fondo y a las vicisitudes de la misma a través del respectivo juicio" **(29)**.

De allí que, a nuestro modo de ver, y a diferencia de lo sostenido por un sector de la doctrina **(30)**, entendemos que las medidas preventivas deben necesariamente ser accesorias a un procedimiento principal, en el caso, el sumario administrativo, pues, de lo contrario, la medida sería manifiestamente ilegítima **(31)**.

El carácter provisorio de las medidas preventivas surge como consecuencia inmediata de la cualidad accesoria o instrumental antes analizada, toda vez que, así como estas resultan accesorias al procedimiento principal (v.gr.: sumario administrativo), aquellas deben durar lo estrictamente necesario para cumplir con la finalidad que ellas persiguen **(32)**.

De esa manera, es claro que todas las medidas preventivas que se adopten en el procedimiento sumarial han de tener una vigencia temporal limitada en el tiempo, de modo que no puede válidamente disponerse una medida preventiva *sine die.*

Toda vez que la vigencia temporal de cada una de las medidas que puede adoptar la Administración (v.gr.: suspensión preventiva o traslado preventivo) será analizado *infra,* allí nos remitimos.

VI. Naturaleza jurídica del acto que dispone una medida preventiva. Requisitos e impugnabilidad

Un interesante debate se ha generado en relación con la naturaleza jurídica que cabe atribuirle al acto que dispone una medida preventiva o precautoria.

La respuesta al interrogante planteado dejará en evidencia que, a diferencia de lo apuntado por un sector de la doctrina **(33)**, no estamos entre quienes creen que la naturaleza jurídica y/o la ponderación de ciertos elementos jurídicos resulta una construcción arbitraria de los juristas, con base en ciertas pautas provistas por el legislador y complementadas.

Más aún, y como veremos a continuación, la naturaleza jurídica que se le asigne a aquellos actos traerá aparejada insoslayables consecuencias prácticas.

(28) Calamandrei, Piero, "Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares", (traducción de Santiago Sentís Melendo), Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1945, p. 44.

(29) Rivas, Adolfo A., "Medidas cautelares", LexisNexis, Buenos Aires, 2007, p. 65.

(30) Así, por ejemplo, refiriéndose a las medidas preventivas en el marco de la ley de defensa del consumidor, se ha señalado que "ante la evidencia de la violación, la autoridad debe hacerla cesar, aun cuando ella adquiera ribetes exclusivamente individuales, sin afectar a una masa de usuarios o consumidores. En consecuencia y como primera diferencia, las MPA no pueden ser accesorias, por cuanto constituyen un fin en sí mismas" (Álvarez Larrondo, Federico M., "Las medidas preventivas administrativas y la ley 26.993 de creación del fuero del consumo", JA 2014-IV-198).

(31) En igual sentido: Stupenengo, Juan A., "Medidas provisionales...", ob. cit., p. 545. Del mismo modo Trayter apuntó que las medidas preventivas solo pueden "adoptarse una vez incoado el correspondiente procedimiento disciplinario, no antes" (Trayter, Juan M., "Manual de derecho disciplinario...", ob. cit., p. 305).

(32) Como bien señala Canda, las medidas preventivas están regidas por el principio rebus sic stantibus (Canda, Fabián O., "Las medidas precautorias en el marco del procedimiento administrativo", RAP 406).

(33) Carbajales, Juan J., "Dominio y jurisdicción de los recursos naturales (coordinación de competencias en materia energética)", EDA 2009-728.

En efecto, si el acto fuera calificado como un acto administrativo propiamente dicho, aquel, además de ser impugnable, deberá reunir todos los requisitos exigibles para dichos actos, entre los cuales cabe mencionar, a simple título ejemplificativo, el respeto del derecho de defensa.

Por otra parte, de sostenerse que se está ante un acto u hecho de otra naturaleza, la medida preventiva o precautoria no necesariamente deberá cumplir con todas aquellas exigencias y, además, no sería recurrible.

VI.1. La opinión de la PTN

Tradicionalmente la PTN negó que las medidas preventivas o precautorias tengan naturaleza de acto administrativo.

Para así entenderlo, apuntó que "las medidas preventivas o precautorias que se adopten en un sumario —en el caso el traslado de una agente— toda vez que dependen de una evaluación legítima por parte del órgano de aplicación, que se deriva de su poder disciplinario, para apreciar la oportunidad o conveniencia de disponerlas y que, además, están legalmente limitadas en el tiempo, no son susceptibles de ser impugnadas mediante un recurso administrativo", razón por la cual sostuvo que la impugnación de aquella clase de medidas "es improcedente y debe ser rechazado toda vez que la medida adoptada oportunamente no constituye en sí una sanción impuesta por los hechos investigados en el sumario" **(34)**.

No obstante lo expuesto, pareciera ser que la PTN habría matizado su postura, pues en un asesoramiento posterior, en lugar de sostener, como lo venía haciendo, que las medidas preventivas no son susceptibles de recursos, dio trámite a diversas impugnaciones presentadas por agentes que habían sido suspendidos preventivamente **(35)**.

Aquella postura podría interpretarse como un posible cambio en la doctrina de la PTN en relación con la naturaleza jurídica de los actos por medio de los cuales se dispone una medida preventiva, más allá de no encontrar una referencia específica al asunto **(36)**.

VI.2. Nuestra postura

VI.2.a. Las medidas preventivas se instrumentan por medio de actos administrativos

En nuestra opinión, el acto en virtud del cual se dispone una medida preventiva o precautoria, sea una suspensión o traslado preventivo, reviste la naturaleza jurídica de acto administrativo que, en la especie, habrá de ser de alcance particular **(37)**.

En tal sentido, cabe recordar que el acto administrativo en sentido técnico estricto consiste en una declaración emitida por un órgano estatal, o ente no estatal, emitida en ejercicio de función administrativa, bajo un régimen jurídico exorbitante, productora de efectos jurídicos directos y particulares respecto de terceros **(38)**.

Indudablemente, al disponer una medida preventiva la Administración exterioriza una idea, es decir, se está ante la extrinsecación de un proceso intelectual cuyos efectos jurídicos

(34) Dictámenes 260:72; 251:72; 151:590; 124:372, entre otros.

(35) Dictámenes 276:94.

(36) En igual sentido: Sánchez Caparrós, Mariana, "La validez del acto que dispone la suspensión preventiva...", ob. cit.

(37) También han considerado que aquellos actos tienen la naturaleza jurídica de actos administrativos, entre otros: Canda, Fabián O., "Las medidas precautorias en el marco del procedimiento administrativo", RAP 406, ps. 70/71; Sánchez Caparrós, Mariana, "La validez del acto que dispone la suspensión preventiva...", ob. cit.; Tardío Pato, José A., "Las medidas provisionales en el procedimiento administrativo", Revista Jurídica de Navarra, N° 38, 2004, p. 129; Fiorini, Bartolomé A., Derecho Administrativo, Segunda Edición Actualizada, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1976, Tomo I, p. 850; Said, José, "Investigaciones administrativas para la Administración Pública Nacional", en AA.VV. Legislación usual: derecho administrativo, Cicero, Nidia —Directora—, La Ley, Buenos Aires, 2015, Tomo 3, p. 905; Veloso Giribaldi, Natalia, "Las medidas cautelares y provisionales en el procedimiento administrativo", en AA.VV., El procedimiento Administrativo, XIX Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, Corte Suprema de Justicia - Departamento de Publicaciones, El Salvador, 2020, p. 961 y ss., especialmente p. 967.

(38) Ver, por todos: Comadira, Julio Rodolfo, El Acto Administrativo en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos", La Ley, Buenos Aires, 2003, p. 5.

afectan de manera directa e inmediata al funcionario público.

Cabe destacar que cuando se hace referencia a los "terceros" destinatarios del acto se incluyen no solo a las personas físicas, jurídicas privadas y públicas no estatales, sino también a los agentes públicos cuando ellos son afectados por la Administración en el ámbito de su relación de servicio, como sería el caso aquí analizado, donde se suspende o traslada preventivamente al funcionario público.

En este último sentido, y en relación con los agentes públicos afectados por la Administración en el ámbito de su relación de servicio, la doctrina ha señalado que "en esta última relación, en efecto, el agente estatal adquiere, frente al Estado, sustantividad propia, al dejar de ser un medio técnico de expresión de su voluntad, para adquirir la condición de un sujeto distinto y externo de él" **(39)**.

No debe confundirse la "relación de servicio" con la "relación orgánica". En la primera, como dijimos, la persona física, componente del órgano estatal, no pierde su individualidad, sino que la conserva, al punto que aparece como diferenciada y distinta del órgano al que pertenece. Así, por ejemplo, un agente estatal podría ser afectado en su relación de servicio mediante un acto que disponga su cesantía. Dicho acto, entonces, tendrá la naturaleza jurídica de acto administrativo.

En tal sentido, el art. 16, inc. i) de la LMREP otorga a los agentes estatales el derecho de recurrir actos de la autoridad administrativa que provoquen un menoscabo en sus derechos lo que, conforme sostiene la doctrina que allí citáramos, constituye una previsión legal redundante toda vez que el art. 74 del Reglamento de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos (en adelante, RLNPA), al regular quienes son los sujetos legitimados para impugnar actos administrativos, expresamente contempla a "los agentes de la administración podrán hacerlo en defensa de un derecho propio".

En el segundo supuesto, es decir, en la relación orgánica, la persona física se presenta como un agente estatal que actúa hacia el exterior del órgano, vinculándose con otras personas —físicas o jurídicas— que constituyen el conjunto de administrados. Cuando esto ocurre, el agente estatal, desde el punto de vista de los administrados, pierde su individualidad y se identifica con el órgano al que pertenece.

Por ello, en definitiva, creemos que resulta incontestable que el acto por el que se dispone una medida preventiva reviste la naturaleza jurídica de acto administrativo.

VI.2.b. Requisitos de validez del acto administrativo que dispone una medida preventiva

Al ser un acto administrativo, el acto que dispone una medida preventiva o precautoria deberá, para ser considerado plenamente válido, cumplir con todos los elementos esenciales exigidos por el ordenamiento jurídico **(40)**. Concretamente tendrá que:

a. ser dictado por la *autoridad competente* (art. 7°, inc. a, de la LNPA);

b. aducir una *causa válida* (es decir, sustentarse en antecedentes de hecho y de derecho objetivos y verdaderos —art. 7º, inc. b, de la LNPA—);

c. respetar el *bloque de juridicidad* (objeto —art. 7°, inc. c, de la LNPA—);

d. estar debidamente *motivados* (art. 7, inc. e, de la LNPA);

e. haber sido dictado con el fin de satisfacer la *finalidad* de la norma atributiva de competencia (art. 7°, inc. f, 1ª parte, de la LNPA).

Y, por supuesto, la medida deberá ser *razonable* (principio general del derecho derivado del art. 28 de la CN y del art. 7°, inc. f, 2ª parte, de la LNPA) pues, de lo contrario, el acto sería inconstitucional **(41)**.

(39) Comadira, Julio Rodolfo; Escola, Héctor Jorge; Comadira, Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador), Curso..., ob. cit., Tomo 1, p. 395/396.

(40) Comadira, Julio Rodolfo, "El Acto Administrativo...", ob. cit., p. 25.

(41) Como destacara Marienhoff, el "acto irrazonable es un acto inconstitucional y, por serlo, la irregularidad pertinente se traduce en un acto nulo de nulidad absoluta, que generalmente es manifiesta" (Marienhoff, Miguel

f. respetar el *debido procedimiento previo* al dictado del acto (art. 7°, inc. d, de la LNPA), entre los que se incluyen los procedimientos esenciales y sustanciales exigidos por el ordenamiento jurídico (v.gr.: como ser, por ejemplo, la emisión del dictamen proveniente de los servicios permanentes de asesoramiento jurídico).

VI.2.b.i. Especial referencia a la razonabilidad de las medidas preventivas

En los párrafos anteriores hemos visto que el acto administrativo por el que se disponga una medida preventiva en el marco del procedimiento sumarial debe ser *razonable*, principio general del derecho que, además, deriva del art. 28 de la CN y del art. 7°, inc. f, 2ª parte, de la LNPA. Caso contrario, el acto sería inconstitucional.

De esa manera, la medida deberá resistir el *test* de razonabilidad o proporcionalidad que, como bien apuntara Alexy **(42)**, debe ser estudiada desde sus tres dimensiones: adecuación (el medio elegido debe ser idóneo para el cumplimiento del fin perseguido), necesidad (entre los medios idóneos para el logro del fin, debe escogerse la "alternativa menos gravosa o restrictiva de los derechos") y razonabilidad o proporcionalidad *stricto sensu* (establecer si la medida adoptada guarda una relación razonable con el fin que se procura alcanzar).

En ese orden de ideas, y toda vez que el procedimiento administrativo disciplinario constituye un instrumento de defensa para los funcionarios públicos, las medidas preventivas deben adoptarse garantizando el respeto del "principio de inocencia" o "estado de inocencia" reconocido solo en nuestra Ley Fundamental sino, además, en los textos internacionales de protección de derechos humanos, la jurisprudencia de la CSJN y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH) **(43)**.

Es que, de lo contrario, como bien ha señalado el Tribunal Constitucional de España, cuando una medida suponga "pérdida o menoscabo de derechos individuales puede suponer una sanción encubierta o anticipada incompatible con los principios del Estado de Derecho y, particularmente, con el principio de presunción de inocencia" **(44)**.

De allí que, entonces, las medidas preventivas deban adoptarse mediante acto administrativo debidamente motivado y basándose en un juicio de razonabilidad en el que surja que existe una adecuación entre la finalidad perseguida y las circunstancias concurrentes, pues una "medida desproporcionada o irrazonable no sería propiamente cautelar, sino que tendría un carácter punitivo en cuanto al exceso" **(45)**.

La medida preventiva que se adopte deberá, además, ser necesaria, es decir que, de existir varias alternativas para el logro de la finalidad perseguida, debe escogerse la menos gravosa o restrictiva de los derechos del agente.

Así, pues, y teniendo en cuenta que, como veremos luego, en el marco de la LMREP y sus normas complementarias, la Administración puede disponer la *suspensión preventiva* o el *traslado preventivo* del agente, el carácter excepcional **(46)**

S., "El exceso de punición como vicio del acto jurídico de derecho público", LA LEY, 1989-E, 963).— Bien ha señalado Julio Oyhanarte que "en el derecho argentino ningún acto estatal —legislativo, administrativo o judicial— es válido si no es razonable", a lo que agregaba que "si la definición del bien común dada por ellos es razonable, la restricción que establezcan tiene validez; si es irrazonable, los intérpretes judiciales, actuando como 'guardianes', deben invalidarla" (Oyhanarte, Julio, "Poder político y cambio estructural en la Argentina. Un estudio sobre su desarrollo", en Recopilación de sus obras, Buenos Aires, La Ley, 2001, p. 87).

(42) Ampliar en: Alexy, Robert, "Teoría de los derechos fundamentales", Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, ps. 91/92. Ver, también, Cianciardo, Juan, "El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad", 2ª ed. actualizada y ampliada, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 2009, p. 82 y ss.

(43) La cuestión puede ampliarse en: Comadira, Fernando G., "Derecho Administrativo Disciplinario", Cáthedra, 2022, cap. VII, en prensa).

(44) STC 108/1984, del 26/11/1984.

(45) Ibidem.

(46) Sánchez Morón, Miguel, "Derecho de la Función Pública", 11ª ed., ob. cit., p. 365; Jalvo, Belén M., "El régimen disciplinario de los funcionarios públicos", Lex Nova, Valladolid, 1999, p. 281; Silva Cimma, Enrique, "Derecho administrativo chileno y comparado. La fun-

y restrictivo **(47)** con que debe interpretarse la primera lleva a que de ser indispensable una medida cautelar, deba optarse por el traslado que es la menos gravosa y, solo cuando aquel sea imposible o la gravedad del hecho lo aconseje, procederá la suspensión **(48)**.

Por ello consideramos encomiable la fórmula prevista al comienzo del art. 54 del Reglamento de Investigaciones Administrativas aprobado por dec. 467/1999 (en adelante, RIA) en cuanto establece que "cuando no fuera posible el traslado del agente (...) podrá ser suspendido preventivamente", toda vez que deja en evidencia, al igual que lo hace el art. 58 del mismo cuerpo normativo **(49)**, el carácter subsidiario de la suspensión respecto del traslado.

En definitiva, cualquier medida preventiva que se adopte en el marco de un sumario administrativo debe respetar en el principio de razonabilidad en sus tres dimensiones, pues ello constituye una exigencia del respeto a la presunción o estado de inocencia.

VI.2.b.ii. La motivación de las medidas preventivas

Por último, cabe señalar que las medidas preventivas deben estar debidamente motivadas.

Tal como lo hemos destacado antes, el inc. e) del art. 7° de la LNPA menciona a la motivación de los actos administrativos como un elemento esencial de aquellos, pudiendo ser definida, en ese marco legal, como la exteriorización en el acto de la existencia de la causa y de la finalidad.

La ley se orienta, así, en las aguas de la doctrina que considera obligatoria la motivación de todos los actos administrativos la que, por lo demás, siempre debe concurrir al momento de ser emitidos **(50)**.

Conforme lo sostuvo la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (en adelante, CNACAF), "la motivación del acto administrativo es la explicitación de la causa, esto es la declaración de cuáles son las expresiones de las razones y las circunstancias de hecho y de derecho que han llevado a dictar el acto. Aparece como una necesidad tendiente a la observación del principio de legalidad de la actuación de los órganos estatales" **(51)**.

La PTN, por su parte, señaló 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, lo que exterioriza la razonabilidad de la medida **(52)**.

No cabe duda de que el art. 7°, inc. e) de la LNPA al referirse a la motivación como requisito esencial del acto administrativo, sin excepciones, estableció la necesidad de que todos y cada uno de ellos sean motivados, sin que sea posible aceptar su integración posterior **(53)**.

La exigencia de la motivación no solo es requerida por la LNPA para la válida configuración de todos los actos administrativos sino, además, y como vimos antes, por el art. 2°, inc. e) de la ley 25.188 de Ética Pública (en adelante, LEP).

---

ción pública", Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1993, p. 89, entre otros.

(47) Fiorini, Bartolomé A., "Derecho Administrativo", ob. cit., t. I, p. 850.

(48) En igual sentido: Canda, Fabián O., "Las medidas precautorias en el marco del procedimiento administrativo", RAP 406, p. 67; Sánchez Caparrós, Mariana, "La validez del acto que dispone la suspensión preventiva...", ob. cit. Ver, también: SAID, José, "Investigaciones administrativas...", ob. cit., p. 906.

(49) El art. 58 del RIA establece que "cuando al agente se le haya dictado auto de procesamiento por hecho ajeno al servicio, y la naturaleza del delito que se le imputa fuera incompatible con su desempeño en la función, en el caso que no fuera posible asignarle otra, podrá disponerse la suspensión preventiva del mismo hasta tanto recaiga pronunciamiento en la causa penal a su respecto".

(50) Comadira, Julio Rodolfo, "Procedimientos Administrativos...", ob. cit., t. I, ps. 201/202.

(51) CNACAF, Sala III, "Peralta, Carlos L. c. Estado Nacional", 26/04/2006.

(52) Dictámenes: 233:278.

(53) Comadira, Julio Rodolfo, "Procedimientos Administrativos. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, anotada y comentada", con la colaboración de Laura M. Monti, La Ley, Buenos Aires, 2002, t. I, ps. 202/203.

Además, resulta incontestable que la motivación de los actos administrativos (al igual que la del acto estatal "sentencia" y "ley") es una consecuencia inseparable e inherente del sistema republicano de gobierno adoptado en la Argentina **(54)**.

En relación específica con la motivación del acto que dispone una medida preventiva, cabe destacar que su exigencia resulta innegable, pues solo de esa manera será posible comprobar si efectivamente existieron los elementos de juicio suficientes para disponerla y, además, si la discrecionalidad de la que dispone el órgano competente no se ha tornado en arbitraria.

En nuestro régimen jurídico, la LMREP establece que la decisión de suspender o trasladar preventivamente a los agentes sumariados "deberá ser tomada por la autoridad competente con los debidos fundamentos" (art. 36).

El RIA, por su parte, que como dijimos antes, fue dictado con anterioridad a la entrada en vigencia de la actual LMREP, prevé, en relación con el traslado preventivo, que "el traslado del agente solo puede exceder el período señalado —refiriéndose al primer párrafo del artículo—, en los supuestos en que, por *resolución fundada del superior*" (art. 53).

Asimismo, el art. 56, al regular la suspensión preventiva, dispone que "en los casos en que las medidas preventivas o su prórroga se dispusieran durante la instrucción del sumario, deberán resolverse *previo informe fundado* por el instructor", sin efectuar distinciones en cuanto a si se trata o no de medidas dirigidas a suspender a un agente sujeto a un proceso penal.

Ciertamente, como luego de sancionada la LMREP no se dictó un nuevo régimen de investigaciones administrativas, el RIA aprobado por dec. 467/1999 continúa en vigencia en tanto no se oponga a lo establecido en la mencionada ley.

Por consiguiente, es claro que por expresa imposición del art. 36 de la LMREP no solo la prórroga del traslado preventivo, sino también la primera orden de traslado y la suspensión preventiva que se adopte (ora por la gravedad del hecho, ora por causa penal) debe dictarse "con los debidos fundamentos".

El informe fundado del instructor al que hace referencia el RIA es, sin duda alguna, en nuestra opinión, un procedimiento esencial exigido normativamente que debe cumplirse de forma previa al dictado de cualquier medida preventiva y, por tanto, su omisión viciará al acto administrativo que las disponga de nulidad absoluta e insanable en los términos del art. 14, inc. b) de la LNPA.

De allí que, como bien se ha señalado, las medidas preventivas, como sería el caso de una suspensión precautoria, no puedan tenerse como una consecuencia automática del inicio del sumario **(55)**.

Por lo demás, resulta indudable que la autoridad competente para resolver acerca de la pertinencia de disponer o no una medida preventiva deberá analizar los fundamentos expuestos por el instructor en el citado informe, el que constituirá un instrumento sustancial a los fines de que el acto administrativo correspondiente esté debidamente motivado.

VI.2.b.iii. La vigencia temporal limitada de la medida preventiva como elemento esencial del acto que la dispone

En las páginas anteriores vimos que las medidas preventivas, que no son otra cosa más que verdaderas medidas cautelares de naturaleza administrativa, se caracterizan por ser provisorias, en el sentido de que deben durar lo estrictamente necesario para cumplir con la finalidad que ellas persiguen.

De esa manera, es claro que todas las medidas preventivas que se adopten en el procedimiento sumarial han de tener una vigencia temporal limitada en el tiempo, de modo que no puede

(54) Tawil, Guido S. - Monti, Laura M., "La motivación del acto administrativo", Depalma, Buenos Aires, 1998, p. 12; Sacristán, Estela B., "La motivación como requisito esencial del acto administrativo", en AA.VV. Acto administrativo y reglamento, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, RAP, Buenos Aires, 2002, p. 65 y ss., entre otros.

(55) Fiorini, Bartolomé A., "Derecho Administrativo", ob. cit., t. I, p. 850.

válidamente disponerse una medida preventiva *sine die*.

Si bien la cuestión relativa a la vigencia temporal de cada una de las medidas que puede adoptar la Administración (v.gr.: suspensión preventiva o traslado preventivo) en el marco de la LMREP y sus normas complementarias será analizado en las páginas que siguen, en esta oportunidad consideramos necesario dejar establecido, ya desde ahora, algunas aclaraciones de insoslayable valoración.

En virtud del carácter provisorio de las medidas preventivas, su vigencia temporal limitada resulta innegable pues, de lo contrario, se estaría frente a una a sanción encubierta o anticipada, lo que resulta manifiestamente incompatible con los principios de un Estado constitucional de derecho y, particularmente, con el principio de presunción de inocencia al que ya nos hemos referido **(56)**.

El límite temporal de las medidas preventivas constituye una garantía que opera a favor del funcionario público que fuera objeto de aquellas, pues este sabrá que su traslado o suspensión provisional lo será por un plazo razonable.

Ciertamente, como bien apunta Trayter **(57)**, si aquel "es sobrepasado, la 'provisionalidad' desaparece y, en consecuencia, desaparece también la justificación última de su adopción que no es otra ni puede ser otra que el deseo de celeridad y rapidez en la instrucción y desarrollo del expediente, lo que conlleva la obligación de levantar la suspensión provisional de forma automática cuando se haya cumplido el plazo máximo establecido".

Las medidas preventivas deben serlo por tiempo determinado pues, como bien apuntó el Maestro Fiorini, "no puede suspenderse preventivamente a los agentes sine die. Corresponde a la responsabilidad de las autoridades administrativas establecer los plazos y evitar también que estas medidas preventivas se transformen en verdaderas sanciones" **(58)**.

En ese orden de ideas, la jurisprudencia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, al analizar la validez de una suspensión preventiva, entendió que el actuar de la Administración a lo largo de la tramitación de un sumario administrativo donde se dispuso "el dictado de sucesivas suspensiones preventivas sin adecuación a la normativa vigente" resulta irregular, pues ello produce "en el actor una perturbación en su espíritu, sentimientos y normal desenvolvimiento como consecuencia de la falta de ingresos y certezas sobre su situación laboral" y, en consecuencia, tal accionar "resulta a todas luces irrazonable" **(59)**.

En definitiva, entonces, es claro que las medidas preventivas deben ser dictadas fijándose un plazo determinado, pues de lo contrario se estaría frente a una sanción encubierta o anticipada, lo que se acarrea un comportamiento ilegítimo de la Administración que vulnera el derecho de defensa del funcionario público.

Como se ve, la fijación del plazo máximo para los actos administrativos que disponen medidas preventivas opera como una "condición resolutoria", esto es, aquella que condiciona el cese de los efectos jurídicos directos a un acontecimiento futuro e incierto.

Ahora bien, en el marco de un procedimiento administrativo disciplinario, ¿constituye la condición resolutoria un elemento esencial para la válida configuración del acto que dispone la medida preventiva?

En el ámbito doctrinario se ha señalado que además de los elementos cuya concurrencia condiciona la existencia y validez de un acto administrativo (competencia, causa, objeto, pro-

(56) Bien se ha señalado que "ya sea una separación preventiva o un traslado transitorio del agente, ello no debe significar más que una medida de prevención y no una sanción encubierta, impuesta con anticipación, o un castigo que pudiera configurarse dentro de la imposición de tareas deshonrosas o degradantes para su cargo o categoría" (Leguizamón, Gustavo S., "Sumario administrativo...", ob. cit., p. 83).

(57) Trayter, Juan M., "Manual de derecho disciplinario...", ob. cit., p. 303.

(58) Fiorini, Bartolomé, "Derecho Administrativo", ob. cit., t. I, p. 851. En similar sentido puede verse: Marienhoff, Miguel S., "Tratado...", ob. cit., t. III-B, p. 425.

(59) CACAyT, Sala II, "Bianco, Norberto Jesús c. GCBA s/ revisión de cesantías o exoneraciones de empleados públicos", 27/11/2009.

cedimientos, motivación, finalidad y forma), la Administración puede o no incluir otros, siempre que tenga facultades para introducirlos, y que significan una ampliación o restricción de los efectos jurídicos que el acto hubiera producido normalmente si aquellos no hubieran sido insertados **(60)**.

Aquellos elementos que pueden o no ser incluidos por la administración sin que su ausencia afecte la validez del acto administrativo dictado, son los denominados "elementos o cláusulas accesorias o accidentales" del acto administrativo y, entre ellos, se suelen mencionar al término o plazo, la condición y el modo.

Dentro de la "condición" se incluye a la "condición resolutoria" que es aquella que, como vimos, condiciona el cese de los efectos jurídicos directos a un acontecimiento futuro e incierto.

Según aquella clasificación, entonces, parecería que la fijación de un plazo máximo para las medidas preventivas constituye un elemento accidental del acto.

Sin embargo, cabe tener presente que, como bien ha precisado la doctrina, los elementos accidentales dejan de ser tales para convertirse en esenciales, con los efectos consiguientes en cuanto a la validez del acto que las contiene, cuando ellos sean inherentes al respectivo acto, porque de ser así se trataría, en realidad, de elementos constitutivos del objeto normal de este **(61)**.

En nuestro caso, la legitimación de las medidas preventivas, como verdaderas medidas cautelares de naturaleza administrativa, proviene de su carácter accesorio y provisorio en relación con el procedimiento administrativo principal, razón por la cual cuando aquellas pierden su naturaleza cautelar y son dictadas *sine die,* se convierten en una pena o sanción autónoma y atípica de plano, *sine strepitu et iuditio,* con infracción manifiesta del principio de juridicidad que caracteriza a la función administrativa, tornándolas en manifiestamente ilegítimas.

En consecuencia, entendemos que la fijación del plazo máximo para la disposición de cualquier medida preventiva se erige como un elemento esencial del acto administrativo que las dispone pues, su incumplimiento, torna en antijurídico el objeto de la declaración **(62)**.

Una interpretación contraria implicaría obtener en la práctica, por medio de la adopción de una medida preventiva *sine die,* la resolución anticipada del sumario administrativo: la adopción de medidas preventivas, sea el traslado o la suspensión, sin plazo configura una anulación encubierta.

De todos modos, como anticipáramos, las cuestiones vinculadas con la vigencia temporal de las medidas preventivas que pueden adoptarse en el régimen jurídico de la LMREP y sus normas complementarias será analizada *infra,* motivo por el cual allí nos remitimos.

Es que, como allí veremos, el límite temporal de las medidas preventivas, en especial, la suspensión preventiva cuando el agente ha sido "procesado" en una causa penal, ha merecido una regulación que despertó fuertes críticas por parte de la doctrina y la jurisprudencia.

VI.2.c. Impugnabilidad de las medidas preventivas

Finalmente, otra de las consecuencias que se deriva de sostener que los actos que disponen medidas preventivas se cristalizan a través de *actos administrativos*, es que pueden ser impugnados administrativa y judicialmente.

(60) Por todos: Comadira, Julio Rodolfo, "El Acto Administrativo...", ob. cit., p. 69 y ss.

(61) Comadira, Julio Rodolfo, "El Acto Administrativo...", ob. cit., p. 69; Escola, Héctor J., "Compendio...", ob. cit., t. 1, p. 505; Cassagne, Juan C., "Curso de Derecho Administrativo", La Ley, Buenos Aires, 2011, 10ª ed., t. 1, p. 634; Marienhoff, Miguel S., "Tratado...", ob. cit., t. II, p. 365; Caputi, María Claudia "Las cláusulas accidentales del acto administrativo", en AA.VV. Acto administrativo y reglamento, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, RAP, Buenos Aires, 2002, p. 131 y ss., especialmente ps. 138/139, entre otros.

(62) En similar sentido puede verse: la jurisprudencia puede verse: Canda, Fabián O., "Las medidas precautorias en el marco del procedimiento administrativo", RAP 406, p. 67, especialmente nota al pie nro. 12.

Aquella es, además, no solo la postura de la doctrina nacional [Canda **(63)**, Saíd **(64)**, García Pullés **(65)**, Sánchez Caparrós **(66)**, Fernández **(67)**, Cabral - Schreginger **(68)**, entre otros] sino, también, la que se sigue en el derecho comparado [Jalvo **(69)**, Trayter **(70)**, Sánchez Morón **(71)**, Tardía Pato **(72)** y Veloso Giribaldi **(73)**, entre otros].

Es que, si tenemos en cuenta que, como dijimos, la medida preventiva produce efectos jurídicos directos respecto del agente público en su relación de servicio, no resulta ocioso recordar lo apuntado por nuestro Máximo Tribunal de la Nación, en cuanto a que, "como regla, están sujetos a revisión judicial todos los actos que producen efectos jurídicos directos con relación a administrados o terceros destinatarios de ellos" **(74)**.

Por lo demás, creemos que resulta de aplicación *mutatis mutandi* a las medidas preventivas dictadas en el marco de un sumario administrativo disciplinario, lo resuelto por la CNACAF en relación con la impugnación de las medidas provisionales dispuestas por la Administración en el marco de la ley 24.240 de defensa de la competencia en cuyo texto, vale aclarar, al igual que lo dispone el art. 39 de la LMREP, prevé que los recursos proceden "contra los actos administrativos que dispongan sanciones" (art. 45).

En efecto, según la Cámara, "una correcta hermenéutica de las normas referenciadas, efectuada a la luz del derecho de defensa reconocido en el art. 18 de nuestra Ley Fundamental, no permite concluir en que solo las sanciones —en sentido estricto— que impone la autoridad de aplicación sean las revisables a través del recurso previsto en el párr. 12° del art. 45 de la ley 24.240", razón por la cual entendió procedente la impugnación por dicho medio de las medidas preventivas dictadas por la autoridad de aplicación **(75)**.

VII. Clases de medidas preventivas

En las páginas que siguen analizaremos las distintas clases de medidas preventivas expresamente contempladas en el régimen disciplinario aplicable a los funcionarios que prestan servicios en dependencias del Poder Ejecutivo nacional —y, en su caso, en los entes descentralizados— que estén regidos por la LMREP y la regulación prevista en el RIA **(76)**.

En tal sentido, y sin perjuicio de que, como lo hemos mencionado *infra*, en nuestra opinión, la adopción de medidas preventivas es un poder inherente a la función administrativa, a nivel nacional la LMREP y sus normas complementarias prevén la adopción de dos tipos de medidas preventivas para alejar temporalmente al agen-

(63) Canda, Fabián O., "Las medidas precautorias en el marco del procedimiento administrativo", RAP 406, p. 70/71.

(64) Said, José, "Investigaciones administrativas...", ob. cit., p. 905.

(65) García Pullés, Fernando R., "Lecciones de Derecho Administrativo", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2015, p. 508.

(66) Sánchez Caparrós, Mariana, "La validez del acto que dispone la suspensión preventiva...", ob. cit.

(67) Fernández, Mirta Beatriz, "Algunas cuestiones vinculadas a la aplicación de las medidas cautelares en el procedimiento disciplinario. La disponibilidad relativa y la suspensión preventiva", en AA. VV., Empleo Público, Bastons, Jorge Luis (dir.), Librería Editora Platense, La Plata, 2006, p. 634.

(68) Cabral, Pablo O., - Schreginger, Marcelo J., "El Régimen de Empleo Público...", ob. cit., p. 693.

(69) Jalvo, Belén M., "El régimen disciplinario...", ob. cit., p. 284.

(70) Trayter, Juan M., "Manual de derecho disciplinario...", ob. cit., p. 311/314.

(71) Sánchez Morón, Miguel, "Derecho de la Función Pública", ob. cit., 11ª ed., p. 365.

(72) Tardío Pato, José A., "Las medidas provisionales en el procedimiento administrativo", Revista Jurídica de Navarra, nro. 38, 2004, p. 129.

(73) Veloso Giribaldi, Natalia, "Las medidas cautelares y provisionales...", ob. cit., ps. 990/991.

(74) CSJN, "Cabrera, Carlos Roberto s/ recurso de apelación art. 62 ley 22.105", 15/11/1983, Fallos 305:1937.

(75) CNACAF, Sala II, "Prima SA c. Subsecretaría de Defensa de la Competencia y Defensa del Consumidor", 20/09/2007.

(76) En lo que aquí interesa, cabe recordar que según surge del art. 38 de la LMREP "por vía reglamentaria se dictará (...) el procedimiento de investigación aplicable" y, conforme lo establece el RLMREP, "el procedimiento de investigación aplicable será el establecido por el decreto 467", es decir, el RIA.

te: la suspensión preventiva y el traslado preventivo.

En efecto, el art. 36 de la LMREP establece que "el personal sumariado podrá ser suspendido preventivamente o trasladado dentro de su zona por la autoridad administrativa competente cuando su alejamiento sea necesario para el esclarecimiento de los hechos investigados o cuando su permanencia en funciones fuera evaluada como peligrosa o riesgosa. Esta decisión deberá ser tomada por la autoridad competente con los debidos fundamentos y tendrá los efectos de una *medida precautoria*, no pudiendo extenderse en ningún caso, durante más de tres [3] meses desde la fecha de iniciación del sumario. Vencido dicho plazo, si el sumario no hubiera sido concluido, el trabajador deberá ser reincorporado a sus tareas habituales. Una vez concluido el sumario, si del mismo no resulta la aplicación de sanciones o las que se determinen no impliquen la pérdida de los haberes, el trabajador que hubiera sido afectado por una suspensión preventiva tendrá derecho a que se le abonen los salarios caídos durante el lapso de vigencia de la misma, o la parte proporcional de los mismos, según le corresponda".

Como se ve, la LMERP expresamente menciona que la suspensión y el traslado preventivo son *medidas precautorias*, es decir, medidas accesorias o instrumentales al procedimiento principal (v.gr.: sumario administrativo), por lo que queda claro que no se trata de *sanciones*.

Es que, como dijéramos antes y a simple título ejemplificativo, no debe confundirse la suspensión preventiva que se dispone durante el trámite del procedimiento sumarial, con la suspensión sancionatoria que es la que se dicta como medida disciplinaria **(77)**.

Por lo demás, como veremos, la LMREP se complementa con lo dispuesto en el RLMREP y las disposiciones previstas en el cap. III del RIA (arts. 53 a 60).

VII.1. Traslado preventivo

En relación con el traslado preventivo de los funcionarios públicos, en los párrafos anteriores mencionamos que el art. 36 de la LMREP prevé que "el personal sumariado podrá ser suspendido preventivamente o trasladado dentro de su zona por la autoridad administrativa competente cuando su alejamiento sea necesario para el esclarecimiento de los hechos investigados o cuando su permanencia en funciones fuera evaluada como peligrosa o riesgosa (...) no pudiendo extenderse en ningún caso, durante más de tres [3] meses desde la fecha de iniciación del sumario. Vencido dicho plazo, si el sumario no hubiera sido concluido, el trabajador deberá ser reincorporado a sus tareas habituales".

El Reglamento de la Ley Marco del Régimen de Empleo Público aprobado por dec. 1421/2002 (en adelante, RLMREP), a su turno, dispone en el art. 36 que "el traslado y la suspensión preventiva del agente presuntivamente incurso en falta, originados en la sustanciación de un sumario disciplinario, se ajustará a las previsiones del dec. 467/1999 del 5 de mayo de 1999 o el que se dicte en su reemplazo, debiendo ajustarse en todos los casos, la extensión del plazo que se disponga en virtud de las necesidades de la causa, al término máximo establecido por el artículo que se reglamenta por el presente. Respecto de la zona se aplicará lo previsto en la reglamentación del art. 15 del presente".

Por último, el RIA en el art. 53 establece que "cuando la permanencia en funciones fuera inconveniente para el esclarecimiento del hecho investigado, la autoridad administrativa competente podrá disponer el traslado del agente sumariado. Este se hará efectivo dentro del asiento

(77) Marienhoff, Miguel S., "Tratado...", ob. cit., t. III-B, ps. 424/425; García Pullés, Fernando R., "Régimen de Empleo Público...", ob. cit., p. 510; Canda, Fabián O., "Las medidas precautorias en el marco del procedimiento administrativo", RAP 406, p. 64; Leguizamón, Gustavo S., "Sumario administrativo...", ob. cit., p. 84, entre otros. — En igual sentido pueden verse los Dictámenes 260:72; 251:72; 151:590; 124:372, entre otros, donde el Máximo Tribunal de la Nación destacó que correspondía distinguir la suspensión aplicada como consecuencia de la tramitación del sumario administrativo y la suspensión provisional, que no constituye una sanción, sino que es una medida preventiva tendiente a evitar las consecuencias del mantenimiento en funciones del que está sometido a proceso. — En la jurisprudencia puede verse: CNACAF, Sala II, "Pini Hugo Víctor Amílcar Aldo c. Poder Legislativo Nacional - Disp. 65/02 s/ medida cautelar (autónoma)", 12/08/2003; CNACAF, Sala III, "Califano Mario c. CONICET - resol. 715/97 s/ amparo ley 16.986", 22/06/1998.

habitual de sus tareas, y de no ser ello posible, a no más de 50 km. del mismo por un plazo no mayor al establecido para la instrucción sumarial. El traslado del agente solo puede exceder el período señalado, en los supuestos en que, por resolución fundada del superior, se amplíe el plazo de instrucción y aún resulte inconveniente la presencia del imputado en el lugar de revista".

VII.2. Suspensión preventiva

La suspensión preventiva está regulada en el art. 36 de la LMREP y en el art. 36 del RLMREP que hemos transcripto en el punto anterior, razón por la cual allí nos remitimos.

El RIA, por su parte, regula la suspensión preventiva de los funcionarios públicos en los arts. 54 y ss., veamos:

"Art. 54.- Cuando no fuera posible el traslado del agente o la gravedad del hecho lo hiciera aconsejable, el agente presuntamente incurso en falta podrá ser suspendido preventivamente por un término no mayor de treinta [30] días, prorrogable por otro período de hasta sesenta [60] días. Ambos términos se computarán en días corridos. La aplicación de estas medidas lo será sin perjuicio de las previstas en los arts. 57 a 59.

"Art. 55.- Vencidos los términos a que se refiere el artículo anterior sin que se hubiere dictado resolución conclusiva en el sumario, el agente deberá reintegrarse al servicio, pudiendo serle asignada, de resultar conveniente, una función diferente.

"Art. 56.- En los casos en que las medidas preventivas o su prórroga se dispusieran durante la instrucción del sumario, deberán resolverse previo informe fundado por el instructor.

"Art. 57.- Cuando el agente se encontrare privado de libertad, será suspendido preventivamente, instruyéndose el sumario pertinente, debiendo ser reintegrado al servicio dentro de los dos [2] días de recobrada la libertad.

"Art. 58.- Cuando al agente se le haya dictado auto de procesamiento por hecho ajeno al servicio, y la naturaleza del delito que se le imputa fuera incompatible con su desempeño en la función, en el caso que no fuera posible asignarle otra, podrá disponerse la suspensión preventiva del mismo hasta tanto recaiga pronunciamiento en la causa penal a su respecto.

"Art. 59.- Cuando el proceso se hubiere originado en hechos del servicio o a él vinculados, podrá suspenderse al agente hasta la finalización del mismo a su respecto, sin perjuicio de la sanción que correspondiere en el orden administrativo".

Como se ve, e independientemente de nuestra opinión sobre la regulación del plazo de vigencia temporal de la medida, el que será analizado en las páginas que siguen, el RIA distingue:

(i) la suspensión preventiva como medida cautelar cuando no fuera posible disponerse el traslado del agente o la gravedad del hecho lo hiciera aconsejable (art. 54),

(ii) la suspensión preventiva derivada de la situación penal del funcionario, en cuyo caso prevé tres supuestos:

a. agente privado de libertad (art. 57),

b. agente procesado por hechos ajenos al servicio (art. 58) y,

c. agente procesado por hechos del servicio (art. 59).

La PTN ha señalado que "la suspensión como medida precautoria o preventiva presenta dos modalidades. Una se sustenta en la sustanciación de un sumario administrativo disciplinario y tal medida preventiva, tanto la suspensión preventiva como el traslado, tiene por finalidad asegurar el éxito de la investigación en cuanto a la reunión de la prueba; con ello se busca evitar que la permanencia en funciones del agente (en el traslado el agente cumple sus tareas en otro lugar) pueda ser un inconveniente para el esclarecimiento del hecho, es decir que se pueda dispersar la prueba o entorpecer la investigación. Otra modalidad de suspensión preventiva se origina con motivo de la tramitación de un proceso penal" **(78)**.

(78) Dictámenes 241:219.

Debido a la importancia que reviste la cuestión vinculada con la suspensión preventiva por el procesamiento penal del agente, la cuestión será analizada en forma independiente *infra*.

VIII. Vigencia temporal de las medidas preventivas en el marco de la LMREP y normativa infralegal

Ya hemos adelantado que la cuestión vinculada con la vigencia temporal de las medidas preventivas, en especial, la *suspensión preventiva,* ha generado —y continúa haciéndolo— interesantes discusiones doctrinarias y jurisprudenciales pues, conforme habrá advertido el lector, muchas de las previsiones estipuladas en el RIA —que, vale reiterar, fue aprobado con anterioridad a la actual LMREP— se contraponen con las previstas en la ley (v.gr.: LMREP).

VIII.1. Traslado preventivo

En relación con la vigencia temporal del traslado preventivo, el art. 36 de la LMREP prevé que no podrá "extenderse en ningún caso, durante más de tres [3] meses desde la fecha de iniciación del sumario".

El RLMREP en su art. 36 reza, como ya dijéramos, que "el traslado y la suspensión preventiva del agente presuntivamente incurso en falta, originados en la sustanciación de un sumario disciplinario, se ajustará a las previsiones del dec. 467 del 5 de mayo de 1999 o el que se dicte en su reemplazo, debiendo ajustarse en todos los casos, la extensión del plazo que se disponga en virtud de las necesidades de la causa, al término máximo establecido por el art. que se reglamenta por el presente. Respecto de la zona se aplicará lo previsto en la reglamentación del art. 15 del presente".

El RIA, a su turno, estipula en su art. 53 que el plazo del traslado preventivo del agente sumariado no podrá ser "mayor al establecido *para la instrucción sumarial*. El traslado del agente solo puede exceder el período señalado, en los supuestos en que, por resolución fundada del superior, se amplíe el plazo de instrucción y aún resulte inconveniente la presencia del imputado en el lugar de revista".

En ese sentido, y no obstante nuestra opinión sobre la cuestión, lo cierto es que la sustanciación de los sumarios administrativos, de acuerdo con lo previsto en el art. 38 de la LMREP, "nunca podrán exceder de seis [6] meses".

De ese modo, el debate que se genera radica en determinar si el traslado preventivo tiene un plazo máximo de:

(i) seis [6] meses, pues el RIA prevé como límite el término para la sustanciación de los sumarios administrativos, que es el que surge del art. 38 de la LMREP o si,

(ii) tres [3] meses, toda vez que el RLMREP prevé que el traslado preventivo no puede superar el plazo máximo previsto en el art. 36 de la LMREP.

En nuestra opinión, y al igual que lo apuntado por la doctrina autorizada en la materia **(79)**, entendemos que el plazo máximo por el que pueden ser trasladados los funcionarios públicos, a partir de la sanción de la LMREP, no puede exceder el término de los tres [3] meses.

Ello así toda vez que, como lo hemos adelantado, el RIA aprobado por dec. 467/1999 continúa en vigencia en tanto no se oponga a lo establecido en la mencionada ley.

Creemos que en esta cuestión resulta de aplicación *mutatis mutandis* el denominado principio de la "ultraactividad del reglamento", según el cual tanto la CSJN **(80)** como la doctrina, en

(79) García Pullés, Fernando R., "Régimen de Empleo Público...", ob. cit., p. 511; Said, José, "Investigaciones administrativas...", ob. cit., p. 905 y ss.; Canda, Fabián O., "El régimen disciplinario de los empleados públicos...", ob. cit.; Sánchez Caparrós, Mariana, "La validez del acto que dispone la suspensión preventiva...", ob. cit., entre otros.

(80) En el caso "Santoro" la Corte ha señalado que "la modificación del régimen legal no supone la cancelación de su reglamentación sino en cuanto ésta sea incompatible con las disposiciones de la nueva ley" (CSJN, "Santoro, Nicolás c. Favaro, Orestes", 22/07/1959, Fallos 244:219) y, posteriormente, en "Radio Suipacha" precisó que "es necesario además examinar si tales normas son verdaderamente incompatibles o no con el sistema de la nueva ley, pues sólo en el primer supuesto se produciría la insubsistencia de las reglamentaciones que tenían su razón de ser en la antigua" (CSJN, "Radio Suipacha SACIF s/ recurso de apelación", 28/03/1978, Fallos 300:271).

criterio que compartimos, sostienen que la derogación de una ley reglamentada no genera la pérdida automática de vigencia de su reglamento ejecutivo, pudiéndoselo incluso llegar a emplear para tornar aplicable la nueva ley, operando cuando sus disposiciones no resulten incompatibles con esta **(81)**.

VIII.2. Suspensión preventiva

Previo al análisis de la cuestión conviene reiterar que según lo prevé el art. 36 de la LMREP la suspensión preventiva, al igual que lo visto para el traslado preventivo, no podrá "extenderse en ningún caso, durante más de *tres [3] meses* desde la fecha de iniciación del sumario".

A su vez, debe recordar que el art. 36 del RLMREP estipula que si bien la suspensión preventiva —como el traslado preventivo— deben ajustarse a las previsiones del RIA, la misma norma establece que la extensión de la medida no puede superar el término máximo del artículo que reglamenta, es decir, tres [3] meses desde la fecha de iniciación del sumario.

Ahora bien, como apuntáramos antes, de los arts. 54 a 59 del RIA surge que la suspensión preventiva puede surgir como:

(i) medida cautelar cuando no fuera posible disponerse el traslado del agente o la gravedad del hecho lo hiciera aconsejable (art. 54),

(ii) suspensión preventiva derivada de la situación penal del funcionario distinguiendo, en cuyo caso prevé tres supuestos:

a. agente privado de libertad (art. 57),

b. agente procesado por hechos ajenos al servicio (art. 58) y,

c. agente procesado por hechos del servicio (art. 59).

Analizaremos a continuación cada uno de aquellos supuestos.

VIII.2.a. Suspensión preventiva como medida cautelar cuando no puede disponerse el traslado del agente o la gravedad del hecho lo hiciera aconsejable

La suspensión preventiva como medida cautelar cuando no puede disponerse el traslado del agente o la gravedad del hecho lo hiciera aconsejable no ofrece mayores complejidades.

En efecto, según el art. 54 del RIA, "cuando no fuera posible el traslado del agente o la gravedad del hecho lo hiciera aconsejable, el agente presuntamente incurso en falta podrá ser suspendido preventivamente por un término no mayor de treinta [30] días, prorrogable por otro período de hasta sesenta [60] días" y, conforme el 55 del mismo cuerpo normativo, "vencidos los términos a que se refiere el art. anterior sin que se hubiere dictado resolución conclusiva en el sumario, el agente deberá reintegrarse al servicio, pudiendo serle asignada, de resultar conveniente, una función diferente".

Como se ve, la norma no se contrapone con lo previsto en la LMREP y su decreto reglamentario, pues el traslado preventivo y sus posibles prórrogas no superan el plazo máximo de los tres [3] meses (cfr. arts. 36 de ambas normas).

VIII.2.b. Suspensión preventiva derivada de la situación penal del funcionario público

La cuestión de la vigencia temporal de la suspensión preventiva se vuelve más compleja en los supuestos en los que el funcionario público ha sido penalmente privado de su libertad y, especialmente, cuando ha sido "procesado" por hechos, ajenos o no, al servicio que presta.

VIII.2.b.i. Agente privado de la libertad

De conformidad con el art. 57 del RIA, "cuando el agente se encontrare privado de libertad, será suspendido preventivamente, instruyéndose el sumario pertinente, debiendo ser reintegrado al servicio dentro de los dos [2] días de recobrada la libertad".

(81) Comadira, Julio Rodolfo; Escola, Héctor Jorge; Comadira, Julio Pablo (coordinador, colaborador y actualizador), "Curso...", ob. cit., t. 1, p. 43. Un interesante análisis de la cuestión puede verse en Stortoni, Gabriela A., "Ultraactividad del reglamento", en AA.VV., Cuestiones de Acto Administrativo, Reglamento y otras fuentes del Derecho Administrativo, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, RAP, Buenos Aires, 2009, p. 181 y ss., especialmente p. 415.

La regulación trascripta resulta más que razonable, pues si el agente está privado de su libertad aquel no podrá concurrir a prestar servicios.

Por ello, en nuestra opinión, se trata de una norma que beneficia al funcionario público, pues al disponerse la suspensión preventiva por la causal analizada se evita que, por ejemplo, una eventual inasistencia a prestar servicios por un plazo mayor de cinco días continuos y que, por falta de anoticiamiento a la Administración pública, sea sancionada con cesantía en virtud del art. 32, inc. b) de la LMREP (v.gr.: abandono del servicio) **(82)**.

VIII.2.b.ii. Procesamiento por hechos ajenos al servicio

VIII.2.b.ii.1. La vigencia temporal de la suspensión preventiva según el RIA

Bajo el título "Agente procesado", el art. 58 del RIA establece que "cuando al agente se le haya dictado auto de procesamiento por hecho ajeno al servicio, y la naturaleza del delito que se le imputa fuera incompatible con su desempeño en la función, en el caso que no fuera posible asignarle otra, podrá disponerse la suspensión preventiva del mismo hasta tanto recaiga pronunciamiento en la causa penal a su respecto".

Conforme surge de la norma transcripta, para que proceda la suspensión preventiva del agente procesado por hechos ajenos al servicio, es necesario que:

(i) la naturaleza del delito que se le imputa fuera incompatible con su desempeño en la función,

(ii) no fuera posible asignarle otra función.

Por lo demás, y en relación con el plazo de vigencia de la suspensión preventiva, el RIA establece que aquella podrá disponerse hasta tanto recaiga pronunciamiento en la causa penal a su respecto.

Como podrá apreciar el lector, la solución prevista en el art. 58 del RIA se contrapone con lo estipulado en el art. 36 de la LMREP que, como ya dijimos, prevé un máximo de tres [3] meses para las medidas preventivas —sea el traslado o la suspensión—, lo que ha generado que la doctrina y la PTN analizaran si la primera norma continúa vigente.

VIII.2.b.ii.2. La opinión de la PTN

La PTN, aunque refiriéndose al art. 59 del RIA que prevé el procesamiento por hechos del servicio, pero cuyas conclusiones son también aplicables respecto de la cuestión aquí analizada pues también se estipula la suspensión preventiva hasta la finalización de la causa penal, tuvo la oportunidad de analizar la vigencia y los alcances de lo contemplado en el RIA en virtud de lo dispuesto por el art. 36 de la LMREP.

Así, en primer lugar señaló que "la suspensión como medida precautoria o preventiva presenta dos modalidades, una que se sustenta en la tramitación de un sumario administrativo disciplinario que tiene como finalidad asegurar el éxito de la investigación en cuanto a la reunión de la prueba y con ello evitar que la permanencia en funciones del agente pueda ser un inconveniente para el esclarecimiento del hecho, es decir que se pueda dispersar la prueba entorpecer la investigación, y otra que se origina con motivo de la tramitación de un proceso penal".

Luego de ello, tras destacar, con cita de un fallo de la CSJN anterior no solo a la LMREP sino también del RIA, que "el término de la suspensión preventiva de que puede ser pasible el personal de la Administración difiere según exista o no proceso criminal. Si existe proceso criminal aquella debe durar hasta su terminación", apuntó que "el plazo previsto por el art. 36 de la Ley Marco de Regulación de Empleo Público Nacional solo se comprende a la originada en el desarrollo de un sumario administrativo pues su finalidad es la de 'urgir los procesos administrativos a que den lugar las irregularidades de los agentes en el servicio', sin embargo aquel plazo carece de efectividad respecto de los términos que pueda requerir el procesamiento criminal de los mismos agentes" **(83)**.

(82) Como apunta Said, "se produce una situación objetiva de abandono de servicio, pero no subjetiva ya que el agente carece de la posibilidad de obrar de otra manera" (Said, José, "Investigaciones administrativas...", ob. cit., p. 909). Ver, también: Repetto, Alfredo L., "Procedimiento administrativo disciplinario...", ob. cit., p. 502.

(83) Dictámenes 241:219.

De esa manera, para la PTN el plazo de tres [3] meses previsto por la LMREP solo se refiere a la suspensión preventiva dispuesta en un sumario administrativo por hechos que no han dado base a una causa penal, pues la función de garantía que la ley brinda a los sumariados para que el sumario se sustancie con celeridad "carece de efectividad respecto de los términos que pueda requerir el procesamiento criminal de los mismos agentes".

VIII.2.b.ii.3. Nuestra postura

En nuestra opinión, la posibilidad contemplada en el RIA de extender la suspensión preventiva "hasta tanto recaiga pronunciamiento en la causa penal a su respecto", vulnera de manera manifiesta lo dispuesto en el art. 36 de la LMREP que, como dijéramos en reiteradas ocasiones, prevé un máximo tres [3] meses **(84)**.

La LMREP es categóricamente clara al respecto, "en ningún caso" las medidas preventivas pueden superar el plazo de tres [3] meses, razón por la cual el RIA no debe aplicarse.

En modo alguno podría sostenerse que la inaplicabilidad del RIA en casos concretos como los aquí analizados importe una transgresión del principio de la "inderogabilidad singular del reglamento" que hemos analizado en otra ocasión **(85)**, según el cual un acto individual no puede violar lo dispuesto por un reglamento, aun cuando este haya sido emitido por una autoridad jerarquía inferior, salvo que lo derogue, lo modifique o, en su caso, lo interprete de modo de sentar un antecedente que deberá ser obligatoriamente observado en situaciones similares futuras.

Ello así toda vez que, como allí mencionáramos, aquel se sustenta, por un lado, en el principio de juridicidad y, por otra parte, en el principio de igualdad, razón por la cual no caben dudas que cuando el Reglamento es ilegítimo tal principio cede, pues no sería razonable suponer que la Administración deba dictar actos administrativos singulares de aplicación también ilegítimos.

En ese sentido, Gordillo ha precisado que si el reglamento es ilegal la administración puede en un acto particular apartarse de lo ilegalmente dispuesto por aquel **(86)**.

Del mismo modo, el profesor Comadira, tras brindar diversos argumentos para sostener que las sentencias que acogen la impugnación de un reglamento deben tener efectos *erga omnes,* señaló que aquella tesitura no violenta el principio de inderogabilidad de los reglamentos pues, a su entender, aquel "supone la inaplicación ilegal o discriminatoria, en un caso concreto, de un reglamento válido; de modo que aun circunscripto el efecto anulatorio al caso concreto juzgado aquel principio no resultaría comprometido" **(87)**.

Igual razonamiento fue seguido en un trabajo escrito por Julio Pablo Comadira, en coautoría con Fernando Lagarde, pues, en lo que aquí interesa, precisaron que el principio de la inderogabilidad del reglamento supone, como presupuesto lógico, "la legalidad del reglamento

(84) En igual sentido: García Pullés, Fernando R., "Régimen de Empleo Público...", ob. cit., p. 512; Said, José, "Investigaciones administrativas...", ob. cit., p. 910; Canda, Fabián O., "Las medidas precautorias en el marco del procedimiento administrativo", RAP 406, p. 69, entre otros.

(85) Comadira, Fernando Gabriel, "Régimen jurídico de la función administrativa reglamentaria" en AA.VV. Fuentes y procedimiento administrativo. Cuestiones actuales y perspectivas, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, RAP, Buenos Aires, 2019, p. 449 y ss., especialmente p. 480 y ss.

(86) Ello, agrega el autor, "siempre que la decisión individual se ajuste a lo que dispone la ley, la Constitución o las normas y principios del ordenamiento jurídico supranacional— y siempre que no se afecten derechos subjetivos adquiridos al amparo de la reglamentación anterior" (Gordillo, Agustín, "Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas. Parte General", Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2010, 1ª ed., t. 1, p. VII-24-25).

(87) Comadira, Julio Rodolfo, "Procedimientos Administrativos...", ob. cit., t. 1, p. 472. En contra, García Pullés, Fernando R., "Efectos de la sentencia anulatoria de un Reglamento, perspectivas procesales, constitucionales y de derecho administrativo", LA LEY, 2000-C, 1168. Ver, también, del mismo autor, "Los efectos de la sentencia anulatoria de un acto de alcance general. Algunas perspectivas procesales, constitucionales y de derecho administrativo", REDA 33/35, p. 163 y ss.

que la Administración pretendería derogar singularmente" **(88)**.

Es que, como señalara Forsthoff, "una vez establecida la irregularidad del reglamento, la consecuencia es su inaplicación" **(89)**.

De esa manera, entonces, y teniendo en consideración, por un lado, que el principio general es que la Administración debe extinguir los actos administrativos ilegítimos **(90)** y, por otra parte, que la inderogabilidad singular del reglamento está fundada en la juridicidad e igualdad, es claro que ante un reglamento ilegítimo el principio en estudio no solo no es aplicable sino que, además, de dictarse un acto singular con base en aquel reglamento (v.gr.: RIA), la Administración **debería** anularlo por sí y ante sí o, en su defecto, solicitar su nulidad judicial mediante el proceso de lesividad **(91)**.

Al no ser aplicable el principio de la inderogabilidad singular del reglamento, tampoco podría válidamente sostenerse que si la Administración se aparta del reglamento inválido —en el caso, el RIA— estaría violando la garantía de la igualdad, pues en modo alguno puede pretenderse la reiteración de la ilegalidad, porque el precedente ilegal conduce, no a la igualdad ante la juridicidad, sino a la igualdad fuera de ella **(92)**.

Por ello, como hemos destacado anteriormente, bien ha señalado la PTN **(93)**, en línea con lo apuntado por doctrina calificada **(94)**, que el precedente administrativo integra el ordenamiento jurídico en tanto en su seguimiento esté comprometida la garantía de la igualdad, lo que supone, desde luego, la legalidad de aquel.

Asimismo, resulta insoslayable hacer referencia a lo resuelto por la CSJN no solo en el ejercicio de la función jurisdiccional que le es propia sino, también, en el de superintendencia (función administrativa) **(95)**.

En el primer caso, es decir, en su función jurisdiccional, destacó que "si, como en el caso, en virtud de la instrucción de un proceso penal que lleva cuatro años de duración y no se advierte la posibilidad de pronta resolución, se ha impuesto una suspensión como medida precautoria, existe una restricción al derecho de trabajar, con las incompatibilidades que para los empleados de la justicia apareja, que resulta irrazonable y excede la función de salvaguardar los valores que tiende a proteger", agregando que "de acuerdo con la doctrina de Fallos 287:248, la existencia de una dilación indefinida ocasiona agravio a la garantía constitucional del derecho

(88) Comadira, Julio Pablo - Lagarde, Fernando, "La cosa juzgada en el proceso contencioso administrativo", en AA.VV., Tratado de derecho procesal administrativo, Cassagne, Juan C. (dir.), La Ley, Buenos Aires, 2011, 2ª ed. actualizada, t. 2, p. 187.

(89) FORSTHOFF, Ernst, "Tratado de Derecho Administrativo", Institutos de Estudios Políticos, Madrid, 1958, p. 201.— También han señalado que la Administración la Administración debe abstenerse de aplicar el reglamento ilegal, entre otros: García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón, "Curso de Derecho Administrativo", Madrid, 2011, 15ª ed., t. 1, p. 211 y ss.; Sayagués Laso, Enrique, "Tratado...", ob. cit., t. I, ps. 129/130 y 442/443; DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, "Desaplicación del reglamento ilegal", AA.VV., Activa Actividad Reglamentaria de la Administración, Primeras Jornadas Rioplatenses de Derecho Administrativo, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1989, p. 71.

(90) Comadira, Fernando Gabriel, "Anulación del acto administrativo irregular y declaración de lesividad: algunas cuestiones que plantea la denominada 'acción de lesividad'" en El Estado Constitucional de Derecho y el Derecho Administrativo. A 200 años de la Declaración de la Independencia. En homenaje al Prof. Julio R. Comadira, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, RAP, Buenos Aires, 2017, p. 35 y ss.; Comadira, Julio Rodolfo, Escola, Héctor, Jorge y Comadira, Julio Pablo (coordinador, colaborador y actualizador), "Curso...", ob. cit., t. I, p. 514. Ver, también, Dictámenes 183:275, 215:189, 220:44, 221:124, entre otros.

(91) Sobre el concepto de función administrativa y los diversos criterios para delimitarla puede verse: Comadira, Fernando Gabriel, "Apuntes sobre la función administrativa y los criterios para delimitarla", EDA 2016-443.

(92) Comadira, Julio Rodolfo, Escola, Héctor, Jorge y Comadira, Julio Pablo (coordinador, colaborador y actualizador), "Curso...", ob. cit., t. I, p. 77.

(93) Dictámenes 245:422; 245:443; 245:446; 245:459; 245:508; 248:364; 248:546; 253:38 y 253:45

(94) Comadira, Julio Rodolfo, Escola, Héctor, Jorge y Comadira, Julio Pablo (coordinador, colaborador y actualizador), "Curso...", ob. cit., t. I, p. 77.

(95) Ampliar en: Comadira, Fernando Gabriel, "Apuntes sobre la función administrativa y los criterios para delimitarla", EDA 2016-443.

de defensa y produce una privación de justicia..." **(96)**.

A su vez, en el ejercicio de su superintendencia, la Corte levantó numerosas suspensiones preventivas argumentando que "la excesiva duración de la causa penal, sin posibilidad de pronta resolución, importa una restricción irrazonable al derecho constitucional de trabajar (resolución 289/91 dictada en el expediente S-2499/89, y Fallos 318:259 y 319:187)" **(97)**.

Del mismo modo, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (en adelante, SCJBA) sostuvo que "las suspensiones preventivas deben serlo, en principio, por tiempo determinado, no pudiendo suspenderse preventivamente a un agente *sine die.* Corresponde a las autoridades administrativas evitar que una medida precautoria se convierta en una verdadera sanción" **(98)**.

Como se ve, según la jurisprudencia, suspender preventivamente a un agente hasta tanto se resuelva la causa penal en la que no se advierta una pronta resolución, implica una restricción al derecho de trabajar, ocasiona un agravio a la garantía constitucional del derecho de defensa y produce una privación de justicia, razón por la cual tales decisiones resultan irrazonables y exceden la función de salvaguardar los valores que tiende a proteger.

VIII.2.b.iii. Procesamiento por hechos del servicio

VIII.2.b.iii.1. La vigencia temporal de la suspensión preventiva según el RIA

Al igual que lo visto en los párrafos anteriores, el art. 59 del RIA, que también está incluido bajo el título "Agente procesado", dispone que "cuando el proceso se hubiere originado en hechos del servicio o a él vinculados, podrá suspenderse al agente hasta la finalización del mismo a su respecto, sin perjuicio de la sanción que correspondiere en el orden administrativo".

La norma transcripta, de modo similar a lo analizado en el punto anterior, establece que la suspensión preventiva por hechos del servicio o a él vinculados podrá disponerse hasta la finalización del proceso penal.

Se da, aquí, la misma contraposición analizada en las páginas anteriores, pues la norma del art. 59 del RIA se contrapone con lo estipulado en el art. 36 de la LMREP que, como ya dijimos, prevé un máximo de tres [3] meses para las medidas preventivas —sea el traslado o la suspensión—.

VIII.2.b.iii.2. La opinión de la PTN. Remisión

La postura de la PTN fue descripta en el punto nro. VIII.2.b.ii.2. de este trabajo, razón por la cual allí nos remitimos.

VIII.2.b.iii.3. Nuestra postura. Remisión

Por nuestra parte, y al igual que lo hemos apuntado en las páginas que anteceden al analizar la suspensión preventiva por hechos ajenos al servicio, entendemos que la posición de la PTN no puede ser aceptada.

Es que, como allí dijéramos, los arts. 58 y 59 del RIA, que fue dictado antes de la sanción de la LMREP, conculca manifiestamente lo dispuesto en el art. 36 de la LMREP que, como dijéramos en reiteradas ocasiones, prevé un máximo tres [3] meses, razón por la cual no debe ser aplica.

Aquella es, como dijimos, no solo la postura adoptada por la doctrina nacional (García Pu-

(96) CSJN, "Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Criminal de Instrucción N° 20 - Secretaría N° 160, comunica resolución en causa N° 29.381 seguida contra Romualdo Norberto Benincasa y otros por el delito de falsedad ideológica", 07/03/1995, Fallos 318:259.

(97) Resolución 667/2004 recaída en el expediente N° 263/2004 del Registro de la Administración General de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, entre otros.

(98) SCJBA, "Tettamanti, Marcelo Carlos c. Provincia de Buenos Aires (Dirección de Escuela) s/ demanda contencioso administrativa", 23/06/1999, causa B 57469 S; SCJBA, "Civardi, Roberto Pedro c. Provincia de Buenos Aires (Dirección de Escuelas) s/ demanda contencioso administrativa", 08/07/2008, causa B 59120 S.— Igual criterio puede verse en la sentencia dictada con fecha 27/12/2007 en la causa que tramitó ante la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo de La Plata en autos "Mosquera Gerardo R. c. Ministerio de Trabajo s/ amparo".

llés **(99)**, Canda **(100)** y Said **(101)**, entre otros) sino, también, la seguida en el derecho comparado [por todos: Trayter **(102)**].

A su vez, y como allí dijéramos, la postura que adoptamos en modo alguno podría implicar que de no aplicar el RIA a casos concretos como los aquí analizados importe se esté frente a una transgresión del principio de la "inderogabilidad singular del reglamento", pues si el fundamento de aquel principio se sustenta en la juridicidad e igualdad, es claro que ante un reglamento ilegítimo —en el caso, el RIA— el principio no solo no es aplicable sino que, además, de dictarse un acto singular con base en aquel reglamento (v.gr.: RIA), la Administración debería anularlo por sí y ante sí o, en su defecto, solicitar su nulidad judicial mediante el proceso de lesividad.

Por lo demás, no puede soslayarse la jurisprudencia que antes citamos, según la cual suspender preventivamente a un agente hasta tanto se resuelva la causa penal en la que no se advierta una pronta resolución, implica una restricción al derecho de trabajar, ocasiona un agravio a la garantía constitucional del derecho de defensa y produce una privación de justicia, razón por la cual tales decisiones resultan irrazonables y exceden la función de salvaguardar los valores que tiende a proteger.

VIII.2.b.iv. El caso de la suspensión preventiva del agente meramente denunciado o penalmente imputado, pero no "procesado"

Hasta aquí hemos visto que de acuerdo con lo previsto en los arts. 57 a 59 del RIA, la suspensión preventiva de los atentes afectados a una causa penal difiera en caso de que se trate de funcionarios privados de la libertad (art. 57), procesados por hechos ajenos al servicio (art. 58) y procesados por hechos del servicio (art. 59).

Oportunamente destacamos y enfatizamos el término "procesados", habida cuenta de que, justamente, la suspensión preventiva de los agentes por hechos ajenos o no al servicio, está regulada en el RIA bajo el título "Agente procesado".

Ahora bien, ¿podría disponerse la suspensión preventiva de un agente que, si bien no está "procesado", reviste la calidad de imputado o denunciado por hechos del servicio o a él vinculados?

VIII.2.b.iv.1. El criterio de la PTN

Según la PTN, en un dictamen que ha sido duramente criticado por la doctrina **(103)**, para disponer la suspensión el RIA no exige que el agente invista la calidad de imputado procesado, solo se requiere que el proceso se hubiere originado en hechos del servicio o a él vinculados **(104)**.

En efecto, conforme apuntara el Máximo Órgano Asesor de la Nación, el art. 59 del RIA "no exige para su cumplimiento que el agente invista la calidad de imputado procesado, solo requiere que... el proceso se hubiere originado en hechos del servicio o a él vinculados, tal como ocurrió en el caso bajo análisis".

VIII.2.b.iv.2. Nuestra postura

De la doctrina de la PTN mencionada en el párrafo anterior, y la descripta en el punto N°

(99) García Pullés, Fernando R., "Régimen de Empleo Público...", ob. cit., p. 512.

(100) Canda, Fabián O., "Las medidas precautorias en el marco del procedimiento administrativo", RAP 406, p. 69.

(101) Said, José, "Investigaciones administrativas...", ob. cit., p. 907.

(102) Trayter, Juan M., "Manual de derecho disciplinario...", ob. cit., p. 309. Según el autor, suspender al funcionario procesado mientras dure el examen judicial de los hechos imputados constituye "una previsión más que prebeccariana, prediluviana, pues sencillamente y dada la duración actual del proceso penal significa pura y sencillamente la anticipación de la condena".

(103) Said, José, "Investigaciones administrativas...", ob. cit., p. 910; Canda, Fabián O., "Las medidas precautorias en el marco del procedimiento administrativo", RAP 406, p. 72 y, también, en Canda, Fabián O., "El régimen disciplinario de los empleados públicos...", ob. cit.; MAHMUD, Jacinto, "Manual de Sumarios e Informaciones Administrativas", Grün Editora, Buenos Aires, 2004, 2ª ed. actualizada, p. 131; OUTEDA, Mabel N., "Derecho disciplinario administrativo. Una situación controversial en torno a la interpretación del art. 59 del reglamento de investigaciones administrativas. Decreto 467/1999", EDA 2005-701, entre otros.

(104) Dictámenes 238:481, doctrina luego reiterada en Dictámenes 276:94; 241:219, entre otros.

VIII.2.b.ii.2. de este trabajo, es posible concluir que para el Máximo Órgano Asesor de la Nación un funcionario meramente denunciado penalmente por hechos del servicio puede ser suspendido preventivamente hasta tanto concluya la causa penal.

Por nuestra parte nos permitimos discrepar de la postura de la PTN pues creemos que el texto de la norma es suficientemente claro: para la procedencia de la suspensión preventiva con motivo de una causa penal, sea que se vincule con hechos del servicio o no, se requiere que el agente esté procesado.

Creemos que la doctrina de la PTN resulta peligrosa en tanto deja las puertas abiertas para que, ante cualquier denuncia penal, se disponga la suspensión preventiva del agente, a pesar de su condición no supere la calidad de mero denunciado.

Al analizar la cuestión, Canda destacó que "la interpretación seguida en el dictamen analizado podría facilitar —en tanto la suspensión se funde en el 'proceso penal', sin más recaudos de motivación— la desviación de poder que, en la especie, resultará aún más difícil de ser probada de lo que lo es por naturaleza, pues el funcionario que decrete la medida cautelar habrá de refugiarse en la existencia del proceso como toda razón de su acto, quedando a resguardo de cualquier posible objeción atinente a la existencia de otras razones ocultas que, amparadas en la interpretación del dictamen, habrán de quedar en ese estadio casi con plena certeza" **(105)**.

Por ello, en nuestra opinión, según el régimen jurídico vigente, la condición de "agente procesado" que, por cierto, solo puede disponerla los jueces que integran el Poder Judicial (cfr. arts. 306 y ss. del Código Procesal Penal de la Nación), es un requisito *sine qua non* para suspender preventivamente a un funcionario público, sea por hechos ajenos al servicio o vinculados a él (art. 58 y 59 del RIA, respectivamente).

Finalmente, y en relación con la duración de la suspensión preventiva de los agentes con motivo de su afectación a una causa penal, remitimos a lo expuesto *ut supra*.

IX. ¿Es posible adoptar medidas preventivas al momento de ordenarse la instrucción del sumario administrativo?

En las páginas anteriores, cuando analizamos las clases de medidas preventivas previstas en la LMREP, destacamos que según el art. 36 de aquella ley se prevén dos tipos de medidas: la suspensión preventiva y el traslado preventivo.

En lo que aquí interesa, cabe resaltar que conforme surge de la norma, "el personal sumariado podrá ser suspendido preventivamente o trasladado...".

Como se ve, según el régimen jurídico actual previsto por ley, para la procedencia de la suspensión preventiva o el traslado preventivo es necesario que el agente pasible de ser objeto de la medida ostente la calidad de sumariado.

En tal sentido, cabe tener en consideración que, según surge del art. 61 del RIA y fuera recordado por la doctrina **(106)** y la PTN **(107)**, la calidad de sumariado se adquiere con la convocatoria a prestar declaración indagatoria.

Por consiguiente, si bien en otros regímenes disciplinarios (locales, provinciales, municipales, etc.) la cuestión podría ser diferente, lo cierto es que en el régimen disciplinario aplicable

(105) Canda, Fabián O., "El régimen disciplinario de los empleados públicos...", ob. cit. Criterio luego reiterado en: Canda, Fabián O., "Las medidas precautorias en el marco del procedimiento administrativo", RAP 406, p. 72 y, más recientemente, en Canda, Fabián O., "La responsabilidad administrativa de los agentes públicos", ob. cit., p. 1144.

(106) Repetto, Alfredo L., "Procedimiento administrativo disciplinario...", ob. cit., ps. 179/180; Canda, Fabián O., "Las medidas precautorias en el marco del procedimiento administrativo", RAP 406, p. 67; Said, José, "Investigaciones administrativas...", ob. cit., p. 905 y ss.; Ivanega, Miriam M., "Cuestiones de potestad disciplinaria y derecho de defensa", RAP, Buenos Aires, 2013, 2ª ed. actualizada, p. 176; MAHMUD, Jacinto, "Manual de Sumarios...", ob. cit., p. 125; Halperín, David A. - BOGUT SALCEDO, José E., "Procedimiento administrativo: Ámbito de aplicación. Comentarios a los arts. 1 y 2 de la LNPA" en AA.VV. Legislación usual: derecho administrativo, Cicero, Nidia (dir.), La Ley, Buenos Aires, 2015, t. 1, p. 65; APESTEGUÍA, Carlos A., "Sumarios Administrativos", Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 2008, 3ª ed. aumentada y actualizada, ps. 45/46, entre otros.

(107) Dictámenes 249:635; 212:71; 204:246; 193:127; 165:181; 164:314, entre otros.

a los funcionarios que prestan servicios en dependencias del Poder Ejecutivo nacional —y, en su caso, en los entes descentralizados— que estén regidos por la LMREP y la regulación prevista en el RIA, las medidas preventivas solo podrán adoptarse una vez que el agente adquiera la calidad de sumariado.

Se trata, como señala Canda **(108)**, de una disposición tuitiva, toda vez que no se autoriza a trasladar o suspender preventivamente a un simple denunciado, investigado, imputado o sospechado, sino que tiene que entenderse que es responsable del hecho, habiéndoselo vinculado a la investigación en calidad de sumariado.

Por ello, entonces, no sería jurídicamente viable que en el acto de iniciación de un sumario administrativo disciplinario se disponga el traslado o la suspensión provisoria de un funcionario público, pues en ese momento aquel no reviste la calidad de sumariado **(109)**.

X. Conclusiones

A modo de síntesis podemos señalar:

1. El fundamento y fin de la responsabilidad disciplinaria es el adecuado funcionamiento de la Administración pública y, para ello, la sanción disciplinaria se presenta no solo como una retribución jurídica a la ofensa inferida por el infractor a su deber de no violar los deberes y prohibiciones funcionales (función represiva) sino, también, como un instrumento jurídico idóneo para prevenir o evitar que los agentes incumplan sus deberes o quebrante las prohibiciones (función preventiva).

2. Las medidas preventivas que puedan adoptarse en el marco de un sumario administrativo, si bien están expresamente regulada en LMREP y sus normas complementarias, constituyen un poder inherente de la Administración, razón por la cual no requieren estar necesariamente contempladas en forma expresa en las normas.

3. Sin perjuicio del nombre que se les asigne a las medidas preventivas (precautorias, preventivas, provisorias, provisional, etc.), lo cierto es que son verdaderas *medidas cautelares administrativas*.

4. La finalidad de las medidas preventivas no se agota en garantizar la eficacia práctica del acto administrativo que pone fin al sumario sino que, además, están dirigidas a evitar que durante el trámite sumarial se perjudique —o siga perjudicando— el buen funcionamiento de la Administración pública y, por ende, el correcto desenvolvimiento de la función administrativa que consiste en la satisfacción directa e inmediata del interés público comprometido en la vigencia irrestricta de la juridicidad. Por lo demás, en el marco de la LMREP se han establecido dos causales para la adopción de las medidas preventivas, a saber: que existiere peligro de frustración de la investigación o que fuera riesgosa la permanencia en funciones del agente.

5. El acto por el que se dispone una medida preventiva reviste la naturaleza jurídica de acto administrativo y, como tal, para ser considerado plenamente válido, debe cumplir con todos los elementos esenciales exigidos por el ordenamiento jurídico (v.gr.: competencia, causa, objeto, procedimiento, motivación, finalidad y, por supuesto, deberá ser razonable). Además, la medida podrá ser impugnada administrativa y judicialmente.

6. En el régimen disciplinario aplicable a los funcionarios que prestan servicios en dependencias del Poder Ejecutivo nacional —y, en su caso, en los entes descentralizados— que estén regidos por la LMREP y la regulación prevista en el RIA, se prevé la adopción de dos tipos de medidas preventivas para alejar temporalmente al agente: la suspensión preventiva y el traslado preventivo.

7. En relación con el traslado preventivo, en nuestra opinión, el plazo máximo por el que pueden ser trasladados los funcionarios públi-

(108) Canda, Fabián O., "Las medidas precautorias en el marco del procedimiento administrativo", RAP 406, p. 67.

(109) En igual sentido: Said, José, "Investigaciones administrativas...", ob. cit., p. 905; Canda, Fabián O., "Las medidas precautorias en el marco del procedimiento administrativo", RAP 406, p. 67; Sánchez Caparrós, Mariana, "La validez del acto que dispone la suspensión preventiva...", ob. cit., entre otros.— En contra puede verse: Repetto, Alfredo L., "Procedimiento administrativo disciplinario...", ob. cit., p. 491; MAHMUD, Jacinto, "Manual de Sumarios", ob. cit., p. 125.

cos, a partir de la sanción de la LMREP, no puede exceder el término de los tres [3] meses.

8. En el régimen jurídico estudiado, la suspensión preventiva es procedente cuando:

8.1. No puede disponerse el traslado del agente o la gravedad del hecho lo hiciera aconsejable.

8.2. El funcionario público ha sido penalmente privado de su libertad o fue procesado por hechos, ajenos o no, al servicio que presta.

8.2.1. La suspensión preventiva cuando el agente está privado de su libertad resulta más que razonable, pues aquel no podrá concurrir a prestar servicios. Por ello, en nuestra opinión, se trata de una norma que beneficia al funcionario público, toda vez que al disponerse la suspensión preventiva por la causal mencionada se evitaría que, por ejemplo, una eventual inasistencia a prestar servicios por un plazo mayor de cinco días continuos y que, por falta de anoticiamiento a la Administración pública, sea sancionada con cesantía en virtud del art. 32, inc. b) de la LMREP.

8.2.2. En el caso de la suspensión preventiva por hechos ajenos al servicio, es necesario que: (i) la naturaleza del delito que se le imputa fuera incompatible con su desempeño en la función, (ii) no fuera posible asignarle otra función. A nuestro juicio, y con base en los argumentos expuesto en este trabajo, la suspensión no podrá superar el plazo de tres [3] meses.

8.2.3. Cuando se tratare de una suspensión preventiva por hechos del servicio o a él vinculados creemos que, independientemente de lo previsto en el RIA, la suspensión tampoco podrá superar el plazo de tres [3] meses.

8.2.4. A diferencia de lo sostenido por la PTN, entendemos que un funcionario meramente denunciado penalmente no puede ser suspendido preventivamente toda vez que, a nuestro juicio, la condición de "agente procesado" es un requisito *sine qua non* para suspenderlo preventivamente, sea por hechos ajenos al servicio o vinculados a él.

9. Si bien en otros regímenes disciplinarios (locales, provinciales, municipales, etc.) la cuestión podría ser diferente, en el régimen disciplinario aplicable a los funcionarios que prestan servicios en dependencias del Poder Ejecutivo nacional —y, en su caso, en los entes descentralizados— que estén regidos por la LMREP y la regulación prevista en el RIA, las medidas preventivas solo podrán adoptarse una vez que el agente adquiera la calidad de sumariado, lo que ocurre con la convocatoria a prestar declaración indagatoria.

Acerca de la denominada "reconducción" procesal

Luciano Enrici

Sumario: I. Introducción.— II. Algunos ejemplos de reconducción. Marco de aplicación y límites brindados por la judicatura.— III. Conclusiones.

I. Introducción

Uno de los institutos que, si bien no está normado a nivel federal y bonaerense **(1)**, es utilizado por los magistrados con cierta frecuencia —sobre todo frente a la inadmisibilidad del amparo o las "medidas autosatisfactivas" en el ámbito contencioso administrativo provincial **(2)**— es la denominada "reconducción" procesal.

Como bien se ha señalado, dicho instituto, si bien goza de relevante tratamiento pretoriano, aún no ha tenido una regulación legal específica, ni mayor debate doctrinario en lo que hace a las condiciones de su funcionamiento y alcances **(3)**.

Se suele justificar esta "herramienta" señalándose que se trata de un poder-deber de los jueces que constituye una clara manifestación del principio *iura novit curia* en materia procesal, que se concreta en los supuestos en los que inmediatamente se advierte del error al postulante y se reconduce lo peticionado o se indica la vía adecuada **(4)**; como así en las facultades

(1) Al respecto ver RIZZI, Guillermo, F., "En Buenos Aires hay leyes de amparo (con motivo de la sanción de la ley 13.928)", Sup. Adm. 2009 (marzo), 1 - LA LEY, 2009-B, 1005, quien señaló que: "Ante el riesgo cierto de que se "ordinarice" la naturalmente excepcional Acción de Amparo, creemos que una regulación acorde no podía dejar de tratar la reconducción, la competencia de la alzada, o la cuestión tan debatida de la especialidad en cuanto a la materia". Ver, además, BASTONS, Jorge, L. y ELIADES, Analía, "La reconducción de las pretensiones procesales en el fuero contencioso-administrativo bonaerense. Caso Agropecuaria Las Garzas", Buenos Aires, LA LEY, 2006-D, 255.

(2) Como excepción, la ley 2145 de la CABA —Ley de amparo— sí lo prevé expresamente en su art. 6, al consagrar que: "Cuando la acción pueda tramitar por las normas de otro tipo de proceso, dentro del mismo plazo indicado en el artículo precedente, el/la juez/a está facultado a ordenar reconducir el trámite en el plazo de diez días. Si la parte no adecuase su demanda en ese término, el/la juez/a ordenará el archivo inmediato de las actuaciones". Tal resolución es apelable (cfr. art. 20, ley 2145).

(3) Cfr. SAFI, Leandro, "La reconducción procesal y sus límites", en AA. VV., Principios procesales, BERIZONCE, Roberto O. (coord.), LEP, La Plata, 2011, ps. 125/142. En este valioso trabajo, el autor desarrolla el tema aquí tratado en el contexto de la ineficacia de los actos procesales y ubicando a la reconducción procesal dentro del ámbito que está dedicado a la subsanación o sanación de los actos procesales de las partes que, aun siendo válidos en sí mismos, resultarían inadmisibles por no ser idóneos —de acuerdo con el molde establecido— para alcanzar las finalidades a las que estaban orientados. Asimismo, postula que la reconducción es un mecanismo de subsanación de ineficacia de los actos procesales, semejante al instituto de la conversión previsto en el ámbito del derecho sustancial, pudiendo aplicarse a su respecto similares presupuestos. Explica además que: "entre las posibles deficiencias que aparejan la inadmisibilidad de los escritos se encuentra el supuesto en que el objeto pretendido por la parte con el acto realizado, no puede ser encauzado a través del molde procesal utilizado y/o del trámite elegido"; y que lo tradicional, frente a ello, era el rechazo liminar de la petición defectuosa con base en la inadmisibilidad formal del camino procesal deducido, pero que los jueces comenzaron a admitir la posibilidad de corregir la deficiencia formal apuntada y a reencauzar de oficio peticiones de las partes a través de la vía correcta.

(4) MASCIOTRA, Mario, "Poderes-deberes del juez en el proceso civil...", ob. cit., p. 134. Se ha dicho en sentido similar que: "La práctica de la reconducción de las pretensiones desarrollada principalmente en los pronunciamientos de los jueces de primera instancia del fuero en lo contencioso administrativo bonaerense, se encuentra mayormente fundamentada en el principio iura novit curia conforme el cual los jueces en oportunidad de dic-

instructorias de los magistrados, el poder de dirección que incumbe al órgano judicial (arts. 34 y 36 Cód. Proc. Civ. y Com.), y la facultad que le asiste para determinar el tipo de proceso a aplicar en cada caso (arg. arts. 319, 321, 322, Cód. Proc. Civ. y Com.). Se suma a los fundamentos del instituto la vigencia del principio de economía procesal (art. 34 inc. 5, e) y fundamentalmente la tutela judicial efectiva (art. 15 de la Constitución provincial) **(5)** así como la instrumentalidad de las formas (art. 169 Cód. Proc. Civ. y Com.) **(6)**. Aunque su admisión, bien vale aclarar, resulta controvertida en la doctrina **(7)**, dado que, más allá de los fines "subsanatorios"

tar una decisión judicial, pueden desde luego calificar jurídicamente los hechos de la causa, con prescindencia de las normas que hayan invocado las partes. Además, también se invoca como sustento jurídico para proceder a la reconducción de postulaciones, las facultades ordenatorias e instructorias que tienen los magistrados judiciales en virtud del art. 36 del Cód. Proc. Civ. y Com. (cfr. BASTONS, Jorge. L. y ELIADES, Analía, "La reconducción de las pretensiones procesales en el fuero contencioso-administrativo bonaerense...", ob. cit., p. 2). Respecto al principio iura novit curia al ámbito procesal, Peyrano dijo que: "Una de las restricciones clásicas al juego del principio dispositivo, y a su vez expresión del contemporáneamente difundido principio de autoridad, está representada por el cúmulo de atribuciones sintetizado en el famoso brocárdico iura novit curia, también conocido como iura curia novit, cuya acepción se traduce en la necesaria libertad con que debe contar el sentenciante para subsumir los hechos alegados y probados por las partes, dentro de las previsiones normativas que rijan el caso" (PEYRANO, Jorge W., "Iura novit curia: Límite clásico al principio dispositivo", en PEYRANO Jorge W. (dir.), Principios procesales, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2011, t. I, p. 369).

(5) Uno de los aspectos trascendentes de la reforma de la Constitución bonaerense operada en 1994 ha sido la expresa previsión de la tutela judicial efectiva y el acceso irrestricto a la Justicia, previsiones que pueden ser catalogadas como garantías, entendidas como instituciones que preservan el derecho del individuo; su ausencia implica la negación o el fin del derecho. El acceso irrestricto a la Justicia debe ser entendido como parte de la tutela judicial efectiva, en tanto ésta supone la eliminación de los obstáculos procesales que pudieran impedirlo o cercenarlo de manera irrazonable. Es en el art. 15 de la CPBA reformada en 1994 que se dejó establecido que: "La Provincia asegura la tutela judicial continua y efectiva, el acceso irrestricto a la justicia, la gratuidad de los trámites y la asistencia letrada a quienes carezcan de recursos suficientes y la inviolabilidad de la defensa de la persona y de los derechos en todo procedimiento administrativo o judicial. Las causas deberán decidirse en tiempo razonable. El retardo en dictar sentencia y las dilaciones indebidas cuando sean reiteradas, constituyen falta grave". La Constitución federal, también reformada en 1994, no incorporó una cláusula en términos similares, mas, su aseguramiento viene de la mano de la jerarquización con estatus constitucional de ciertos instrumentos internacionales (v. gr. CADH, arts. 8 y 25; DADH arts. XVIII y XXIV; DUDH, arts. 8 y 10; PIDESC, arts. 2, inc. 3, apartados a) y b), y 14, inc. 1) (cfr. ENRICI, Luciano, "La pretensión declarativa de certeza en el proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires", LEP, La Plata, 2020, ps. 146/147. Cassagne, quien destaca el impulso que tuvo la doctrina española a partir de la recepción del principio en su Constitución de 1978 (art. 24), en el desarrollo de este tópico, explica, a su vez, que: "la tutela judicial efectiva puede ser descripta a través de tres aspectos diferentes. En primer lugar, como principio general del derecho, es decir, como mandato que vincula a los jueces y protagonistas del proceso mediante una función integradora que desplaza cualquier norma que se oponga a la realización efectiva de la tutela judicial, además de la posibilidad de suplir vacíos no normativos. En segundo término, si se toma el concepto moderno del derecho subjetivo (en un sentido amplio que incluye todos los intereses que protege el ordenamiento), la tutela judicial efectiva constituye una facultad que confiere el derecho a accionar judicialmente, sin trabas ni escollos de ninguna especie. Por último, la tutela judicial efectiva precisa, para realizarse en plenitud, disponer de las garantías procesales que aseguren el acceso pleno a la justicia, la defensa en el trámite del juicio y la ejecución de la sentencia, lo que incluye también... la tutela anticipada y las llamadas medidas autosatisfactivas" (cfr. CASSAGNE, Juan C., "Los grandes principios del derecho público constitucional y administrativo", La Ley, Buenos Aires, 2015, p. 446).

(6) Al respecto ver voto del juez De Lázzari, SCBA, causa C. 119.234, "L., M. G. c. N., W. S. s/ medida precautoria", del 06/04/2016.

(7) Al respecto, Sagüés sostuvo que: "Parte de la doctrina estima que el juez puede, al descartar liminarmente el habeas data, reconducirlo en otra acción (p.ej., una declarativa) si ello fuera lo pertinente. En el amparo ordinario, la Corte Suprema, así lo ha hecho ... aunque no compartimos tal criterio. Principios de imparcialidad y de igualdad demandan que el tribunal no auxilie ni asesore al promotor de un habeas data inexitoso, acerca de cómo debe plantear útilmente su pretensión" (cfr. SAGÜÉS, Néstor P., "Acción de amparo...", ob. cit., p. 696). En la misma obra, ver ps. 416/417) al referirse al precedente "Provincia de Santiago del Estero" (Fallos 307:1379) dicho autor afirmó: "Comentando tal pronunciamiento, hemos objetado la alternativa seguida por la Corte, que cuenta con varios antecedentes. Si el actor quiso promover una acción de amparo y de derecho, lo viable jurídicamente era seguir otra vía; el art. 2°, inc. a, de la ley 16.986 declara inadmisible el amparo, correspondiendo entonces su rechazo y no su transformación, atento, además, a 10 preceptuado por el art. 3° de la ley 16.986".

de una petición procesal defectuosa que pueden derivar en la frustración de derechos por razones meramente formales, una utilización inadecuada o promiscua de este mecanismo puede derivar en el quebrantamiento de principios procesales elementales que prevé el ordenamiento vigente **(8)**.

El instituto bajo análisis puede ser definido, además, como la operación por medio de la cual el juez reconduce de oficio una petición de parte insertándola en la vía procesal que resulta legalmente adecuada para sustanciarla.

Debe a su vez diferenciarse dos modalidades de subsanación procesal emparentables: (i) la recalificación de postulaciones: mecanismo por el cual el juez cambia la denominación del mismo planteo para dar curso a su tratamiento, (ii) la reconducción propiamente dicha, que sería el mecanismo por el cual el juez pide a las partes que adecuen sus postulaciones a las necesidades del nuevo trámite para permitir su sustanciación **(9)**.

A continuación, se expondrán y analizarán ciertos antecedentes jurisprudenciales vinculados al objeto de este breve trabajo que apuntan a delinear los contornos y límites de la denominada reconducción procesal.

II. Algunos ejemplos de reconducción. Marco de aplicación y límites brindados por la judicatura

En el plano jurisprudencial, cabe tener presente, por un lado, que la CS dejó establecido que los jueces tienen amplias facultades en cuanto a la protección del ambiente y pueden ordenar el curso del proceso, e incluso darle trámite ordinario a un amparo o bien dividir las pretensiones a fin de lograr una efectiva y rápida satisfacción en materia de prevención **(10)**. Es quizás en los conflictos de índole materia urbano-ambiental, muchos de ellos de carácter "colectivo", en donde el instituto puede presentar menores resistencias y mayor campo de

(8) Al respecto ver SAFI, Leandro, "La reconducción procesal y sus límites", ob. cit., p. 125. En cuanto a los principios procesales, cabe referir, por un lado, que el hecho que un magistrado avance en sus decisiones sobre capítulos no propuestos por las partes supone, en principio, un quebrantamiento del principio de congruencia, con serio menoscabo al equilibrio procesal y a la garantía de defensa de la parte contraria (cfr. arts. 163 inc. 6, 34 inc. 4, 272 y ccds. del Cód. Proc. Civ. y Com.; art. 77 y ccds. del Cód. Cont. Adm., doct. Fallos 323:3924; causa L. 249. XLV "Lix Klett SAIC c. Biblioteca Nacional - Sec. de Cultura de la Nac. s/ cobro de sumas de dinero", del 31/07/2012). No obstante, también se ha predicado que: "el principio de congruencia, que es una consecuencia del sistema dispositivo y que mantiene su gravitación en los ordenamientos adjetivos civiles, debe necesariamente ser conciliado con el de "publicización" o "socialización del proceso", que puso de manifiesto la distinción entre objeto del proceso y proceso como instrumento idóneo para lograr la efectiva tutela, por parte del Estado, de los intereses litigiosos. Es decir, si bien las partes son libres de disponer de los intereses deducidos en juicio —o sea, del objeto del proceso—, no lo son respecto del proceso mismo, de su desarrollo, por cuanto se concibe no solo como instrumento dirigido a la tutela jurisdiccional de derechos privados, sino además como función pública del Estado, interesado en el mejor cumplimiento de esta función. Como consecuencia de ello, no se pretende extraer a los magistrados de su rol de juzgadores ni de sustituir a las partes en el ejercicio de derecho que solo a ellas corresponde, sino simplemente reconocer al órgano judicial poderes propios tendientes al mejor cumplimiento de su función. La postura asumida tiende a impedir la rigidez de las estructuras procesales, que generan inevitables y nocivos excesos rituales repudiados en forma reiterada y uniforme por nuestro máximo Tribunal al sostener que la custodia de las formas a que deben ajustarse los procesos —depositada en los magistrados judiciales— es cometido que estos deben cumplir, atendiendo, en todo momento, "al fin último al que aquéllas se enderezan, que no es otro que lograr la más efectiva realización del derecho" (cfr. MASCIOTRA, Mario, "Principio de congruencia: ámbito de aplicación", ED, 266-676, ED-DCCLXXV-762). Por otro lado, en cuanto a la independencia e imparcialidad que se exige a los magistrados, cabe referir que: "El juez debe ser independiente en tres órdenes distintos: respecto de las partes (de allí las causas de excusación y de recusación que contienen los códigos procesales); respecto de sí mismo, de sus pasiones y afectos (mal juez es aquel que odia o ama); y de toda forma de poder (económico, político) que signifique una conminación externa a su propio juicio. En función de ello, es que deben interpretarse las leyes vigentes favorablemente en las medidas que tiendan a garantir los derechos de los litigantes y alejar toda sospecha de imparcialidad en los encargados de administrar justicia" (SCBA, causa LP C 92869, sent. del 03/03/2010 juez Negri (OP) y causa LP C 95173, sent. del 12/08/2009 juez Negri (OP)).

(9) Al respecto ver SAFI, Leandro, "La reconducción procesal y sus límites", ob. cit., p. 131 y sus citas. Por su parte, del voto del juez Spacarotel en la causa "Savoretti" (expediente nro. 115).

(10) Cfr. Fallos 333: 748; 329:3445 y 337:1361.

aplicación sin quebrantar principios procesales básicos de la jurisdicción **(11)**.

No obstante, con anterioridad, el máximo tribunal federal desestimó por improcedente la vía de amparo en determinados casos **(12)** —por considerar que la temática resultaba poco compatible con el régimen del dec.-ley 16.986—, sin perjuicio de lo cual, recondujo la pretensión por el carril del art. 322 del Cód. Proc. Civ. y Com., dándole trámite ordinario, en base a que la acción declarativa —que, al igual que el amparo, tiene una finalidad preventiva— "es un medio plenamente eficaz y suficiente para satisfacer el interés de la actora".

La SCBA, por su parte, aplicó este instituto en uno de los antecedentes jurisprudenciales sobre los que se han edificado los actuales contornos del proceso contencioso administrativo bonaerense, al haberse declarado la operatividad de la cláusula general contenida en el art. 166 —quinto apartado— de la Constitución provincial y su aplicación directa en punto a la definición de la "materia" contencioso administrativa **(13)**; me refiero al precedente "Consorcio de Gestión del Puerto de Bahía Blanca c. Pentamar" **(14)**. En este caso, el máximo tribunal bonaerense dictó una resolución interlocutoria en la que decidió declararse competente y asignarle tramite sumarísimo a una medida cautelar autosatisfactiva planteada por la actora —ente de Derecho Público no estatal— dirigida contra dos empresas, por incumplimientos contractuales en relación con trabajos de dragado de los canales de acceso al puerto y a la Base Naval Puerto Belgrano.

---

(11) En ese sentido se ha dicho que "en materias como la aquí debatida en las que se pone en juego las reglas y fines que, con sentido eminentemente protector, instituyó el régimen constitucional al consagrar derechos, atribuciones y deberes fundamentales, en la cláusula del art. 41 de la CN, como en su similar contenida en el art. 28 del texto de la Provincia de Buenos Aires, el rol del sujeto activo debe admitirse con flexibilidad y amplitud, no sólo por aplicación del principio de accesibilidad jurisdiccional que se garantiza por el art. 15 de la Constitución local, sino también porque la experiencia jurídica muestra que los conflictos urbano ambientales involucran normalmente tanto a quienes dan testimonio de un menoscabo en sus derechos individuales, como a quienes, formalmente agrupados o no, enarbolan la afectación de intereses pluriindividuales, colectivos o de incidencia colectiva en general" (cfr. CCAMDP, causa nro. A 302, sent. del 15/07/2008 y en sentido similar, causa A-851-MP0, sent. de 15/03/2011 y causa nro. A-6243-MPO, sent. del 28/09/2017). Asimismo, se ha dicho que el juez debe tener una participación activa con miras a la prevención del daño (Voto Dr. Hitters, Juan Carlos, SCBA, "Almada c. Copetro SA", Ac. 60.094.60.251.60.254) y en ese marco, para la real vigencia de las acciones colectivas ejerce poderes inherentes que respaldan su actuación "en la armoniosa aplicación de todo el ordenamiento y que, con responsabilidad social, le impele a ejercer activamente" sin que ello implique quiebre del "principio de congruencia" (cfr. CAFFERATTA, Néstor A., "Daño Ambiental", en TRIGO REPRESAS, Félix A. (dir.), Responsabilidad Civil, Ed. La Ley, t. V, ps. 1557/1559 y CCASM, causa nro. 928, sent. del 25/07/2008).

(12) Cfr. Fallos 307:1379, 319:1968, entre otros. A su vez, en el voto del juez Rossatti en la causa 343:195, se sostuvo que: "Dada las características inusuales de la situación provocada por la pandemia y considerando su repercusión institucional, la Corte podría incluso —más allá del nomen iuris procesal— reconducir la pretensión por otra vía si lo entendiera apropiado para no frustrar los términos de la petición - en el caso, acción declarativa de certeza destinada a que se despeje el estado de incertidumbre respecto a la validez legal de que el Senado de la Nación sesione mediante medios virtuales o remotos —, privilegiando la real sustancia de lo requerido, especialmente en los casos en el que está en juego la Constitución Nacional, pero aún en tal hipótesis, la admisibilidad de la pretensión estaría sujeta a la existencia de "caso", "causa" o "controversia" (consid. 5).

(13) Cfr. AA.VV., "BOTASSI, Carlos A. (dir.), CABRAL, Pablo O. (coord.), "Derecho administrativo...", ob. cit., p. 250.

(14) SCBA, causa nro. B-64.745: "Consorcio de Gestión del Puerto de Bahía Blanca c. Pentamar SAyHAM, Sucursal Argentina SA s/ proceso urgente de medida autosatisfactiva y medida cautelar", sent. del 23/10/2002, consid. 9°. Allí sostuvo el máximo tribunal bonaerense que: "Aun cuando se reconoce que la situación descripta en la presentación de marras evidencia un caso urgente, por su complejidad y las singulares características que presenta, no es dable resolverlo sin oír, previamente, a las empresas codemandadas (arg. arts. 18, CN; 15, Const. Pcial.). Esta posibilidad de sustanciar brevemente el pedido de tutela urgente, reconocida por la doctrina (conf. PEYRANO, Jorge W., "La medida autosatisfactiva: forma diferenciada de tutela que constituye una expresión privilegiada del proceso urgente. Génesis y Evolución" en PEYRANO, J. W. (dir.), Medidas Autosatisfactivas, VA, Bs. As., ps. 13, 17) torna procedente asignar al trámite de la pretensión articulada en el sub lite el régimen del juicio sumarísimo (arts. 25, CPCA y 496, Cód. Proc. Civ. y Com.). Con ello, al tiempo que se respeta la debida audiencia a las accionadas, evitando cualquier reproche por indefensión, se posibilita un abordaje eficaz de las cuestiones controvertidas. Más aún, la probabilidad del traslado previo a cualquier decisión ha sido una circunstancia prevista por el Consorcio actor".

También, en numerosas ocasiones, ha ordenado reconducir demandas con objeto de obtener el pronunciamiento de invalidez constitucional de una norma local, al trámite previsto en los arts. 683 a 688 del Cód. Proc. Civ. y Com. (arts. 18, CN; 15, Const. de la Provincia; 34 inc. 5° y 36 inc. 2°, Cód. Proc. Civ. y Com.), y radicarlas ante los estrados de la Suprema Corte, en la Secretaría de Demandas Originarias, "atento constituir una atribución del órgano jurisdiccional calificar el alcance de las pretensiones de las partes y determinar el régimen procesal que le es aplicable" **(15)**.

También, en otro caso, la SCBA ha ordenado reconducir un proceso de amparo deducido por un intendente municipal **(16)** al trámite previsto en el art. 196 de la CPBA y arts. 261 a 264 del decreto-ley 6769/1958 ("conflicto de poderes").

A su turno, en otra materia diversa a la que precedentemente se ha desarrollado, la SCBA tuvo oportunidad de aplicar el instituto en un caso **(17)** en el que el actor —que invocaba ser padre biológico de un menor con adopción plena otorgada por sentencia firme— pretendía una revinculación y la conformación de un "triángulo adoptivo". Las instancias anteriores habían desestimado la legitimación del actor para promover ese tipo de acción. Al analizar la suerte del recurso de inaplicabilidad de ley deducido por el actor, el juez De Lázzari propuso que "a la luz del derecho a la identidad y para que las previsiones dispuestas en los arts. 321 inc. h y 328 del Cód. Civil sobre el acceso a la 'verdad biológica' no sean letra muerta, corresponde reconducir este proceso en los términos del art. 322 del Cód. Procesal local (arts. 34 y 36, Cód. Proc. Civ. y Com.), es decir, como una acción meramente declarativa y no constitutiva de un nuevo vínculo jurídico, dejando incólume la adopción plena" **(18)**.

La posibilidad de reconducir procesos —en sede de primera y segunda instancia—, por su parte, ha merecido diversos pronunciamientos que han marcado lineamientos concretos que deben ser tenidos en cuenta por la magistratura al momento de adoptar este tipo de decisiones.

En ese orden, la SCBA —en la causa "Chielli" **(19)**— anuló de oficio la decisión por la que se había reconducido la pretensión cautelar accesoria por una "medida autosatisfactiva". El máximo tribunal bonaerense consideró que el proceder del tribunal a quo implicó un ostensible "quiebre del principio de bilateralidad y contradicción, que como es sabido constituye el eco procesal de una manda constitucional que los jueces deben privilegiar aun cuando se trate de una medida autosatisfactiva sobre la que de oficio, se ha decidido derechamente como pretensión principal agotándose así el objeto del proceso, sin que la parte que debe soportar las consecuencias de la decisión, haya tenido la más mínima oportunidad de ser oída...".

Más recientemente, la propia SCBA, en la causa "Donadío" **(20)**, dejó sentado que más allá de la posibilidad de que los magistrados, en el ejercicio de sus potestades ordenadoras y por virtud del principio *iura novit curia*, puedan calificar jurídicamente los hechos o reconducir los recla-

(15) Al respecto, ver SCBA LP B 71904, res. del 09/05/2012, SCBA LP B 71634, res. del 30/11/2011 y, en sentido similar, SCBA LP A 71548, res. del 22/06/2011, SCBA LP B 69066, res. del 21/03/2007, SCBA LP B 71904, res. del 09/05/2012, SCBA LP B 71386, res. del 15/06/2011, SCBA LP B 72012, res. del 03/10/2012, SCBA LP I 70249, res. del 03/10/2012, SCBA LP B 72696, res. del 31/07/2013, SCBA LP B 71959, res. del 04/07/2012, LP B 71847, res. del 27/06/2012, SCBA LP B 75278 RSI-389-18 res. del 29/08/2018, LP B 75471 RSI-485-18, res. del 17/10/2018, SCBA LP B 68554 res. del 03/05/2006, entre muchas otras.

(16) Ver causa SCBA LP B 68261, res. del 22/06/2005. El actor pretendía que se disponga el cese de la prohibición a los secretarios del Departamento Ejecutivo de tomar parte en la sesión en la que se rendía el informe pedido al Intendente respecto de la construcción de cuatro edificios en el distrito y sus antecedentes.

(17) SCBA, causa LP C 109059, sent. del 26/02/2013 juez De Lázzari (SD).

(18) El máximo tribunal bonaerense, finalmente, revocó la sentencia impugnada, y ordenó la devolución de los autos a la instancia de grado: "para que se practique la prueba biológica que se solicitara al efecto de verificar el vínculo sanguíneo del menor Á. D. R. con el señor L. V., y en su caso, acreditado el mismo, se analice —eventualmente— la posibilidad de que el peticionante se revincule con el menor".

(19) SCBA causa LP Ac 90868, sent. del 15/12/2004 juez Roncoroni (SD).

(20) SCBA causa LP A 73981 RSD-128-20, sent. del 05/10/2020 juez Soria (MA).

mos articulados por las partes con abstracción de la denominación que les hubiesen dado, siempre que no se alteren las circunstancias de la causa ni se tergiverse el objeto de la pretensión, va de suyo que esa facultad no puede ejercerse de cualquier manera, ni en cualquier oportunidad.

En este caso, el máximo tribunal bonaerense advirtió —por mayoría— que: (i) la actora había deducido una pretensión meramente declarativa a la cual se opuso la accionada en tanto, a su entender, no se satisfacían los requisitos establecidos por el art. 12, inc. 4 de la ley 12.008; (ii) tras haberse dado trámite completo al proceso, en oportunidad de dictarse sentencia de primera instancia, se readecuó o convirtió la acción declarativa de certeza en una de reconocimiento de derechos o intereses tutelados (la primera fue rechazada y la segunda admitida), todo lo cual fue convalidado por el tribunal de Alzada.

Ante la queja articulada por la Fiscalía de Estado (por denegación del recurso de inaplicabilidad de ley), la SCBA —por mayoría— consideró que ese tipo de determinaciones: "tal vez podría llevarse a cabo válidamente, mas siempre antes de dictarse la sentencia de mérito"; pues "...de lo contrario se les vedará a las partes (en el caso, a la demandada) ejercer las réplicas y planteamientos que estimaren pertinentes dado el nuevo objeto controversial definido por el juez o tribunal". El tribunal concluyó que tales son los límites para evitar afectaciones severas a la garantía de la defensa en juicio y que fueron franqueados en las instancias anteriores **(21)**.

El fuero contencioso administrativo provincial también ha aportado precedentes de interés para delinear el instituto bajo análisis ya sea

(21) Cabe traer a colación el desarrollo argumental que sustenta tales conclusiones vertidas en el voto del juez Soria (MA): "III.2.c. En el diseño legal instituido a partir de la reforma de la ley 13.101, la admisibilidad de la pretensión de reconocimiento o restablecimiento de derechos (art. 12, inc. 2, Cód. Cont. Adm.) depende, en lo que aquí interesa, del cumplimiento de la carga del agotamiento de la vía administrativa y de la presentación dentro del plazo de caducidad (arts. 14 inc. 1 primer párr. y 18 inc. "d" primer párr., Cód. Cont. Adm.). Al menos en principio —con prescindencia de todo cuestionamiento constitucional que pudiere formularse— esas son las condiciones fijadas por la ley. En cambio, la pretensión de certeza o meramente declarativa no requiere apurar la vía ni está sujeta al plazo de caducidad (arts. 14 inc. 1 apart. "d" y 18 primer párr., a contrario, Cód. Cont. Adm.). III.2.d. Si en la demanda la actora hubiese articulado una pretensión de reconocimiento o restablecimiento de derechos habría quedado expuesta al riesgo de la oposición a su admisibilidad por parte de la accionada o de la inadmisibilidad oficiosa (art. 31, Cód. Cont. Adm.), pues los recaudos que surgen de los arts. 14 inc. 1 apart. "d" y 18 primer párr. a contrario del Cód. Cont. Adm. ya citados, no parecen abastecidos. Esto, que acaso explique el motivo por el cual la actora acudió a la vía del art. 12 inc. 4 del Código Contencioso citado, suma un elemento más para reflejar que la repentina y oficiosa variación del tipo de pretensión promovida y el consecuente cambio del objeto de la controversia, resueltos por la jueza de primera instancia y la Cámara de Apelación, expresan una determinación arbitraria, lesiva del debido proceso (arts. 18, CN y 15, Const. prov.), en cuanto hace lugar a una acción no planteada sin siquiera examinar su procedencia formal. III.2.e. En este contexto, asiste razón a la representación estatal cuando afirma que de admitirse el tipo de procederes contra los cuales se alza pesaría sobre los litigantes "...el laborioso trabajo de plantear sus defensas sobre la base de los argumentos desarrollados explícitamente por los actores al redactar su demanda y, además, proyectar hipotéticas defensas para cubrir aquellos que 'implícitamente' puedan luego deducir los magistrados de tales peticiones" (fs. 292 vta.). III.2.f. La invocación de la naturaleza alimentaria del derecho alegado por la actora no basta para desconocer de raíz la garantía de audiencia previa que le asistía a la demandada, desconocido por la sentencia avalada por el tribunal a quo. Máxime cuando se había concedido una medida cautelar favorable a la actora, precisamente en función de la índole de los derechos invocados (v. fs. 129/133, incidente de apelación)". Vale formular una observación en torno a lo expresado en el punto III.2.c. recién transcripto en torno a la pretensión prevista en el art. 12 inc. 2 (a saber: la admisibilidad de la pretensión de reconocimiento o restablecimiento de derechos) depende, en lo que aquí interesa, del cumplimiento de la carga del agotamiento de la vía administrativa y de la presentación dentro del plazo de caducidad). Ello, teniendo en cuenta que la propia SCBA en las causas "Franchetti" (causa nro. A. 70.396, sent. de 19/10/2011) y "Pernigotti" (causa nro. B. 62.811, sent. de 08/02/2017) ha hecho expresa alusión al principio de directa demandabilidad estatal frente a pretensiones que calificaban como de reconocimiento o restablecimiento de derechos y de resarcimiento de daños y perjuicios (cfr. art. 12, inc. 2 e inc. 3 Ley 12.008 respectivamente). En ambos precedentes, se observó que no se instrumentaba —en las respectivas demandas— el cuestionamiento a la legitimidad de actos administrativos, por lo que, en definitiva, la falta de agotamiento de la vía por el carril impugnatorio no resultaba, en esos supuestos, obstáculo para la procedencia de sendas acciones.

en sede de primera instancia **(22)** o en sede de las cámaras de apelación regionales.

Respecto de estas últimas, cabe referir que la Cámara en lo Contencioso Administrativo de La Plata —la CCont. Adm. La Plata—, en los primeros años de su puesta en funcionamiento, ha tenido oportunidad de expedirse en una serie de causas: "Terminiello" **(23)** "Savoretti" **(24)**, "Las Garzas" **(25)**, entre otras.

En el primero de ellos, en la instancia de grado, se había rechazado *in limine* la acción de amparo incoada, por no reunir los requisitos de procedencia (arts. 1°, 2°, 9° de la ley 7166 t.o. 1995), no obstante, el magistrado de grado decidió reconducir la demanda como medida cautelar anticipada. Los jueces que conformaron la mayoría —Dres. Spacarotel y Milanta— no se expidieron concretamente sobre la reconducción decidida en tanto no fue materia de agravio **(26)**; mas en el voto del juez De Santis se sostuvo que el juez excedió los límites del principio de *iura novit curia*, "toda vez que, en la especie, se trata de enderezar la acción por un carril ausente en la postulación inicial y que tampoco surge de la estrategia elegida por el amparista"—sic— **(27)**.

(22) De primera instancia cabe referir algunos ejemplos de reconducción procesal. En ese sentido, el Juzgado en lo Contencioso Administrativo de Pergamino rechazó in limine procesos de amparo (uno iniciado a fin de que se ordene judicialmente la readecuación de un plan de ahorro automotor y el otro dirigido contra la Municipalidad de esa ciudad, para que haga cesar la alteración del vecindario por el funcionamiento de un local de esparcimiento nocturno), no obstante que ordenó la reconducción de las pretensiones de acuerdo con las herramientas previstas en el Cód. Proc. Civ. y Com. o en el Cód. Cont. Adm. (ley 12.008) respectivamente (ver causas nros. 8744, sent. del 04/06/2020 y nro. 5914, sent. del 15/11/2016). El Juzgado en lo Contencioso Administrativo de Morón, en la causa MO - 23407 - 2013 (res. del 06/11/2013) resolvió declarar la inadmisibilidad de la pretensión declarativa de certeza deducida por el actor, no obstante que, intimó a dicha parte a adecuar la pretensión interpuesta por aquellos carriles procesales más adecuados a la naturaleza de la cuestión en juego debiendo transitar los andariveles de las acciones que, con toda precisión, prevé el sistema de rito (art. 12, 14, 18 y ccdtes. Cód. Cont. Adm.). El Juzgado en lo Contencioso Administrativo de San Isidro N° 2, en el marco de causas en los que se debatían cuestiones urbano-ambientales también ordenó readecuaciones procesales en el entendimiento que la pretensión o el proceso en trámite no resultaban adecuados para el desarrollo del pleito (ver, entre otras, la causa nro. 4909, res. del 02/09/2015). Asimismo, en la causa nro. 492 (res. del 23/09/2014) ordenó la readecuación de una medida cautelar planteada como autónoma —pero más emparentable con una medida autosatisfactiva que con la tipología propuesta por los actores— al proceso ordinario (pretensión prevista en el art. 12 inc. 2 Cód. Cont. Adm.). En el marco de dicha readecuación —por su parte— se requirieron informes previos al dictado de una medida cautelar (cfr. art. 23 Cód. Cont. Adm.) y se ordenó la integración de la litis con los legitimados pasivos necesarios (Provincia de Buenos Aires y OPDS, en tanto la demanda únicamente había sido dirigida contra la Municipalidad de Tigre). En los expedientes nro. 6107 (res. del 09/10/2017) y nro. 28.863 (res. del 06/09/2021) procedió de manera similar al precedente recién mencionado de la causa nro. 492 "ordinarizando" procesos —también de índole urbano-ambiental— iniciados con trámite sumarísimo bajo las disposiciones de la ley 11.723, e integrando la litis con legitimados pasivos necesarios. Finalmente, en la causa nro. 13.868 (res. del 19/07/2017), por su parte, dispuso la readecuación de una "medida preliminar" (desestimada in limine) por el trámite de "amparo por mora" (art. 76, Cód. Cont. Adm.).

(23) CCont. Adm. La Plata, causa nro. 58, res. del 5/10/2004.

(24) CCont. Adm. La Plata, causa nro. 115, sent. del 10/03/2005.

(25) CCont. Adm. La Plata, causa nro. 1660, sent. del 06/09/2005.

(26) No obstante, en el voto de la jueza Milanta se sostiene respecto de la reconducción que: "no se advierte que tal adaptación procesal, fundamentada en las circunstancias del sub lite y en el mantenimiento de la instancia judicial (art. 15, CP), sobrelleve algún vicio que pudiese incidir en la validez de lo actuado. Ello es así, básicamente, dada la índole de la decisión adoptada por el juez a-quo, de carácter cautelar, que puede ser decretada sin audiencia de la contraparte (art. 23 inc. 1, Cód. Cont. Adm.) y, además, la medida dispuesta guarda —prima facie— congruencia con la peticionada por el actor. No se visualiza algún defecto en la integración de la litis o que signifique la afectación del debido proceso u otros vinculados con la admisibilidad de la pretensión, susceptibles de poner en movimiento el reexamen, de oficio, por parte del Tribunal de Alzada (cfr. arts. 56 y ss. y 77, Cód. Cont. Adm.; 272 y concs., Cód. Proc. Civ. y Com.). Esta preliminar apreciación —necesaria para emitir opinión sobre la primera cuestión planteada— cierra el camino a la admisibilidad del tratamiento del trámite impreso a las actuaciones por vía de la reconducción, no cuestionado en autos".

(27) Ver cfr. BASTONS, Jorge. L. y ELIADES, Analía, "La reconducción de las pretensiones procesales en el fuero contencioso-administrativo bonaerense...", ob. cit., p. 2.

En "Savoretti", la CCont. Adm. La Plata se expidió frente al cuestionamiento deducido por la demandada en virtud de la reconducción de una acción de amparo en una medida cautelar anticipada **(28)**; todo lo cual fue revocado por el tribunal —por mayoría; en disidencia la jueza Milanta— al considerar, sustancialmente, que el proceder del magistrado de grado vulneraba la garantía del debido proceso adjetivo y sustantivo, el derecho de defensa en juicio y el principio de congruencia.

En "Agropecuaria Las Garzas" **(29)**, por su parte, descalificó la decisión del juez de grado de imprimir al trámite de la pretensión cautelar deducida, el de la vía sumarísima de los arts. 321, 496 y concordantes del Cód. Proc. Civ. y Com. y ordenar una medida precautelar dirigida a la provincia demandada a fin de que se abstenga de adjudicar o comenzar la ejecución de una contratación llevada a cabo por licitación pública (el actor, había promovido una medida cautelar "autónoma" con el objeto de obtener el pronunciamiento judicial referido) **(30)**.

Por su parte, traigo a colación que, con posterioridad, frente al agravio de la demandada, la CCont. Adm. La Plata **(31)** ha convalidado la reconducción decidida en la instancia de grado por la que se dio curso a una medida autosatisfactiva solicitada bajo el trámite de la vía del juicio sumarísimo (arts. 321 y 498 Cód. Proc. Civ. y Com.), confiriéndose, en consecuencia, traslado de la presentación efectuada en autos y la documental acompañada a las demandadas, por el término de cinco [5] días.

Por su parte, la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo de Gral. San Martín —CCont. Adm. Gral. San Martín—, en la causa "Nadal" **(32)** se expidió frente al rechazo *in limine* de un amparo y la reconducción del proceso en otro —al que calificó de "tutela urgente"— decidida en primera instancia con trámite su-

(28) La medida consistía en la orden de instalación del servicio medido en el domicilio del actor y la refacturación de los períodos impagos, desde la fecha del reclamo, bajo la modalidad de consumo mínimo previsto en dicho sistema, otorgando un amplio plan de facilidades de pago, previa caución juratoria y bajo apercibimiento de astreintes.

(29) CCont. Adm. La Plata, causa nro. 1660, sent. del 06/09/2005.

(30) Al respecto ver BASTONS, Jorge. L. y ELIADES, Analía, "La reconducción de las pretensiones procesales en el fuero contencioso-administrativo bonaerense...", ob. cit.

(31) CCont. Adm. La Plata, causa nro. 15.828, sent. del 11/11/2014. En la instancia anterior, el magistrado entendió que, a través de la reconducción ordenada, se garantizaba el derecho a la defensa en juicio, otorgándole a la demandada la posibilidad de ser oída (cfr. arts. 15 de la CPBA y 18 de la CN). La CCont. Adm. La Plata, por mayoría, consideró que: "la reconducción de la acción propiciada por el magistrado de instancia, ha servido de base para cimentar una medida cautelar, calificada por la Asesora de Incapaces como "autosatisfactiva con medida cautelar", empero que intenta abastecer el objeto sustancial de la pretensión de la actora, esto es, ordenar a las accionadas den cumplimiento con su obligación legal de arbitrar medidas positivas para obtener el acceso de los accionantes a los derechos fundamentales que consideran actualmente vulnerados, esto es a la vida, a la salud, a la vivienda digna y a la alimentación (ver fs. 25/31). Ello así, habiéndose inserto un tipo de medida cautelar —autosatisfactiva— que busca la satisfacción anticipada de lo que constituye el motivo del pleito, resulta ajustada a derecho la decisión de grado de encauzar dicha pretensión a la luz de un correcto derrotero procesal, ordinarizando el proceso y agilizando el trámite —sumarísimo— en procura de la realización plena y efectiva del acceso irrestricto a la justicia (arts. 321 y 496, Cód. Proc. Civ. y Com.), respetando a su vez el derecho de defensa de la contraparte, bilateralizando aquél, al correrle el traslado de la demanda bajo dicho encauzamiento (arts. 18, Constitución Nacional y 15 de la Constitución Provincial; doctr. SCBA causa B. 64.745, "Consorcio de Gestión Puerto de Bahía Blanca", res. 23-10-02). Si bien la tarea emprendida por el juez a-quo, al reconducir en la forma indicada, es de aquéllas que requieren suma cautela y prudencia, porque implica el despliegue de una actuación oficiosa que, por ello mismo, debe moverse dentro de los confines de la pretensión —sin desnaturalizarla, excederla o sustituirla—, no avanzar sobre la voluntad de las partes —quienes determinan el "thema decidendum"— y respetar las reglas de bilateralidad y contradicción (arts. 15, Const. Prov. y 18, Const. Nac.), la decisión de grado ha procurado permitir, adecuadamente, sin violentar aquellos principios, la realización del objeto procesal, no ya con carácter provisorio, sino —como consecuencia de las características y alcances de la propia pretensión inserta, más allá de la existencia, dentro de ella, a su vez, de un pedimento cautelar, previo al autosatisfactivo, aunque más acotado, el que se analizará en la siguiente cuestión— con una sentencia que pondrá fin a la materia litigiosa, en el ámbito de una sumaria cognición".

(32) CCont. Adm. General San Martín, causa nro. 56, res. del 23/11/2004. Ver, además, en sentido similar, causa nro. 72/2004, en la que revocó, sin disidencias, la reconducción oficiosa de un amparo a uno de los procesos regidos por la Ley 12.008 por el juez de primera instancia.

marísimo conforme a los arts. 321, 496 y cc. del Cód. Proc. Civ. y Com. Asimismo, el *a quo* había convocado a las partes a una audiencia informativa y suspendió con carácter provisional la licitación impugnada respecto hasta tanto se resolviera la pretensión cautelar.

El tribunal de Alzada —por mayoría— consideró: "VI. Que si bien los jueces cuentan en el proceso con amplias facultades ordenatorias e instructorias en las causas sometidas a su decisión (confr. arts. 36 del Cód. Proc. Civ. y Com. y 77 del Cód. Cont. Adm.), ellas no pueden ir en desmedro del mentado principio, bajo riesgo de incurrir en el quebranto de la bilateralidad y en un avasallamiento del debido proceso (art. 18 de la CN). VII. Que por otra parte el principio *iura novit curia*, que autoriza a los jueces a calificar jurídicamente los hechos de la causa, con prescindencia de la norma o las normas invocadas por las partes, no los habilita a sustituir a aquellas en cuanto a la estrategia procesal que hayan elegido para dar curso a sus pretensiones". Por ello, cabe concluir en que en el caso de autos el Sr. juez, al decidir de oficio reencauzar la demanda luego de haber rechazado *in limine* la acción de amparo intentada, ha actuado en exceso de su competencia ya que ha obrado "...en abierta sustitución de la voluntad del litigante y en exceso (del) principio *iura novit curia*, toda vez que, en la especie, se trata de enderezar la acción por un carril ausente en la postulación inicial y que tampoco surge de la estrategia elegida por el amparista".

Por su parte, más adelante, en el precedente "Gagliardi" **(33)** desestimó el agravio de la demandada dirigido contra la decisión de la instancia anterior de adecuar de oficio la medida cautelar intentada a un proceso sumarísimo (vía de hecho).

La Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo de San Nicolás —CCont. Adm. San Nicolás—, a su vez, ha convalidado reconducciones decididas en la instancia de grado en procesos de amparo, al considerar que la improcedencia de tal acción (por no encontrarse reunidos los requisitos de admisibilidad de la vía elegida en la que resulta competente cualquier juez) no implicaba la imposibilidad de plantear su pretensión ante el juez materialmente competente, adecuando su presentación a los cauces procesales correspondientes **(34)**.

Por su parte, también se han verificado supuestos de reconducciones ordenadas de oficio en jurisdicción de la alzada —CCont. Adm. Gral. San Martín— **(35)**, en las que se aprecia una re-

(33) CCont. Adm. General San Martín, causa nro. 4322, sent. del 30/10/2014. El tribunal consideró que: "más allá del acierto o error en el temperamento adoptado por la jueza, cabe tener presente que es aquélla la directora primaria del proceso y, que en ese carácter y en aras a su buen orden e instrucción, cuenta con amplias facultades para adoptar las medidas que crea convenientes al efecto, siempre que se respete el debido proceso adjetivo y sustantivo (cfr. art. 34 ap. 5 y 36 ap. 2 del Cód. Proc. Civ. y Com.). Bajo tales parámetros y, en la medida en que el proceso elegido contempla la posibilidad del debido ejercicio del derecho de defensa, puesto que, si bien de modo acotado prevé la pertinente bilateralización, no se observa un perjuicio que justifique revocar la resolución atacada. En definitiva, en su caso, el tipo de proceso fijado en la instancia de grado puede conspirar o no con la suerte de la acción, más no se presenta en este estadio como violatorio de los derechos que el demandado dice lesionados. Ello, máxime que el apelante no ha indicado de modo preciso cuales serían las defensas y medidas probatorias o de otra índole de las que se vería privado, como consecuencia del trámite establecido para las presentes actuaciones (cfr. art. 15 CP y art. 18 CN). En ese contexto, es oportuno señalar que, en sustento de la posibilidad de adecuación de demandas de oficio, la propia Suprema Corte de la Provincia en la causa "Consorcio de Gestión del Puerto de Buenos Aires c. Pentamar SA" del 23/10/2002 la medida cautelar "autosatisfactiva" peticionada por la actora, reencauzó de oficio la pretensión como proceso de tutela urgente en los términos del art. 496 del Cód. Proc. Civ. y Com. Sobre la base indicada, el agravio esbozado por la parte accionada no constituye una crítica concreta y razonada de esta parcela de la decisión que considera equivocada. En efecto, trasunta una mera disconformidad con la decisión adoptada, más no alude a circunstancia objetiva alguna que permita modificar el temperamento seguido en la instancia de grado".

(34) CCont. Adm. San Nicolás, causas nro. 2836, sent. del 30/10/2018, nro. 2338, sent. del 06/12/2016 y nro. 3712, sent. del 03/12/2021.

(35) Al respecto, ver CCont. Adm. General San Martín, causa nro. 4332, sent. del 30/09/2014. En este caso, diversos actores, entre ellos un intendente municipal y la presidente de un consejo escolar, promovieron acción de amparo contra el Poder Ejecutivo Provincial, a fin de impedir judicialmente la decisión de disminuir el cupo del servicio de comedores escolares de la Provincia y de ordenar a la demandada a poner un cupo para el desayuno y merienda de los colegios del dis-

lativización de los valladares que imponen los ordenamientos procesales a la jurisdicción de las cámaras [ver arts. 162 inc. 6, 271 y 277 Cód. Proc. Civ. y Com., arts. 163 inc. 6, 266 y 272 Cód. Proc. Civ. y Com. de Buenos Aires **(36)**]; aun, en casos ciertos que involucraba el derecho a protección de la vida y la salud **(37)**.

En sentido diverso, en el marco de una apelación contra el rechazo *in limine* decidido en amparos y ante la petición de que la Alzada reconduzca el proceso constitucional antedicho en un trámite contencioso administrativo, la CCont. Adm. Mar del Plata sostuvo que "tales pedimentos resultan objetivamente improponibles ante la Alzada, toda vez que ello vulneraría la función revisora de la Cámara de Apelación, traduciéndose así la pretensión actoral en una suerte de sustitución de la competencia que le sería propia del órgano jurisdiccional de primera instancia, lo que resulta —a todas luces— inadmisible" **(38)**.

No obstante, también la CCont. Adm. Mar del Plata en un precedente de interés dictado en el período de pandemia **(39)**, revocó la desestimación de una medida innovativa en el marco de un amparo (fundado en la identidad con el objeto del proceso) y utilizó, en su propia sede, esta herramienta —reconvirtiendo, al revés de lo que sucede generalmente, un amparo en una medida autosatisfactiva— en un contexto fáctico particular que justificó tal proceder excepcio-

trito. Frente a la medida cautelar admitida en primera instancia civil y comercial, una vez fue recurrida por la Fiscalía de Estado, la CCont. Adm. General San Martín, (cfr. art. 17 bis ley 13.928) —con votos de los Dres. Bezzi y Echarri, el Sr. juez Saulquin no suscribió el fallo— confirmó la medida cautelar dispuesta en la instancia de grado; no obstante, oficiosamente y sin mediar agravio alguno de la recurrente, ordenó a la instancia anterior: (i) la celebración de una audiencia; (ii) analizar la legitimación de las autoridades municipales absteniéndose de valorar la propia alzada —de oficio—, tal presupuesto de la acción, como sí lo hizo en otros precedentes propios (ver CCont. Adm. General San Martín, causa nro. 1379, sent. del 25/07/2008 y causa nro. 3047, sent. del 12/03/2012, entre otras) y (iii) analizar la eventual necesidad de convocar al Defensor del Pueblo provincial. Asimismo, en cuanto más interesa, el tribunal ordenó la reconducción de oficio de la acción bajo el siguiente argumento —que ha sido reiterado en diversos precedentes—: "la complejidad de la cuestión que se plantea excede con creces el marco procesal de discusión que permite la excepción vía escogida. Es que la dilucidación del planteo de la amparista requiere mayor amplitud de debate y prueba que el que razonablemente puede tener cabida en el estrecho marco cognoscitivo de la acción intentada". En el marco de dicha reconducción, desplazó la jurisdicción constitucional y legal del magistrado civil y comercial que intervino en el amparo (cfr. art. 20, inc. 2 CPBA y art. 3, ley 13.928) y ordenó que los autos sean remitidos "al Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo de San Isidro que por turno corresponda en donde se deberá intimar a la parte actora para que readecue la demanda a la pretensión procesal que juzgue pertinente entre las admitidas en aquel Código ritual; debiendo hacerse efectiva, en dicha sede, la comunicación de lo aquí resuelto al juzgado a quo por vía de oficio, a sus efectos" —sic—. Ver, además, en sentido similar al precedente reseñado —es decir, decidiendo la CCont. Adm. General San Martín, oficiosamente, sin que medie agravio alguno sobre decisiones concernientes a la vía de amparo o proceso urgente intentados por el actor— las causas nro. 7542, sent. del 14/05/2019, nro. 4266, sent. del 17/06/2014, nro. 3018, sent. del 22/02/2012, nro. 2178, sent. del 12/08/2010, nro. 2560, sent. del 20/04/2011, nro. 2534, sent. del 31/03/2011, nro. 2633, sent. del 22/06/2011, nro. 2873, sent. del 01/11/2011, nro. 4379, sent. del 28/10/2014, nro. 4293, sent. del 30/09/2014, nro. 3106, sent. del 17/04/2012, nro. 3640, sent. del 30/04/2013, nro. 3111, sent. del 19/04/2012, nro. 5903, sent. del 14/11/2016, nro. 3663, sent. del 14/05/2013, nro. 5448, sent. del 15/09/2016, nro. 6964, sent. del 18/09/2018, nro. 2949, sent. del 15/11/2011, nro. 4691, sent. del 19/05/2015, causa nro. 4414, sent. del 23/10/2014, nro. 6237, sent. del 01/08/2017, entre muchas otras más.

(36) Vale recordar que los tribunales de apelación reconocen un doble límite el que surge de la traba de la litis y el marco de los cuestionamientos que ante ellos se exponen (cfr. SCBA, causa LP A 73905 RSD-126-19, sent. del 10/07/2019 juez De Lázzari (SD), entre muchas otras).

(37) Al respecto ver CCont. Adm. General San Martín, causa nro. 2353, sent. del 22/03/2011, entre otras, en las que consideró inadmisible la vía de amparo frente a las negativas de la demandada a dar cobertura a los tratamientos FIV - ICSI, luego de la sanción de la ley 14.208 y del dec. 2980/2011. Con anterioridad a la entrada en vigencia de dichas normas, había admitido el amparo frente a casos fácticamente similares (ver CCont. Adm. General San Martín, causas nro. 1509/09, sent. del 30/12/2008, nro. 1513 del 31/12/2008, nro. 1889, nro. 1910, sent. del 17/12/09, entre otras).

(38) CCont. Adm. Mar del Plata, causa nro. 8351, sent. del 20/09/2018 y sus citas.

(39) CCont. Adm. Mar del Plata, causa nro. 10151, sent. del 22/10/2020. Con anterioridad aplicó temperamento similar en una causa con aristas fácticas distintas (ver CCont. Adm. Mar del Plata, causa nro. 9686, sent. del 18/10/2020).

nal del tribunal de Alzada. El amparo se había iniciado contra el Instituto de Previsión Social de la provincia de Buenos Aires (IPS), a fin de que se ordene a este último dar inicio al trámite de pensión por discapacidad en favor del menor indicando lugar y/o medio para la atención y presentación de la documentación respectiva, así como también realizar la visita a su domicilio para la realización del informe del asistente social, necesario para obtener el beneficio que persigue. A este pedido se había sumado la solicitud de una medida cautelar innovativa para que se ordene al IPS a recibir la documentación que tiene en su poder —vinculado con la solicitud de pensión— y a proceder a realizar el informe de asistente social para la realización de la encuesta social del art. 13 de la ley 10.205.

En el voto del juez Riccitelli **(40)** —al que adhiere el juez Ucín— más allá de pronunciarse negativamente sobre la validez de la resolución apelada, se —oficiosamente— ordenó "reencauzar el pedimento como una medida autosatisfactiva —sin inmiscuirse en torno a la suerte sustantiva del pedimento referido a la pensión excepcional que persigue la actora para su hijo discapacitado ni en los tiempos de su trámite—, condenando al Instituto de Previsión Social para que en el término de cinco [5] días hábiles de notificado del presente pronunciamiento mediante oficio electrónico dirigido al señor Fiscal del Estado, ponga en conocimiento a la actora, por medio fehaciente, sobre: (i) el lugar físico sito en la ciudad de Mar del Plata —ciudad de residencia del menor discapacitado— donde

(40) En el considerando 2.1 del voto del juez Riccitelli se desarrollan los siguientes motivos para reencauzar la pretensión inicial: "El relato de antecedentes del caso que contiene la demanda grafica un prístino escenario de obstaculización material al derecho constitucional de petición ante las autoridades, asegurado a todo habitante de la Provincia por el art. 14 de la Carta Magna bonaerense. A más de seis meses de decretadas las primeras medidas gubernamentales de aislamiento preventivo como consecuencia de la pandemia desatada por coronavirus, es de público conocimiento que en vastos sectores de la burocracia administrativa del gobierno provincial —en particular, en aquellas dependencias con asiento en los Partidos en los que todavía la reanudación de actividades públicas y privadas transita por fases iniciales— la recepción de trámites indispensables para los ciudadanos presenta aristas de marcada similitud con la fotografía que describe la accionante al incoar este proceso constitucional. Aquí, la amparista ha recurrido a la jurisdicción en busca de respuestas ante los obstáculos encontrados al tiempo de intentar peticionar por un beneficio previsional plasmado en una norma provincial. Y no paso por alto que su presentación ante los estrados de la justicia fue precedida de una previa conducta extrajudicial proactiva para vencer las barreras, aunque con nulo resultado a la fecha. En suma, la Administración provincial fue debidamente requerida, se le hizo saber las dificultades que las restricciones de atención al público generaban para la canalización de la particular petición que aquí se analiza y, no obstante, ningún trazado administrativo fue ofrecido, en tiempo acorde con la urgencia del caso, para asegurar la materialización del derecho constitucional consagrado por el art. 14 de la norma fundamental provincial. Presente ello y volviendo a la respuesta judicial al caso planteado, podría decirse que el cuadro que se presenta ante esta Alzada, de singular factura y de tan particularísimas aristas (mayormente exteriorizadas como resultados disfuncionales de la Administración producto de la irrupción de la pandemia) —difícilmente replicable en otras circunstancias procesales más comunes— reclama una solución jurisdiccional acorde. Como ilustra el señor juez doctor De Lázzari en la causa de la Suprema Corte de Justicia C. 119.234 "L., M. G." (sent. de 06/04/2016), en estos supuestos el órgano jurisdiccional está legítimamente investido de la facultad de reencauzar de oficio una petición defectuosa, a través del carril procesal que estime más adecuado para tramitarla, ya que la reconducción procesal es la operación por medio de la cual el juez de oficio inserta una petición de parte en la vía procesal que resulta legalmente adecuada para sustanciarla. Y agrega el señor ministro que el fundamento de todo ello se vincula con el principio del iura novit curia (art. 163 inc. 6, Cód. Proc. Civ. y Com.), pues el juez debe tramitar y dirimir los conflictos según el derecho aplicable, supliendo las fallas de las partes, a cuyo fin debe calificar tanto la relación jurídica material como la relación jurídica procesal, al margen del nomen iuris utilizado a su respecto, brindando el trámite ritual que cabe a cada caso concreto, teniendo en cuenta el poder de dirección que incumbe al órgano judicial (arts. 34 y 36 Cód. Proc. Civ. y Com.), y la facultad que le asiste para determinar el tipo de proceso a aplicar en cada caso (arg. arts. 319, 321, 322, ídem); se suma a ello la vigencia del principio de economía procesal (art. 34 inc. 5, e) y fundamentalmente la tutela judicial efectiva (art. 15 de la Constitución provincial) así como la instrumentalidad de las formas (art. 169 Cód. Proc. Civ. y Com.). Cierra su alocución el señor juez doctor De Lázzari advirtiendo, sin embargo, que esta facultad no es ilimitada pues no podría el juez variar la causa o el objeto de la petición. Adoptando el criterio expuesto y advirtiendo que la urgencia que denota la atención del cuadro de salud descripto en la acción pudo influir en la estrategia procesal adoptada por la actora, cuyo efecto no deseado haya sido la ausencia de contornos entre el objeto de la acción y el contenido del mandato cautelar peticionado, juzgo que el trámite que mejor se adecua para asegurar el derecho constitucional de petición, sería el de una medida autosatisfactiva, con los recaudos que seguidamente se exponen".

habrá de recibirse no solo su petición de beneficio previsional en favor de su hijo discapacitado, sino también la documentación requerida para ello (art. 6°, ley 10.205, t.o., ley 11.968) y (ii) el modo, tiempo y lugar en la que se realizará la encuesta social que prevé el art. 13 de la ley 10.205".

Por su parte, cabe tener presente, en torno a la impugnación por vía extraordinaria de estas decisiones de las Cámaras, que es doctrina de la SCBA que estos son admisibles únicamente respecto de las sentencias definitivas, es decir, aquellas que, recayendo sobre el asunto principal objeto del litigio o sobre un artículo, producen el efecto de finalizar la litis haciendo imposible su continuación; por lo que "[l]a decisión impugnada, en cuanto intimó a la parte a reconducir el proceso, no reviste tal carácter en tanto no produce el efecto indicado precedentemente (conf. arts. 278, Cód. Proc. Civ. y Com.; 63 de la ley 11.653)" **(41)**.

Finalmente, cabe señalar que, en materia de protección a la salud, por lo general, dado que la mayor cantidad de acciones en procura de su tutela se inician por vía de amparo —y la doctrina judicial generalizada no ve reparos en la procedencia de ese remedio **(42)**—, no se verifican supuestos en cantidad significativa en que aquel sea reconducido por una acción que apareje trámite ordinario **(43)**. Por el contrario, sí

(41) SCBA, LP Ac 92655, res. del 07/02/2007.

(42) Cfr. Fallos 323:3229, Fallos 331:563, Fallos: 326:4931, entre otros.

(43) Cabe referenciar que la CCont. Adm. General San Martín, en la causa nro. 2489 (res. del 03/11/2011), en el marco de un caso en que se ventilaba el derecho a la protección de la salud de la actora, revocó la decisión del juez de grado de imprimirle el trámite sumarísimo a la demanda que contenía la pretensión de "reconocimiento o restablecimiento de derechos" (art. 12 inc. 1). Para así decidir, sostuvo que: "Sentado lo expuesto, corresponde expedirse con relación a los agravios dirigidos a cuestionar el trámite sumarísimo que se le imprimiera en la instancia de grado a la sustanciación del presente proceso. En esa tarea, cabe reseñar que de las constancias del presente incidente surge que el proceso principal: a) fue promovido con fecha 11/03/2010 (fs. 31 vta.); b) que con fecha 15/03/2010 se declaró la admisibilidad formal de la acción de pretensión de restablecimiento o reconocimiento de derechos y el despacho cautelar (fs. 32/35); c) con fecha 19/07/2010 se dispuso la ampliación de la medida cautelar. Así se advierte que ha transcurrido un dilatado lapso de tiempo desde la promoción del presente juicio y, a su vez, no surge del presente incidente si —a la fecha— se ha corrido traslado de la demanda o cuál es el estado procesal de la acción principal. No obstante, lo cierto es que, a la fecha, aún resulta objeto de decisión el trámite que debe imprimírsele al proceso, lo que daría cuenta que —en principio— el juicio principal se encuentra en un estado —al menos— incipiente. A raíz de las cuestiones antes apuntadas y las circunstancias fácticas de esta causa, así como también que se viene observando la reiteración de situaciones análogas en causas semejantes en las que ha tenido intervención esta Cámara —en las que consideró desierto esa parcela del recurso, CCont. Adm. General San Martín, causas nros. 2045; 2312; 2484, entre otras—, es que se impone la necesidad —en el supuesto de autos— de tratar el agravio referido. En esas condiciones, cabe observar que el Código Contencioso Administrativo prescribe —en principio— para las pretensiones en él comprendidas, y en particular, para la de restablecimiento o reconocimiento de derechos, requisitos de admisibilidad propios, así como un trámite procesal adaptado a tales particularidades (arts. 14, 16,18, 30 y concs. del Cód. Cont. Adm.); aspectos éstos que no se encuentran contemplados en modo alguno el proceso sumarísimo regulado en el Cód. Proc. Civ. y Com. Excepcionalmente, el Código Contencioso Administrativo ha previsto expresa y exclusivamente la vía sumarísima para el trámite de la pretensión de la cesación de vía de hecho (art. 21, Cód. Cont. Adm.) y ha efectuado una remisión normativa al art. 322 del Cód. Proc. Civ. y Com., para el trámite de la pretensión declarativa de certeza (art. 12 inc. 4, Cód. Cont. Adm.). Por otra parte, el legislador ha previsto un número cerrado de procesos abreviados. A su vez, es conveniente recordar que el art. 77 del Cód. Cont. Adm. dispone que "Serán de aplicación al trámite de los procesos administrativos, en cuanto no sean incompatibles con las prescripciones del presente Código, las normas previstas en el Código Procesal Civil y Comercial...". En definitiva, el Código de la materia, en principio, no establece el proceso sumarísimo para el trámite de las pretensiones de restablecimiento o reconocimiento de derechos. En el caso de autos, a la luz de las constancias que se desprenden del incidente tenido a la vista y bajo los parámetros antes expresados, se advierte —a esta altura de los acontecimientos— que la tramitación del proceso por la vía sumarísima no resulta justificada. Y es que, a pesar de tratarse de un proceso de conocimiento acotado, enmarcado —además— en un planteo relativo a la salud, se advierte prima facie de las constancias existentes en el presente incidente un trámite prolongado que no se compadece con las notas de celeridad y rapidez que caracterizan el trámite sumarísimo. En ese particular contexto, no se observa circunstancia alguna en autos que autorice excepcionalmente a recurrir —con las adecuaciones del caso, claro está— al proceso abreviado mencionado. Tales circunstancias demuestran que la tramitación por la vía sumarísima —en el caso— carece —en este momento— de sustento fáctico razonable. No se le escapa a este Tribunal que en autos

se registran casos promovidos bajo "medidas autosatisfactivas" que han merecido la asignación de procesos sumarísimos a fin de garantizar el ejercicio del derecho de defensa a la contraparte **(44)**.

III. Conclusiones

En definitiva, a través del repaso de antecedentes jurisprudenciales precedente, cabe colegir que la reconducción de procesos exige suma cautela y prudencia por parte de los magistrados en el marco de una ponderación casuística y no "mecanicista" y debe circunscribirse, en principio, a evitar la inadmisibilidad formal del planteo por motivos de desacierto en la vía elegida, no pudiendo suplir otro tipo de falencias **(45)**.

Se trata de una actuación oficiosa que modifica el trámite propuesto, que debe moverse dentro de los confines de la pretensión —sin desnaturalizarla, excederla o sustituirla— y que mal puede avanzar sobre la voluntad de las partes —quienes determinan el *thema decidendum*— en infracción a las reglas de bilateralidad y contradicción (arts. 15, Const. Provincial y 18, CN) **(46)**.

Por un lado, el quiebre de tales principios descalifica este tipo de actuaciones y por el otro, en referencia a las partes, los jueces no están habilitados, en principio, a sustituirlas en cuanto a la estrategia procesal que hayan elegido para dar curso a sus pretensiones; por lo que su utilización debe ser reservada para supuestos de excepción y no como regla general.

A su vez, tal como ha quedado explicitado en el precedente "Donadío" de la SCBA antes reseñado, el mecanismo no puede ser implementado de cualquier manera, ni en cualquier oportunidad del proceso (v.gr. al dictarse sentencia definitiva). En ese sentido, su aplicación resulta menos riesgosa de lesionar principios procesales elementales cuando es concretada al inicio del pleito previa sustanciación, teniendo en cuenta que, a ese momento, el proceso carece, aún, de una contraparte ejerciendo su defensa a través de la oposición de excepciones, contestación de demanda o, eventualmente, de la reconvención.

Por su parte, se advierte cierta tendencia jurisprudencial —en particular, de la CCont. Adm. Gral. San Martín y, en menor medida, de la CCont. Adm. Mar del Plata— de ordenar reconducciones oficiosamente, en su propia sede, aun no mediando agravio en relación con el trá-

---

se reclama al IOMA la entrega de suministros médicos y que, más allá de su procedencia sustancial —sobre lo que no corresponde expedirse por el momento—, pueden eventualmente presentarse circunstancias críticas o de urgencia relativas a la cuestión debatida y que los plazos en el proceso ordinario son más dilatados que el del sumarísimo. Sobre ese punto, se advierte que en el caso se han dictado medidas cautelares, despacho que también viene recurrido. En ese orden, cabe recordar a mayor abundamiento que la tutela precautoria de darse los presupuestos de procedencia —claro está—, resulta una herramienta procesal idónea, tendiente a garantizar la tutela judicial efectiva (art. 15 de la Constitución Provincial). Por otra parte, cabe señalar que si bien —en general— esta Cámara ha admitido la idoneidad de la vía de amparo (arts. 20, CP y ley 13.928) en supuestos en que se accionaba por ese cauce a efectos de obtener prestaciones o el reconocimiento del derecho a la salud; no es posible pronunciarse sobre ese punto en tanto no ha sido objeto de agravio. En consecuencia, dadas las particularidades reseñadas, corresponde revocar la providencia recurrida en cuanto impuso a las presentes el trámite sumarísimo, debiendo continuarse el curso de las presentes por la vía del proceso ordinario regulado en el Cód. Cont. Adm.". Ver, además, en sentido similar, CCont. Adm. General San Martín, causas nro. 2731, res. del 11/08/2011, nro. 2942, res. del 15/12/2011, nro. 2620, res. del 14/06/2011, nro. 2781, res. del 8/09/2011, nro. 2754, res. del 16/08/2011, entre otras.

(44) La CCont. Adm. General San Martín,, en ese sentido, al admitir parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en el marco de una medida autosatisfactiva en materia de protección de la salud —v.gr. se requería al IOMA la cobertura integral de un tratamiento médico y quirúrgico aconsejado por el equipo de traumatología del Hospital Italiano de Buenos Aires— que había sido concedida en primera instancia, ordenó reconducir esa modalidad al proceso de amparo con medida cautelar (ver causa nro. 4426, sent. del 21/10/2014). Similar temperamento siguió en la causa nro. 2203 (amparo promovido por la actora, por derecho propio, y en representación de su hija menor, a fin de que el Instituto de Obra Médico Asistencial de la Provincia de Buenos Aires (IOMA), cubra en forma total e integral (del 100%) diversas prestaciones en el marco de una denominada "Escuela Especial" (ver sentencia del 23/08/2010).

(45) Cfr. SAFI, Leandro, "La reconducción procesal y sus límites", ob. cit., p. 142.

(46) Cfr. AA.VV., BOTASSI, Carlos A. (dir.), CABRAL, Pablo O. (coord.), "Derecho administrativo...", ob. cit., p. 451 y sus citas.

mite procesal impreso al pleito en la instancia anterior, lo cual implica —consecuentemente—: (i) una mirada ampliatoria de las facultades de los tribunales de Alzada en su contraste con los límites que emergen de los arts. 266 y 272 del Cód. Proc. Civ. y Com. y, (ii) en no pocas ocasiones, el desplazamiento de la jurisdicción constitucional y legal que todos los magistrados de primera instancia —sin importar el fuero— para entender en procesos de amparo (cfr. art. 20, inc. 2 CPBA y arts. 1° y 3°, ley 13.928) en los que se enjuician actos u omisiones en ejercicio de funciones administrativas, hacia los jueces de primera instancia con competencia material en lo contencioso administrativo (cfr. art. 166, quinto párrafo, CPBA, arts. 1°, 2°, 4° y ccdtes., ley 12.008).

En definitiva, como bien se ha postulado, debe buscarse un equilibrio en el funcionamiento de esta figura, a través de una ponderación casuística y prudente que armonice la tensión de los principios procesales en juego, evitando incurrir en posiciones extremas, que podrían llevar, de un lado, a cometer un exceso ritual manifiesto, y de otro, a propiciar un informalismo desmedido que instale la anarquía en la tramitación de los procesos **(47)**.

(47) Cfr. SAFI, Leandro, "La reconducción procesal y sus límites", ob. cit., p. 142.

La cancelación de la otredad

Apuntes de opinión sobre discriminaciones silenciosas en ámbitos áulicos

Isaac Augusto Damsky (*)

Sumario: I. El espejismo del sistema antidiscriminatorio.— II. La condición humana.— III. La discriminación sistémica.— IV. Emotividad y paso a lo racional.— V. La discriminación por mérito.— VI. Un decálogo posible.

"Los lazos que nos unen a otro ser humano son santificados cuando él o ella adoptan el mismo punto de vista".

Marcel PROUST.

I. El espejismo del sistema antidiscriminatorio

En mi opinión, si bien las últimas décadas han visto un notable avance en el desarrollo normativo y en la implementación de acciones públicas y privadas preventivas, protectoras y represivas contra las distintas formas de discriminación, al igual que de concientización sobre los daños irreversibles que produce, en cambio su discurso jurídico sigue verificando una métrica deficitaria —omisiones y desconexiones— similar a la que aqueja al discurso jurídico de combate a la corrupción, pero aún más complejo, inscripto en la opacidad de un sistema que, paradójicamente, lejos de combatirla, la promueve, al no formar conciencia sobre la raíz de su gestación, no remover los resortes jurídicos que la permiten y no interconectar adecuadamente con los sistemas dentro de los cuales opera mediante la jerarquización o reedición de las técnicas jurídicas largamente existentes que posibilitarían fortalecer una acción antidiscriminatoria preventiva y seria.

Asistimos a una época en la que pareciera campear la creencia que la efectividad del derecho reside más en la consagración de grandes formulaciones rimbombantes e instantáneas que resultan plasmadas —inclusive en cartas constitucionales— sea como derechos, cometidos públicos, obligaciones o prohibiciones categóricas, que en la aplicación cotidiana, seria, prudente, meditada y analítica del sistema de derecho vigente.

Tales formulaciones *aspiracionales* poco aportan en realidad a la efectividad del derecho cuyas soluciones más novedosas son ora fruto de la paciente labor pretoriana ora producto de la conquista social. El riesgo entonces de estas formulaciones es que terminan arrumbándose, perdiendo validez y quedando reducidas a tan solo un rosario de piadosas intenciones acaso fruto del pensamiento mágico.

Se confunden fines con medios. Se confunde el resultado esperado, aquel que debiera ser el producto de una eficiente gestión dentro de los cánones de la legalidad y la legitimidad, con el enunciado normativo. Antidiscriminación, anticorrupción, entre otras formulaciones, son el fin aspirado por la implementación probada de medios legítimos. Son el resultado al que debemos aspirar mediante la aplicación del sistema de derecho.

(*) Profesor adjunto de Derecho Administrativo, Universidad de Buenos Aires.

Mi aportación breve intenta ser un llamamiento a una discusión multinivel y en mayor profundidad sobre cuestiones tan delicadas, dolorosas y sensibles como humanas.

II. La condición humana

Y este es para mí el punto de inicio: reconocer y aceptar la triste realidad de que la discriminación al igual que la corrupción lamentablemente son ínsitas al lado obscuro del ser humano. El primer paso no es prohibir y reprimir todo comportamiento discriminatorio, sino aceptar la potencialidad de causación de daño existente en cada ser humano. La pulsión al odio, al rechazo. Esto presupone un esfuerzo preliminar de entendimiento y comprensión de la mecánica del mal, sus potencialidades y sus razones. No basta con la labor normativa de prohibición y la labor organizativa de represión. Es necesario un trabajo de prevención y reeducación mediante el cual se permita entender y comprender la peligrosidad de ese costado obscuro de la condición humana.

Para ello parto de lo siguiente. La pregunta no es porqué una persona discriminaría o sería corrupta sino ¿por qué no lo haría?, ¿qué lo detiene? Esto es aún más complejo en materia de discriminación por cuanto la misma ordenación convencional humana propone distintas formas de discriminación positiva, acciones positivas, nivelaciones de desigualdades y múltiples otras formas.

El primer yerro, entonces, consiste en no aceptar que el ser humano, la persona humana, tiene por igual una tendencia al bien y una tendencia al mal. Cuestión largamente abordada desde la antigüedad, basta con recordar el célebre mito del carro alado de Platón o detenernos en Santo Tomás de Aquino, o en el genial pensamiento de Maimónides en el Libro del Conocimiento o Libro I de su *Mishné Torá*, o más cerca en los siglos, en el *Tania* del rabí Shneur Zalman de Liadí o en la largamente cimentada teología católica y también en los autores anglicanos. Y más aún. No encontraremos pensamiento o sistema filosófico, místico o teológico que, con sus matices, desconozca esta afirmación y no aborde la condición humana.

Y ello es de importancia. Enmarca al tema y da significancia, acaso, a la primera parte del mentado artículo segundo de la Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948 al reconocer que "[t]oda persona tiene todos los derechos y libertades…". Se reconoce una permisión.

Sin embargo, comenzará seguidamente el problema cuando la propia cláusula establece una prohibición al establecer "…no se hará distinción alguna fundada en la condición…".

Esto último, acaso, inauguró la concepción represiva del sistema antidiscriminación, largamente desarrollado e imperante. Un sistema que se apoya en la prohibición dogmática, en el "no lo harás", el "queda prohibido". Sin embargo, la pulsión, la tentación, la profanación es siempre más fuerte.

Un sistema, reitero, que se apoya más en reprimir que en concientizar, más en sancionar o en evitar —pero esa faz preventiva tiene también cariz represivo— que en entender y abordar dialógica y analíticamente el porqué y el desde dónde discriminamos. La comprensión de la dimensión humana de la conducta prohibida queda al margen del sistema. El entendimiento del porqué discriminar —al igual que hacer el mal o corromperse— es tan connatural a la condición humana como hacer el bien.

II.1. Aceptación y diálogo

El abordaje de estas cuestiones tan dolorosas no puede lograrse solo desde el enfoque o abordaje de tinte represivo usual en materia de discriminación que se centran en promover la prohibición y el reproche del comportamiento discriminatorio, más que el entendimiento y la comprensión del potencial de daño ínsito en todo ser humano y las estrategias de abordaje que las ciencias de sociales y de la psiquis han desarrollado.

En lugar de ello, insisto, debe aceptarse que existe la pulsión, la tendencia al mal para luego convertirla en diálogo sincero, en análisis serio, en deconstrucción conjunta y oportuna entre instituciones, efectores sociales y de la sociedad civil, sector privado, personas, colectivos, en fin, inaugurando un diálogo activo en cada enclave

social. Luego podremos tener la reeducación. Y siempre contaremos con el marco represivo estatal a modo de *ultima ratio*.

III. La discriminación sistémica

Es posible discutir en torno a la probabilidad de que toda forma de organización humana se apoya, también, en prácticas discriminatorias. Sin hesitar puede arriesgarse que ya el propio sistema jurídico fundante de nuestros estados modernos promueve la discriminación. El sistema jurídico e institucional, desde siempre, la promueve.

Desde nociones fundantes del estado moderno, ambigüedades ínsitas en la llamada soberanía popular, pasando por los criterios y ratios constitucionales de democracia representativa en la que las minorías ven progresivamente menguadas —a medida en que descienden en su caudal electoral— su capacidad de proponer el diálogo en torno a sus preferencias, o la exclusión inexplicable evidenciada por la democracia representativa cerrada al reducir la ciudadanía al solo ejercicio electoral, debido a que el ciudadano se ve incluso hoy, con los desarrollos tecnológicos existentes, excluido de una participación política efectiva o intervención real y activa en la deliberación y gobierno bajo los brocardos del constitucionalismo clásico afincados en aquello de que "el pueblo no delibera ni gobierna sino por medio de sus representantes". Qué decir de los criterios constitucionales de nacionalidad, entre tantas otras cuestiones.

El ordenamiento administrativo particular hizo lo suyo a través de las limitadas categorías de legitimación procesal, el desarrollo de un sistema judicial administrativo reducido tradicionalmente al tinte revisor, la ampliación omnímoda de las potestades estatales frente a garantías particulares de tinte ilusorio, el reconocimiento de garantías tan abiertas que resultan carentes de efectividad o el caso de supuestos nuevos derechos que en su enunciación resultan demasiado generales o genéricos —como el derecho a la buena administración— que merecen la mofa injusta y socarrona de quienes lo denostan por su piadosa exhortación a una ilusoria felicitad.

La apuntada dimensión humana de la discriminación es tan connatural a la persona que esta, a través de sus preferencias, la ha proyectado a su vida, su entorno y sus instituciones, la ha legitimado en su discurso, consciente o inconscientemente. Es que, en cada elección, frente a cada preferencia, se implica un algo reflejo de distinción, de discriminación positiva, neutra e incluso negativa. Cuestiones complejas que nos exceden largamente hoy pero que debemos incorporar en futuros análisis.

IV. Emotividad y paso a lo racional

Es humano sentir simpatía por quienes percibimos afines y antipatía por los extraños. Es emocional, no racional. Es una de las tantas inclinaciones propias de la complejidad de la emocionalidad humana. Es ínsito al ser humano. Es algo previo a la racionalización. Es que lo motivacional no es racional porque la motivación, la gestación de las preferencias, está cargada de elementos emocionales, se relaciona con conexiones subconscientes vinculadas a gratificaciones y sufrimientos. En primera instancia, desafortunadamente, hacemos lo que "sentimos" y no lo que "pensamos".

Resulta instintivo, emocional, prelógico, insisto, acaso no racional, propio de nuestra condición de personas humanas la percepción y asunción de afinidades. Luego, a partir de esa emocionalidad previa, desde los múltiples componentes de nuestra subjetividad será que podremos —en mayor medida de forma inconsciente y, en menor forma, de manera consciente— creer que construimos identidades y sus opuestos. Asumir lo que creemos que somos y lo que suponemos que no somos. Sentir atracción por quienes visualizamos como propios y semejantes, los nuestros o el nosotros y repudio hacia aquellos que percibimos como lo otro, pero también —casi tanto o más aún— a aquellos que son semejantes pero que no son propios, nuestros, aquellos que acaso percibimos nos rivalizan. Nunca nosotros rivalizamos. Ellos nos rivalizan. Recién luego podremos intentar —o creer que lo hacemos racionalmente— desarrollar justificaciones de pertenencia y exclusión. Aprecio y desprecio o miedo y aprehensión. Gusto o rechazo.

Apreciamos al connacional o al coprovinciano, pero sentimos aprehensión por el del país vecino o el de la provincia o distrito lindero. Podemos valorar a quien vive en nuestro vecindario, pero probablemente sintamos animadversión por nuestro vecino lindero. Sentimos simpatía por nuestro correligionario o compañero o por quien comparte nuestras preferencias, pero destilaremos antipatía en cuanto lo percibamos competidor o concurrente. Podremos sentir y profesar sentimientos de afecto, valoración y amistad por nuestro compañero —de aula, de claustro o de trabajo— pero en cuanto nos supere —en calificaciones o en el desempeño de una carrera— el gen de la animadversión cobrará vida y trabará alianzas —inconscientes o conscientes— de pares en igualdad de condiciones para procurar neutralizar al talento aventajado. Y aquí una forma de discriminación que merece especial atención.

V. La discriminación por mérito

Hay manifestaciones de discriminación eternamente vigentes y mucho más sutiles y dañosas que las reconocidas en los catálogos normativos, que usualmente resultan inexplicablemente soslayadas en las normas frecuentes, pero que sin embargo fueron y son objeto de clásicos de la literatura y la narración. La discriminación por mérito. La conspiración de los mediocres. La censura a quien se distingue. La silenciosa cancelación del otro que piensa distinto. La resistencia que concita el talento, la novedad y la originalidad. Y del otro lado, la indefensión y fragilidad del original, de quien se distingue, del creador. En estos casos el discurso antidiscriminación muy frecuentemente se queda impotente. Impávido. Y el único consuelo será el embriagador néctar de la lectura y relectura de los clásicos.

Ya en 1913, el célebre pensador clásico de mi país, José Ingenieros, en *El hombre mediocre* trazaba explicaciones que, si bien generales, aún conservan vigencia para ensayar una primera aproximación a la comprensión de este fenómeno tan humano como doliente. Su obra hizo foco en los riesgos de la agrupación de personas sin ideales de perfección. Lo que él denominó los hombres mediocres: "personas que piensan con la cabeza de los demás, que ajustan su carácter a las domesticidades convencionales. Son ciegos para las auroras; ignoran la quimera del artista, el ensueño del sabio y la pasión del apóstol". Y su mayor riesgo, su agrupación, al decir: "cuando se arrebañan son peligrosos. La fuerza del número suple a la febledad individual (…) en conjunto, constituyen un régimen, representan un sistema especial de intereses inconmovibles (…) Todo idealismo encuentra en esos climas su tribunal del santo oficio".

En cierta forma, Ingenieros denunciaba la peligrosidad de la retroalimentación de los círculos humanos, de la naturaleza que fuesen y sean más o menos cerrados o abiertos, que ingresan a una espiral de autovalidaciones y laudatorios que van prefijando una identidad multinivel en la que se uniforman los discursos y que reconoce como contracara la exfoliación silenciosa de todos aquellos otros *disidentes*, que por tales exhiben desde el inicio una ubicación más periférica que central respecto al plexo valorativo hegemónico, los que correrán riesgos de quedar marginados en sus aportes y hasta en sus personas.

Si los casos de discriminación exhiben el común denominador de ocultarse bajo motivaciones desviadas o justificaciones baladíes o sibilinas, en estos específicos casos que nos ocupan, la discriminación es aún mucho más profunda, silenciosa y sutil. Toma frecuentemente lugar en los ámbitos de *staff y management.* En los áulicos círculos de la decisión. Es decir, en aquellos estamentos de actividad predominantemente intelectual de los efectores de poder. Círculos intelectuales, científicos, profesionales o de conformación de estamentos directivos de los poderes públicos y privados —formales o reales— constituidos. No es palpable ni aún por los consabidos resortes institucionales y jurídicos desarrollados a partir del discurso general de combate a la discriminación.

Aquí no se discrimina ni por color de piel o por pertenencia a un credo o a una raza, ni por sexo, ni menos aún por ideología.

Se discrimina por la peligrosidad del talento.

Aquella persona original, activa, industriosa, con capacidad de materializar iniciativas y de pensamiento propio resulta peligrosa.

Esa persona es periférica y escapa a los previsibles cánones de la centralidad del discurso instituido.

Entonces, la constatación de estas manifestaciones discriminatorias queda, frecuentemente, reservada al ojo experto y aun así resultará insuficiente para lograr persuadir sobre la procedencia de implementar acciones positivas de reinclusión del excluido. Máxime, porque toma lugar a partir de la descalificación fundada en algún pequeño defecto, demérito o imperfección del sujeto que se busca discriminar —dado que toda naturaleza humana en esencia es imperfecta— que se magnificará de manera hábil y apropiada para ensombrecer su prestigio, relativizar sus virtudes y justificar la decisión de condenar al candidato a la espiral de silencio eterno.

Se trata de la universal práctica que José Ingenieros denominaba "la maledicencia sorda", cuyo triunfo más acabado obtiene con la proscripción del sujeto. Lo explicaba así: "Los mediocres, más inclinados a la hipocresía que al odio, prefieren la maledicencia sorda a la calumnia violenta (...) cuya infamia es subrepticia y sutil (...) es cobarde y se encubre con la complicidad de sus iguales, manteniéndose en la penumbra (...) Los maldicientes florecen dondequiera: en los cenáculos (...) acosando a todos los que perfilan alguna originalidad (...) Vierten la infamia en todas las copas transparentes con serenidad de Borgias (...) diestras en la manera y amables en las formas. Una sonrisa (...) bastan para macular la probidad de un hombre o el honor de una mujer (...) No afirma pero insinúa (...) Dice distraídamente todo el mal del que no está seguro y calla con prudencia todo el bien que sabe". La simple lectura de estos pasajes citados muy probablemente nos evocará el recuerdo de una miríada de arbitrarias proscripciones sobre intelectualidades honestas y laboriosas.

V.1. Asfixia y ahorcamiento de los talentosos

La humanidad produce por generación una multiplicidad de talentos y personalidades en potencia que nunca llegarán a ver la luz ni a lograr el reconocimiento merecido debido al eficaz accionar de la discriminación del talento. Numerosas carreras se ven truncadas por la cancelación de la otredad. Indebidas apropiaciones de invenciones revolucionarias o al menos ideas novedosas y útiles, como la que ilustra la célebre disputa de Antonio Meucci contra Bell, entre tantas otras que jamás nos enteraremos.

Ni que hablar de los grandes avances de la ciencia que no se producen debido a eficaces obturaciones o aquellos reconocimientos que debieran haberse rendido a personas destacadas por sus labores sobresalientes que nunca llegarán ni en vida ni después de muertos.

Por cada generación se entierran en vida una considerable cantidad de espíritus elevados, talentos potenciales, intelectualidades descollantes, genios y hasta simples personas que —por azar o labor— logran descubrimientos, ideas o invenciones significativas, que jamás lograrán ni desarrollarse, ni dar todo —o al menos, algo— de lo que tenían para dar, ni lograr transmitir lo que tenían para decir, ni ser escuchados, ni leídos. Morirá su espíritu asfixiado en las efectivas garras neutralizadoras de la mediocridad al igual que su pensamiento u obra quedará sepultado y borrado su nombre de la historia. Es un hecho. La actual formulación de las instituciones y sistemas antidiscriminatorios termina también haciendo agua en estos fangos.

VI. Un decálogo posible

Creo entonces en la importancia contextualizada de los desarrollos universales realizados por el derecho, en específico, en materia de combate a la discriminación —aun con sus luces y sus sombras— porque coadyuva en la universalización y uniformidad de la toma de consciencia global al desarrollar instituciones y normas que, aún con las deficiencias apuntadas, han dado probadas muestras de una respuesta desde el derecho a situaciones largamente desatendidas.

Creo, del mismo modo, en la importancia de focalizarnos en abordar de *lege lata* el problema más que en diferir a situaciones *de lege ferenda* que probablemente lleguen a destiempo. Pero para todo ello es indispensable una previa labor reflexiva, analítica, valorativa y dialógica sobre las funestas prácticas de discriminación orientada a comprender su vinculación inescindible con la naturaleza humana. Insisto en que la discriminación es ínsita a la naturaleza

humana. Es emocional. Atañe al lado oscuro de la humanidad.

Creo en la necesidad de que los abordajes dialógicos sustituyan la negación y la represión por la previa labor analítica afincada en la comprensión de la mecánica del mal, el entendimiento de sus variados motivos, sus distintas manifestaciones y las estrategias de atención preventiva posible y no solo represiva.

Creo en seguir intentando combatir las diversas manifestaciones de la discriminación —inclusive las más sutiles o imperceptibles al ojo profano como la última descripta— con más aplicación del derecho vigente porque se trata de dotar de más efectividad a las técnicas e instituciones ya consolidadas. Desarrollar, concientizar y especificar aún más en la utilidad de las técnicas existentes.

Creo en la necesidad de poner más luz de derecho sustantivo y adjetivo sobre las técnicas de control y reducción de la discrecionalidad estatal frente a los casos en que se encuentra en juego cuestiones de discriminación en el empleo público formal o informal.

Creo en la necesidad de exigir más motivación y justificación razonada de todas y cada una de las decisiones estatales atinente a la gestión en las que se encuentren en juego situaciones de discriminación. Efectivizar los grandes postulados del derecho por los que se ordena a todo efector de poder la presentación concreta de los motivos ciertos que inducen sus decisiones. Y con más razón cuando se trata de personas.

Creo en la vigencia de las instituciones del procedimiento administrativo. Más actuación administrativa efectiva, en tiempo y forma para prevenir situaciones de acoso laboral, proscripción y marginación en las carreras públicas, mediante la efectivización de los principios y reglas atinentes al debido procedimiento adjetivo y sustantivo, vigencia del derecho a peticionar y a su contracara afincada en la obligatoriedad de una actuación administrativa cierta y una decisión fundada. Mayor vigencia y aplicación del elemento "finalidad" de toda decisión administrativa para aventar los riesgos ciertos de la desviación de poder y del abuso de poder y el exceso de punición.

Creo en que el compromiso del abogado en derecho público, el plus de civismo del que hablaba un querido profesor, entonces, es con la aplicación analítica y participativa del sistema jurídico que tenemos para desde el mismo sistema vigente combatir la discriminación. Bregar por el imperio de la ley. Intentar la reclamación cotidiana orientada a la aplicación efectiva de los grandes principios y reglas del derecho general y generales del derecho sobre esta materia. Comprender que es necesario seguir trabajando y reflexionando sobre la continua efectividad expansiva de las técnicas del procedimiento administrativo junto con los parámetros de validez del acto administrativo para fortalecer los mecanismos existentes de interdicción de la discriminación.

Creo en que el derecho puede elevarse un poco más libre y colorido como los artistas del espíritu y con la sensibilidad del narrador y del poeta lograr trazar nuevos horizontes. Porque la fe en el derecho no es solo una certeza sino la valentía de vivir en la incertidumbre. Porque el derecho aún no dijo su última palabra y contiene innumerables tesoros todavía ocultos a los ojos del mundo.

Creo en que las soluciones más luminosas siempre florecen desde los derechos. Y porque el derecho sigue siendo la sabia lengua que puede traer alivio a la asustada y esperanzada humanidad. Que así sea.

Análisis de la regulación normativa del *must carry-must offer* en la República Argentina

Graciela Mariana Posadas

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

I. Introducción

A través de la "Declaración Conjunta sobre Diversidad en la Radiodifusión" **(1)** se señaló, a efectos de promover la diversidad y el pluralismo de expresiones, la importancia de que los distintos medios de comunicación de los sectores comerciales, del sector público y comunitario, *sean capaces de operar en, y tener acceso equitativo, a todas las plataformas de transmisión disponibles*. Entre otras medidas, consideraron contar con reglas de *must-carry* vinculadas al deber de transmisión.

Recientemente, a través de la res. ENACOM 1491/2020 **(2)**, el Ente Nacional de Comunicaciones (ENACOM) aprobó el "Reglamento General de los Servicios de Televisión por Suscripción por Vínculo Físico y/o Radioeléctrico y Satelital" en el que se establecen condiciones sobre emisión e inclusión de señales televisivas, y se prevén disposiciones relativas a las contrataciones de dichas señales, a realizarse entre los diferentes prestadores.

Así las cosas, el objeto del presente consistirá en el análisis de la recepción normativa y su evolución en la República Argentina de la temática en cuestión, dado el impacto que su regulación provoca en el ecosistema digital, y que trasciende los aspectos comerciales o técnicos involucrados, pues se vincula con el interés público que exige al Estado que propicie políticas públicas orientadas a la facilitación de acceso, por todos los medios disponibles, a la más amplia y variada oferta de contenidos culturales e información.

II. Desarrollo

II.1. Acerca del must carry-must offer

Con carácter previo al tratamiento de la cuestión planteada, corresponde trazar unos breves lineamientos, de las características del mercado de distribución de señales que comprende a los servicios de televisión por suscripción **(3)**.

(1) Adoptada el 12 de diciembre de 2007, por el Relator Especial de Naciones Unidas sobre Libertad de Opinión y de Expresión, el Representante de la OSCE sobre Libertad de los Medios de Comunicación, el Relator Especial de la OEA sobre Libertad de Expresión y la Relatora Especial de la CADHP (Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos) sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información, disponible en http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=719&lID=2.

(2) BO 24/12/2020.

(3) A mayor abundamiento, cabe añadir que en un pronunciamiento reciente de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (Dictamen firma conjunta IF-2020-75755390-APN-CNDC#MDP del 05/11/2020 referido al Informe de Objeción del Expediente nro. EX-2020-57150244--APN-DR#CNDC del Registro del Ministerio de Desarrollo Productivo, caratulado "CONC.1692 - The Walt Disney Company y Twenty-First Century Fox, Inc. s/ notificación art. 9 de la ley 27.442", correspondiente a la operación de concentración económica en trámite ante esta Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, en virtud de lo establecido en el art. 14 de la ley 27.442 y su decreto reglamentario 480/2018) se describió las características del mercado en los siguientes términos: "(...) las señales abiertas se caracterizan por no tener una temática específica sino por incluir una heterogeneidad de contenidos que apunta a los espectadores "típicos" de cada momento del día de la semana. Así, al mediodía hay

En primer lugar, se encontrarían los *productores de contenido, quienes generan la programación. Seguidamente, los derechos de emisión del contenido generado, es adquirido por agrupadores de contenido*, quienes los organizan conformando una señal con un horario de programación. Luego, prosigue la etapa de *comercialización de la señal*, en la cual el mismo agrupador comercializa su señal por sí, o mediante la intervención de un tercero. Por último, surgen los *distribuidores de señales*, quienes las agrupan conformando una grilla de diversas temáticas o géneros, a fin de ofrecer el servicio a los consumidores finales.

La necesidad de regulación de este mercado, usualmente se presenta como consecuencia de la coincidencia entre los eslabones de la cadena descripta, en la cual quienes transportan los contenidos, suelen también producirlos y en numerosas ocasiones, oponen barreras económicas o discriminatorias hacia los contenidos producidos por terceros, con los cuales compiten.

En este orden de ideas, la retransmisión de contenidos de señales de televisión abierta, por parte de los operadores de televisión por suscripción, así como el régimen de provisión de tales contenidos por parte prestadoras de televisión abierta a los operadores de televisión por suscripción, se encuadra en forma respectiva, en las reglas de *must carry* y *must offer.*

Su origen se reconoce en las originalmente denominadas *must-carry rules*, elaboradas por el Parlamento de los Estados Unidos de Norteamérica, en la década de los setenta, y se orientaban a proteger a la televisión abierta, mediante la obligación que imponían a los operadores de cable, a retransmitir todas las señales de las estaciones de televisión locales, garantizando que estas no perdieran su audiencia.

Después de numerosos litigios judiciales, derivaron en la declaración de constitucionalidad por parte de la Suprema Corte de Justicia de dicho país, principalmente, porque esta entendió que se encontraban encaminadas a la protección de las estaciones locales de televisión abierta, promovían a la diversidad de programas y fomentaban una competencia justa en el mercado de la televisión.

Si bien estas reglas son acogidas generalizadamente en el sector de las telecomunicaciones, no existe una precisa definición en cuanto a su alcance, toda vez que en cada país se atribuye una específica, de acuerdo con sus respectivos marcos normativos y a las características de sus mercados.

Esencialmente, el *must offer* alude principalmente a la obligación que pesa sobre los licenciatarios de televisión abierta de ofrecer sus contenidos a los operadores de televisión por suscripción (vulgarmente denominada "por cable") para retransmisión, mientras que el *must carry* refiere a la obligación del proveedor de televisión por suscripción de retransmitir las señales de televisión abierta.

programas de espectáculos y entretenimiento general, a la tarde hay programas infantiles, luego noticieros y a la noche programas para toda la familia. En contraposición, las señales de televisión paga se caracterizan por tener una temática particular. En este orden, podemos encontrar señales que transmiten solamente noticias, deportes, documentales, contenido infantil o películas durante todo el día. Esta diferenciación resulta relevante para la inserción y venta de publicidad en tanto la mayor especificación de cada señal permite delimitar perfiles más precisos de consumidores. De este modo, se evidencia una diferenciación en el conjunto de las señales de televisión paga que obedece a la distinta temática abarcada por los contenidos de cada señal. Precisamente, el distribuidor lo que busca es ofrecer al cliente una disponibilidad de contenido diverso durante las veinticuatro horas del día. De este modo, si lo que el operador de televisión busca es obtener señales de distintas temáticas resulta claro que no puede sustituir una señal de una temática de su grilla por una señal de otra temática. En otras palabras, no considera que una señal que transmite películas internacionales de manera continua sea una sustituta cercana de una señal que emite contenido deportivo de forma permanente. De hecho, los operadores de televisión paga suelen catalogar a cada una de las señales de su grilla en función de su temática e incluso las agrupan de manera continua en su grilla para que el consumidor las pueda identificar. Si bien esta categorización no es unívoca para los distintos operadores ni es estática en el tiempo-en efecto, las partes manifestaron que algunas de las categorías que utilizan los operadores de televisión paga no son homogéneas, y que una misma señal puede ser catalogada de manera distinta por los diferentes operadores— a los efectos de este informe se precisa establecer una delimitación para las señales de temática deportiva que, como se muestra a continuación, son aquellas en las cuales se verifica una integración horizontal importante como resultado de la operación".

Partiendo de estas definiciones, cada nación podrá dictar las normas que regulen estas obligaciones y así, de acuerdo con la legislación de la que se trate y al alcance que se le acuerde, la cesión de los derechos para la retransmisión puede estar sujeta a contraprestaciones económicas o bien, consistir en una obligación o concesión gratuita por parte de los prestadores de televisión abierta. En estos últimos supuestos, podría subordinarse la correspondiente a los prestadores de los servicios por suscripción, los que no podrían oponerse a portar sus señales, ante su ofrecimiento sin costo sin que a la par se derive, en principio, una consecuente sanción administrativa.

En general, la fundamentación —y el alcance diverso— de estas disposiciones normativas, respondería a dos objetivos: incentivar condiciones de competencia justa en los respectivos mercados de televisión abierta y televisión por suscripción, a fin de garantizar igualdad de acceso y trato no discriminatorio, ante una infraestructura de transmisión y a contenidos que pueden considerarse como recursos esenciales, y a su *tiempo, garantizar el acceso a variados contenidos de relevancia a* la población nacional **(4)**.

En este orden de ideas, para algunos países resultaría fundamental que ciertos contenidos de televisión abierta que el Estado ha considerado relevantes (v.gr. en razón del ámbito de cobertura nacional o local; de su gratuidad; de las características de los contenidos que transmiten, el *share* o porcentaje de audiencia que convoquen o razones fundadas en el interés público), amplifiquen su difusión entre la población.

En todos los casos, pese a las cuestiones económicas que suelen ocupar la centralidad en la materia, el derecho a la libertad de expresión en toda su amplia dimensión subyace de fondo.

II.2. Breves nociones de la concepción del derecho a la libertad de expresión en la República Argentina

El derecho a la libertad de expresión en nuestro país se encuentra garantizado en los arts. 14 **(5)** y 32 **(6)** de la CN. Conjuntamente, está consagrada en diversos tratados internacionales de derechos humanos **(7)** que adquirieron rango constitucional a partir de la reforma constitucional de 1994, en el art. 75, inc. 22 de la Carta Magna.

Resulta pacífica la doctrina y la jurisprudencia, en orden a que el derecho en examen exige ser comprendido bajo una doble concepción. En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos destacó en distintas oportunidades **(8)** que la libertad de expresión debe ser

(4) Conf. Organización Iberoamericana de Telecomunicaciones "Regulación de Must Carry-Must Offer" (22/05/2017) publicado en https://www.otitelecom.org/wp-content/uploads/2017/05/OTI-regulacion-MUST-CARRY-MUST-OFFER.pdf. BECERRA (2016) señaló al respecto que, en el Informe emitido por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) sobre competencia audiovisual (2013), se consideró que "en muchas industrias las fallas del mercado y los comportamientos anticompetitivos producen suba de precios. Sin embargo, en mercados de medios de información, donde los actores corporativos proveen los llamados "bienes de confianza" (credence goods) la alta concentración y la menor competencia pueden disminuir la calidad de las noticias". Luego, "mientras las leyes de competencia pueden atender las cuestiones de concentración y elección, no pueden garantizar que la propiedad sea plural y que se garantice el ingreso de nuevos actores. Dado que las leyes de competencia y las políticas persiguen en general objetivos económicos como la eficiencia y el bienestar de los consumidores, no pueden proveer adecuada protección para la diversidad y pluralismo en los medios". BECERRA, Martín; "La convergencia es más que un proyecto de ley", 17/05/2016, recuperado en https://martinbecerra.wordpress.com/2016/05/17/la-convergencia-es-mas-que-un-proyecto-de-ley/.

(5) En lo pertinente, el art. 14 prescribe que: "Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: (...) de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa".

(6) De acuerdo con el art. 32 "El Congreso federal no dictará leyes que restrinjan la libertad de imprenta o establezcan sobre ella la jurisdicción federal".

(7) Por caso, el Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el art. 19; la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el art. 13 y el art. 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, los cuales, con la jerarquización reconocida en el art. 75, inc. 22 de la Carta Magna, los que deben considerarse plenamente operativos en el plano nacional.

(8) Corte Interamericana de Derechos Humanos, "La Colegiación Obligatoria de Periodistas" (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13/11/85. Serie A N°. 5;

concebida desde una doble perspectiva, por un lado, como derecho individual de las personas a expresar sus propios pensamientos e ideas y, por el otro, como derecho colectivo de la sociedad para recibir ideas y pensamientos de los demás y estar bien informados.

El pleno reconocimiento de estos derechos constituye uno de los pilares del sistema democrático y de la forma republicana de gobierno, que requiere y demanda, la publicidad de los actos de gobierno, no solo para que la población tenga la posibilidad de tomar conocimiento del accionar de los órganos del Estado —y de otros actores sociales—, sino también para cuestionar las medidas que estos adoptan.

A efectos de que estos lineamientos se materialicen, el ejercicio del derecho *sub examine*, requeriría "(...) una serie de precondiciones para hacerlo posible, que son compartidas en el ámbito del sistema interamericano de derechos humanos entre ellas: a) Solo sería posible de ejercer en una sociedad democrática; b) El estado debe ser garante obligatorio de este derecho debiendo asegurar todas las condiciones de un ejercicio democrático o lo más plural posible. Sin poder con su accionar, en procura del ejercicio democrático, caer en la censura previa. Es decir, se prohíbe la censura previa de cualquier índole; c) Sin perjuicio de ello, se admiten las responsabilidades ulteriores por un ejercicio abusivo del derecho libertad de expresión/ derecho a la información" **(9)**.

Desde luego, en lo que aquí atañe, a efectos de lograr que esa diversidad no se vea afectada, se requiere —entre otros aspectos de similar importancia— que las autoridades procuren que todos los actores involucrados, cuenten con todos los medios posibles que faciliten su ejercicio, tanto para la emisión, cuanto para la recepción de la mayor diversidad de contenidos culturales disponibles, sin distinciones que no respondan estrictamente a las propias limitaciones de los servicios, a la preservación de los valores democráticos o razones de orden público.

II.3. La obligación de must carry *en el marco normativo de los servicios de televisión por suscripción* **(10)**

II.3.a. Antecedentes normativos de los servicios por suscripción

Los servicios complementarios de radiodifusión **(11)** por televisión, tal como fueran denominados originalmente, fueron reconocidos en la derogada ley 22.285 de Radiodifusión, bajo las siguientes modalidades: el servicio de antena comunitaria **(12)** (ACTV) y el de circuito ce-

Corte IDH, "La última tentación de Cristo", párrs. 64-67; Corte IDH, "Baruch Ivcher Bronstein", párrs. 146-149; Corte IDH, "Herrera Ulloa v. Costa Rica", sentencia de 02/07/04. Serie C nro. 107, párrs. 108-111; Corte IDH, "Ricardo Canese v. Paraguay", sentencia de 31/08/04. Serie C nro. 111, párrs. 78-80; Corte IDH, "Caso Palamara Iribarne v. Chile", sentencia de 22 de noviembre de 2005, Serie C nro. 135; Corte IDH, "Caso López Álvarez v. Honduras", sentencia de 1 de febrero de 2006, Serie C nro. 14.1; Corte IDH, "Claude Reyes y otros v. Chile", sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C nro. 151, párrs. 75-77, y Corte IDH, "Eduardo Kimel v. Argentina", sentencia del 2 de mayo de 2008. Serie C nro. 177, párr. 53, entre otros.

(9) MANSILLA, N., "El Derecho a la Libertad de Expresión. Recepción en la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual y la interpretación de la Corte Suprema de Justicia de la Nación".

(10) Con esta denominación se alude desde una perspectiva económica, a que todos estos servicios se comercializan mediante convenios que celebran las prestadoras con los usuarios por los cuales estos últimos, se suscriben a determinado servicio y pagan cierta suma de dinero con una periodicidad que usualmente es mensual. Esta es la principal característica que los distingue de los servicios de televisión abierta, que son recibidos directa y gratuitamente por cualquier persona que cuente con un receptor de televisión, sin que se requiera la suscripción al servicio.

(11) Art. 56 ley 22.285: Son servicios complementarios de radiodifusión: el servicio subsidiario de frecuencia modulada, el servicio de antena comunitaria, el servicio de circuito cerrado comunitario de audiofrecuencia o de televisión y otros de estructura análoga cuya prestación se realice por vínculo físico o radioeléctrico. Sus emisiones estarán destinadas a satisfacer necesidades de interés general de los miembros de una o más comunidades.

(12) Conf. art. 59. En tanto que la res. CNC 3228/1999 (BO 29.295 - 17/12/1999) - Anexo I - definió este servicio como "(...) todo sistema que reciba señales directas de estaciones de radiodifusión de televisión terrestre, sus repetidoras y/o vía satélite, las convierta (si es necesario), las amplifique y distribuya a sus abonados por vínculo físico. Además, podrá recibir señales directas de estaciones de radiodifusión sonora terrestre y/o vía satélite, convertirlas (si es necesario), amplificarlas y distribuirlas a sus abonados por vínculo físico".

rrado comunitario (CCTV). Habitualmente eran otorgados en forma conjunta (sistema mixto de televisión) **(13)**.

En el caso del servicio de antena comunitaria, su objeto consistía en la recepción, ampliación y distribución de las señales provenientes de una o más estaciones argentinas de radiodifusión, sus repetidoras y relevadoras, con destino a sus abonados. Los prestadores de este servicio estarían obligados a distribuir las señales en forma técnicamente aceptable, en los canales que se le asignaran, sin tratamiento preferencial para ninguna de ellas.

Incipientemente, se constituía una obligación de *must carry* que, a la vez, resultaría de interés para los prestadores, atento a que contemplaba el contenido que por ese entonces convocaba a las audiencias y, simultáneamente, se aseguraba la emisión de las señales abiertas de interés local y/o nacional. Ello sin perjuicio del deber establecido por la reglamentación, de cumplir con la "cuota de pantalla" **(14)** tanto con relación a la emisión de contenido de carácter nacional, cuanto a la de producción propia, en el caso de los CCTV **(15)**.

Por su parte, mediante res. 817-COMFER/1996 **(16)**, se autorizó la instalación, funcionamiento y explotación de sistemas de radiodifusión por satélite —que operan en el servicio fijo por satélite o en el servicio de radiodifusión por satélite— que brindan servicios de televisión y/o emisión sonora directa a los hogares, emisiones que serían codificadas dentro del territorio de la República Argentina. Asimismo, fue contemplado como servicio complementario de radiodifusión **(17)**.

Mediante este reglamento, se incorporaron, además, disposiciones vinculadas con la emisión de señales por parte de estos servicios. Luego, como consecuencia del "Acuerdo de Reciprocidad y el Protocolo concerniente a la transmisión y recepción de señales desde satélites", suscripto el día 5 de junio de 1998, con los EE. UU., y a los fines de cumplir con el compromiso asumido por nuestro país, se modificó la resolución precitada a efectos de adoptar cambios en la normativa vigente para los servicios complementarios de radiodifusión **(18)**.

---

(13) A los que corresponde adicionar los circuitos cerrados comunitarios por vínculo radioeléctrico como los de UHF y MMDS.

(14) Art. 8 del decreto 286/1981, modificado por el decreto 1771/1991. Al respecto, la cuota de pantalla implica el establecimiento por parte del Estado de una cantidad obligatoria de películas por sala en un período determinado, a los efectos antes indicados. No obstante, es tan sólo uno de los medios de regulación —e intervención— que tiene un Estado para la defensa y promoción de la actividad cinematográfica, entre otras medidas, cabe referir la de fomento que se materializa a través de subsidios y créditos al sector fundamentalmente en la faz de producción. Por su parte, el art. 67 de la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual determina la cuota de pantalla de cine y artes audiovisuales nacionales que deben cumplir los canales de televisión abierta, los cableoperadores y las señales extranjeras del género ficción. Sin embargo, corresponde aclarar que no se abordarán las cuestiones relativas a la cuota pantalla, en tanto su adecuado tratamiento excedería el marco del presente.

(15) En este orden, la res. CNC 3228/1999 definió a los circuitos cerrados comunitarios de televisión como "(...) todo sistema que posee estudios propios, desde donde se efectúe la difusión de programas de televisión, transportando o distribuyendo las señales por vínculos físicos a sus abonados. Como mínimo, uno de los canales de transmisión debe destinarse a la difusión de programación generada por el centro de producción propio".

(16) BO 15/05/1996.

(17) Conf. arts. 1° y 5°, respectivamente, de la res. 817-COMFER/1996.

(18) Res. 396-COMFER/1998 (BO 30/06/1998) derogó los arts. 2° y 4° de la res. 817-CFR/1996 que preveían las obligaciones de portación de señales aludidas y, asimismo, modificó el art. 1° de la res. 897-CFR/1996 incorporando al art. 35 del tít. II, cap. IX - Autorizaciones Precarias del Pliego de Condiciones para Servicios Complementarios de Radiodifusión aprobado por res. 725-CFR/1991, el siguiente texto: "Como requisito esencial integrante de dicha documentación técnica, se adjuntará la nómina de señales satelitales a distribuir a los abonados acorde con la capacidad del equipamiento a utilizar. El listado de señales satelitales mencionado estará conformado en su mayoría y sin excepción, por aquellas señales satelitales generadas desde el territorio nacional por empresas constituidas en el país y autorizadas por el Comité Federal de Radiodifusión. La misma proporción deberá conservarse en caso de ampliaciones de canales. Exceptúase de lo dispuesto precedentemente a los titulares de licencias de servicios complementarios de radiodifusión por satélite directa al hogar —DTH—, en virtud de la característica regional propia del servicio". En tanto, la Secretaría de Comunicaciones lo registró bajo res. 1384/1998 (BO 29/06/1998). En particular, el art. VI. del Protocolo prevé: Programación y publicidad 1. Ninguna de las Partes impondrá restricciones significativas a la

II.3.b. La ley 26.522 de Servicios de Comunicación Audiovisual

En el art. 65, inc. 3) de esta ley, a fin de promover la difusión de la mayor variedad de contenidos de carácter nacional o local y de que los prestadores de señales de carácter privado y público, contaran con un espacio en las grillas de programación de los servicios de televisión por suscripción, estableció explícitamente las obligaciones de *must carry* que deberían observar sus titulares y en este sentido, precisó las características de las señales que debían contener, cuya cantidad, estos últimos no podrían reducir por debajo del número propuesto al momento de la adjudicación **(19)**.

En este orden, dispuso que aquellos servicios por suscripción no satelitales deberían:

"a. Incluir sin codificar las emisiones y señales de Radio Televisión Argentina Sociedad del Estado, todas las emisoras y señales públicas del Estado nacional y en todas aquellas en las que el Estado nacional tenga participación;

"b. Ordenar su grilla de programación de forma tal que todas las señales correspondientes al mismo género se encuentren ubicadas en forma correlativa y ordenar su presentación en la grilla conforme la reglamentación que a tal efecto se dicte, dando prioridad a las señales locales, regionales y nacionales **(20)**;

"c. Incluir como mínimo una [1] señal de producción local propia que satisfaga las mismas condiciones que esta ley contempla para las emisiones de televisión abierta, por cada licencia o área jurisdiccional que autorice el tendido. En el caso de servicios localizados en ciudades con menos de mil (6000) habitantes el servicio podrá ser ofrecido por una señal regional **(21)**;

---

cantidad o el origen de la publicidad y el contenido de los programas en los servicios de DTH-SFS y SRS. En este sentido, se aplicarán los siguientes principios esenciales: 1.1. Los requerimientos respecto del contenido de programación nacional y/o de programación educativa y de interés público deberían estar limitados a una cantidad módica del total de los canales de programas de estos sistemas DTH-SFS y SRS multicanal. Tales requerimientos pueden cumplirse al nivel de todo el sistema, es decir, no es necesario cumplirlos canal por canal. 1.2. Cada Parte reconoce que una Parte puede imponer restricciones no discriminatorias sobre el contenido del programa y la publicidad, tal como el material con contenido obsceno, indecente, relacionado con la seguridad nacional y con la seguridad y la salud pública. Las restricciones sobre la cantidad o el origen de la programación y la publicidad transmitida a través de los servicios DTH-SFS o SRS no impedirán" materialmente la distribución de la programación y la publicidad al mercado nacional de alguna de las Partes o al mercado regional.

(19) Conf. reglamentación aprobada por decreto 1225/2010.

(20) Por su parte, la reglamentación de este artículo dispuso que debían ordenar su grilla de programación de forma tal que todas las señales correspondientes al mismo género se encuentren ubicadas en forma correlativa. La grilla de programación debería dar prioridad a las señales locales, regionales y nacionales y a aquellas señales destinadas a programas infantiles, educativos e informativos. Asimismo, dispuso que las grillas de programación de los sistemas de televisión por suscripción debían respetar el ordenamiento que a tales efectos dispusiera la autoridad de aplicación, y que incluiría a las señales inscriptas en el Registro Público de Señales y Productoras previsto en art. 58 (creado por decreto 904/2010, reglamentado por res. 175-AFSCA/2010), en el género "Periodísticas/Noticias". En el supuesto en que no existiera acuerdo de retransmisión por cuestiones económicas entre el titular de cualquiera de las señales "Periodísticas/Noticias" y el titular del servicio, este último no podría excusarse de retransmitir la señal si la misma le fuera entregada por su titular sin cargo. En tanto que, el ordenamiento de las grillas de programación debía determinar la ubicación de la señal de producción propia, las señales generadas por Radio y Televisión Argentina Sociedad del Estado y otras señales donde el Estado Nacional sea parte y las señales locales de televisión abierta, ubicadas en la zona de distribución del servicio. El ordenamiento de las grillas de programación deberá respetar el criterio de agrupamiento temático. Finalmente, dispuso que la Autoridad de Aplicación sería competente para modificar o actualizar el régimen de ordenamiento de la grilla de programación y para autorizar el apartamiento de las disposiciones contendidas en el mismo, si se acreditasen razones de fuerza mayor que así lo requiriese.

(21) La reglamentación del inc. 3. c) estableció que sin perjuicio de la libertad de programación del prestador del servicio y de la real duración de los servicios de noticieros a los efectos del cálculo de la producción local, la imputación de tales espacios informativos a ese porcentaje mínimo de producción propia no podría superar el cincuenta por ciento (50%) de ese subtotal, considerado por cada media jornada de emisión, a fin de promover otro tipo de realizaciones de contenidos o programas. Similar obligación, contempla la correspondiente al inc. g) para los servicios por suscripción satelital.

"d. Incluir, sin codificar, las emisiones de los servicios de televisión abierta de origen cuya área de cobertura coincida con su área de prestación de servicio **(22)**;

"e. Incluir, sin codificar, las señales generadas por los Estados provinciales, Ciudad Autónoma de Buenos Aires y municipios y universidades nacionales que se encuentren localizadas en su área de prestación de servicio".

En cuanto a los servicios por suscripción satelital, deberían:

"f. Incluir, sin codificar, las señales abiertas generadas por los Estados provinciales, por la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y municipios, y por las universidades nacionales;

"g. Incluir como mínimo una [1] señal de producción nacional propia que satisfaga las mismas condiciones que la ley establece para las emisiones de televisión abierta".Por último, la norma precitada estableció que los servicios de televisión por suscripción tendrían que incorporar en sus grillas de programación, un mínimo de señales originadas en países del MERCOSUR y en países latinoamericanos con los que la República Argentina haya suscripto o suscriba a futuro convenios a tal efecto, las que deberían estar inscriptas en el registro de señales previsto en esta ley **(23)**.

Ciertamente, del examen de la norma que nos ocupa, se desprende que según la tecnología que empleasen, diferían las obligaciones de transmisión impuestas a los prestadores de los servicios de televisión por suscripción. En la especie, con relación a los servicios por suscripción satelitales, no se mencionó la pertinente al ordenamiento de las grillas de programación ni la de incluir, sin codificar, las emisiones de los servicios de televisión abierta.

Luego, se complementó con la res. AFSCA 296/2010, cuyo propósito coadyuvaría "(...) a la finalidad asumida por la ley 26.522 de procurar el cumplimiento del mandato del art. 75, inc. 19 de la CN **(24)**, y de los compromisos firmados ante la UNESCO, al suscribir la Convención Sobre la Protección y la Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales" **(25)**.

En efecto, al regular la conformación y ordenación obligatoria de las grillas de programación de los servicios de comunicación por suscripción fija y satelital, su art. 3° dispuso: "De no existir acuerdo de retransmisión por cuestiones económicas entre el titular de cualquiera de las señales precitadas y el titular de cualquier servicio de televisión por suscripción, este último no podrá excusarse de transmitir la señal en cuestión si la misma le es entregada por su titular sin cargo alguno".

Es decir, se estableció una presunción de onerosidad con respecto a las señales correspondientes a los servicios de televisión abierta. No obstante ello, a falta de un acuerdo económico, los prestadores podrían ofrecerla gratuitamente, en cuyo caso, el prestador del servicio por suscripción tendría la obligación de portar esa señal.

II.3.c. La reforma del decreto de necesidad y urgencia 267/2015 y el "vacío legal"

A partir del dictado del DNU 267/2015 **(26)**, iniciaría una nueva etapa regulatoria del sector audiovisual y de las tecnologías de la información y las comunicaciones, signada por el fenómeno de la convergencia. Excede el marco del presente, exponer las múltiples miradas bajo las cuales se la conceptualiza, del mismo modo, las reformas que introduciría el decreto que nos ocupa, a los esquemas propuestos por el legislador de las normas modificadas. No obstante lo cual, las reformas que introduciría,

(22) El inc. 3. d) del decreto 1225/2010, prevé para la retransmisión por parte de licenciatarios de servicios por suscripción de las señales de televisión abierta que se encuentren en el área de cobertura, las mismas sean proporcionadas a los licenciatarios de servicios por suscripción en los formatos y con las tecnologías con las que son generadas dichas señales, no pudiendo establecerse distinción o exclusividad.

(23) Conf. art. 65, inc. 3, apart. h).

(24) El cual en su parte in fine contempla como una atribución del Congreso de la Nación Argentina la de "Dictar leyes que protejan la identidad y pluralidad cultural, la libre creación y circulación de las obras del autor; el patrimonio artístico y los espacios culturales y audiovisuales".

(25) Conf. consid. 5.

(26) BO 04/01/2016.

en su interpretación y alcance, privilegiaron las características técnicas de los servicios, sin que se contemplara acabadamente su singularidad **(27)**.

En lo que aquí concierne, entre las principales reformas introducidas a las leyes 26.522 y 27.078 por el DNU 267/2015, corresponde referir la consistente en la exclusión de la radiodifusión por suscripción —por vínculo físico o radioeléctrico— del régimen audiovisual, para ser regulada en lo sucesivo, como un servicio de tecnología de las comunicaciones y la información (TIC) y, en consecuencia, regulado por la ley 27.078. Mientras que los satelitales, continuarían bajo el régimen anterior y, por tanto, manteniendo las obligaciones en la materia dispuestas por este.

Cabe resaltar que esta norma excluye de su alcance a los contenidos "cualquiera sea su forma de transmisión" **(28)**; ello pese a que el objeto que define a los servicios en cuestión, consista en su emisión y los incluya **(29)** y que la finalidad de aquella, contemple la de buscar "(...) establecer con claridad la distinción entre los mercados de generación de contenidos y de transporte y distribución de manera que la influencia en uno de esos mercados no genere prácticas que impliquen distorsiones en el otro" **(30)**.

A lo que cabe añadir la virtual desregulación de las obligaciones de grillas de programación o *must-carry rules*, previstas en el art. 65 de la ley 26.522 **(31)**.

---

(27) En cuanto a las distintas implicancias del fenómeno de la convergencia y la consecuente derivación regulatoria, Wohlers señaló: "En primer lugar, en la medida que los operadores de telecomunicaciones comienzan a prestar servicios de televisión, en especial de televisión por suscripción (cable o satélite), hasta cierto punto, estos van a estar bajo las normas de los operadores de cable. En segundo lugar, a medida en que la convergencia comienza a permitir que los servicios de televisión (...) puedan ser transmitidos por medio de redes IP (...) y, principalmente, cuando sean percibidos por los consumidores como servicios equivalentes (televisión tradicional y televisión IP), se abre una nueva frontera de reforma a la reglamentación del tema de contenido audiovisual (televisión), de manera de incorporar la oferta de esos servicios por medio de la plataforma IP. Esta nueva frontera de transformación regulatoria en el área audiovisual ya comenzó a ser enfrentada en varios países (...) Pero hay que subrayar que la reglamentación del sector audiovisual (contenido) no se resume al incentivo de la competencia. Por el contrario, existen objetivos y valores de naturaleza social, cultural y política (énfasis en la democracia) a ser preservados y motivados, los cuales son bastante peculiares a cada país o grupo de países. Hay también un fuerte énfasis en la pluralidad y diversidad de puntos de vista. En este sentido, una mayor competencia en las plataformas y canales de oferta de contenido audiovisual, no necesariamente se traduce en una mayor diversidad o pluralidad. Puede haber "más de lo mismo". WOHLERS, Marcio, "Convergencia tecnológica y agenda regulatoria de las telecomunicaciones en América Latina", 2011, recuperado en https://www.cepal.org/es/publicaciones/3615-convergencia-tecnologica-agenda-regulatoria-telecomunicaciones-america-latina.

(28) Conf. art. 1°.

(29) Conf. la definición prevista en el art. 6, inc. a) de la ley 27.078, sustituido por su similar del DNU 267/2015.

(30) Con motivo de esta reforma, la Defensoría del Público de los Servicios de Comunicación Audiovisual por la res. 21 del 18 de febrero de 2016, destacó los impactos negativos que acarrearía con respecto a la diversidad cultural y en especial, al derecho a la libertad de expresión. En este sentido, entre otras consideraciones, sostuvo: "La política de concentración de propiedad de los medios de comunicación que instaura el DNU 267/2015 tiene como efecto la aniquilación de la diversidad cultural que garantizaba la ley 26.522, principalmente en sus arts. 3, 63, 65 y 67; la ley 25.750 de Preservación de Bienes y Patrimonios Culturales; el art. 75, inc. 19 de la CN y la Convención sobre la Protección y la Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales que el Estado argentino ha ratificado, además de los estándares en la materia definidos por el sistema interamericano de derechos humanos. La redefinición del servicio de televisión paga por vínculo físico como prestación en el ámbito de las telecomunicaciones y su exclusión de la regulación como medio audiovisual, aumenta el grado de mercantilización de la comunicación audiovisual y degrada el sentido de bien cultural de este servicio, ya que se elimina la necesaria defensa de la producción cultural y artística en condiciones de desarrollarse en cada región del país, al mismo tiempo que se quitan las restricciones para que los mismos sean adquiridos y/o controlados por capitales extranjeros".

(31) Esta circunstancia, configuraría en los términos de la res. 21/2016 de la Defensoría del Público mencionada en la nota 28 "(...) una situación de inequidad en el acceso a la plataforma que ofrece esta prestación televisiva para los diferentes tipos de medios de comunicación —comerciales, comunitarios y de servicios públicos— en tanto queda al arbitrio de las empresas, en función de sus intereses económicos y políticos, cuáles señales y canales incluyen y cuáles excluyen, en el contexto de un mercado audiovisual sumamente concentrado. Privilegiando, como ha ocurrido, lo propio y discriminando lo "ajeno".

Al respecto, resulta dable señalar que en el Informe adjunto al Dictamen de mayoría que antecediera a la declaración de validez del DNU 267/2015, la Comisión Bicameral Permanente de Trámite Legislativo —ley 26.122— y la Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización y Unificación de las leyes 26.522 y 27.078, se señaló la necesidad de intervenir en la materia de contenidos a efectos de resguardar la producción nacional y garantizar que los medios respondan a fines culturales e informativos, lo cual se consideró como un acierto de las normas modificadas.

Sobre el particular se sostuvo: "Es el caso de las normas que regulaban los contenidos que debían incluir en sus grillas los prestadores de cable, fomentando la difusión de la programación nacional y local, permitiendo además el acceso al foro público más amplio de los prestadores nacionales y locales a través de la transmisión administrada por las grandes operadoras de cable. En definitiva, se trata de que el poder económico concentrado en determinados grupos empresariales no se imponga de tal modo de impedir la libre circulación de la información, las ideas y la cultura.

"El régimen regulatorio de las comunicaciones por medios audiovisuales y las telecomunicaciones debe orientarse con efectividad y eficacia instrumental hacia la realización real del pluralismo, la tolerancia, la no discriminación y la libertad de expresión, como precondiciones estructurales del Estado constitucional de derecho.

"Por otra parte, teniendo en consideración la importancia fundamental que tiene la función de los medios audiovisuales en cuanto canales de la difusión de las opiniones, las ideas, la cultura y en vista de cuánto puede potenciar o condicionar en la diversidad y el pluralismo que ellas aportan la definición de los contenidos incluidos en la grilla de programación, resulta insustituible que el Estado intervenga, reservándose en consecuencia la potestad para intervenir en su definición, pudiendo imponer presupuestos mínimos por categorías de contenidos que deberán ser trasladados bajo apercibimiento de las sanciones previstas en el capítulo pertinente" **(32)**.

La omisión incurrida en el DNU 267/2015 en cuanto a las reglas de *must carry/must offer* con respecto a estos servicios **(33)**, derivaría en que la autoridad de aplicación, a través del Reglamento General de los Servicios de Radiodifusión por Suscripción mediante vínculo físico y/o radioeléctrico, aprobado por la res. ENACOM 1394/2016 **(34)**, procurase implementar herramientas para remediarla.

A las consideraciones expuestas y en la misma línea de ideas, añadió que implicaba "una regresión normativa, la modificación del art. 63 de la ley 26.522 por el art. 19 del DNU 267/2015, aumenta los porcentajes admitidos de retransmisión en red y, por lo tanto, potencia la concentración de contenidos y la retransmisión de la programación generada por los principales canales de gestión comercial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por lo cual se debilita la producción de contenidos propios, locales, federales e independientes en las distintas regiones del país, con sus correspondientes efectos en la homogeneización de ideas, la afectación del derecho de acceso a la información local socialmente relevante y la reducción de puestos de trabajos en las provincias del país".

(32) Cámara de Diputados; Sesiones Ordinarias 2016 - Orden del Día N° 10 (07/03/2016) recuperado en https://www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dcomisiones/periodo-134/134-10.pdf (pág. 4).

(33) Sobre el particular, CALIFANO (2018) sostuvo: "Dicho de otro modo, la televisión por cable pasó a ser considerada un mero transporte, sin tener en cuenta las especificidades del sector audiovisual. Ello va de la mano con la anulación de exigencias en materia de producción audiovisual nacional y propia. Así, las modificaciones desestimaron regulaciones que, tanto a nivel nacional como internacional, sostienen que los medios de comunicación deben promover la diversidad cultural, el acceso y la participación, y los derechos en materia de información y comunicación en las comunidades en las que se instalen." CALIFANO, B., "La regulación de la comunicación durante el primer año de gobierno de Mauricio Macri en la Argentina", 2018, recuperado en https://www.soc.unicen.edu.ar/index.php/categoria-editorial/48-intersecciones-en-comunicacion/3791-la-regulacion-de-la-comunicacion-durante-el-primer-ano-de-gobierno-de-mauricio-macri-en-la-argentina-bernadette-califano.

(34) BO 24/04/2016. Al respecto, BECERRA (2016) sostuvo: "el gobierno calificó a la televisión por cable como servicio de telecomunicaciones eliminando contraprestaciones elementales, vigentes en todos los países con tradición democrática, respecto del must carry y privando así a las audiencias del derecho al acceso a señales y contenidos —por caso, los de carácter público— que por razones comerciales o de abuso de posición dominante el cableoperador no incluirá en la grilla"; BECERRA, M., "La concentración y el interés público", 2016, recuperado

De los fundamentos de la medida en trato, surge que aquellos prestadores que habían obtenido sus licencias bajo el régimen de los Pliegos de Bases y Condiciones **(35)** aprobados por res. 432-AFSCA/2012 **(36)** —mediante la remisión de las obligaciones asumidas en estos, y a las contenidas en la citada res. 296-AFSCA/2010 de ordenamiento de las grillas de programación—, como así también, los titulares de Licencia Única Argentina Digital con registros de radiodifusión por suscripción, mediante vínculo físico y/o radioeléctrico, deberían garantizar "conforme el principio de neutralidad de la red" en cada Área de Cobertura autorizada:

"a.- La emisión sin codificar de las señales de Radio Televisión Argentina Sociedad del Estado; de todas las emisoras y señales públicas del Estado Nacional y en todas aquellas en las que el Estado Nacional tenga participación;

"b.- La emisión sin codificar de las señales de los Estados Provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y de la Iglesia Católica Argentina, cuya área de cobertura coincida con el Área de Cobertura del servicio;

"c.- La inclusión, sin codificar, de las emisiones de los servicios licenciatarios de televisión abierta de origen cuya área de cobertura coincida con el Área de Cobertura del servicio;

"d.- La inclusión de las señales de noticias nacionales, individualizadas como tales por el ENACOM".

En líneas generales, a fin de integrar la omisión regulatoria, este reglamento buscó reproducir la obligación prevista en el art. 65 de la ley 26.522, con los criterios de ordenamiento de la res. 296-AFSCA/2014 precitada, pero sin el alcance ni la finalidad que originariamente previera la norma en cuestión.

Ello en virtud de que su fundamento ya no residiría en los primarios objetivos de asegurar la diversidad cultural; la difusión del contenido local y la pluralidad de opiniones en resguardo del derecho a la libertad de expresión que oportunamente motivasen la disposición del citado art. 65, sino que esta vez, se procuraría resguardar "(...) el derecho de los consumidores y usuarios de acceder a las señales cuya inclusión en la grilla de programación del licenciatario aseguran esas normas y a la libertad de elección entre ellas, derecho garantizado por el art. 42 de la CN" **(37) (38)** y, asimismo, la garantía de igualdad ante la ley **(39)**.

en https://martinbecerra.wordpress.com/2016/04/21/la-concentracion-y-el-interes-publico/.

(35) Esto es, los Anexos I y II que integran la res. 432-AFSCA/2011, a cuyos términos, a su vez, debían adecuarse quienes hubiesen solicitado la adjudicación de la licencia bajo el Pliego aprobado por su similar 725-COMFER/2009, salvo que hubiesen cumplido la totalidad de los requisitos previstos, en cuyo caso finalizarían el trámite de acuerdo con los términos de esta última.

(36) A los que cabría añadir a quienes lo hubiesen hecho en los términos de los reglamentos que rigieran con antelación (v.gr. res. 355-CFR/1981; 725-COMFER/1991 y 275-COMFER/2009).

(37) Conf. consid. 12.

(38) De acuerdo con MANSILLA, el art. 2 de la ley 26.522, alude expresamente la dimensión social derecho en los siguientes términos: "La actividad realizada por los servicios de comunicación audiovisual se considera una actividad de interés público, de carácter fundamental para el desarrollo sociocultural de la población por el que se exterioriza el derecho humano inalienable de expresar, recibir, difundir e investigar informaciones, ideas y opiniones(...)". En este sentido la actividad desplegada por los medios de comunicación debe ser respetuosa de la exteriorización del derecho humano inalienable de expresar como así también de recibir difundir e investigar informaciones, ideas y opiniones. De este modo, la actividad que se le reconoce a los medios de comunicación debe garantizar no sólo la faz activa e individual del derecho —libertad de expresión—, sino, además, la faz pasiva y colectiva —derecho a la información—. Ob. cit. nota 6.

(39) Consid. 13. Esto último, respondería a las diferentes obligaciones que podrían haberse configurado entre los prestadores que habían obtenido sus licencias bajo el régimen de las normas audiovisuales, con respecto a los que resultarían licenciatarios bajo el nuevo régimen por cuanto, tanto en los ámbitos de cobertura original y eventualmente sus extensiones y/o ampliaciones se encontrarían sujetas a las obligaciones emanadas de los pliegos de bases y condiciones aprobados por el art. 7° de la res. 355-COMFER/1981 y sus modificatorias (con aplicación de la norma técnica aprobada por res. 257-SC/1977); o al reglamento que lo sucediera, aprobado por res. 725-COMFER/1991 y sus modificatorias, que entre otros refería a la obligación de un canal de generación propia con el 40% de programación de origen nacional; o el aprobado por res. 279-COMFER/1999, que en particular, establecía condiciones para la extensión del servicio (actualmente considerada como autorización

Adicionalmente, se invocó la "neutralidad de redes", principio originalmente concebido para la regulación de la Internet **(40)** y recogido por la Ley Argentina Digital **(41)**, pero que a priori no guardaría estricta relación con las reglas en trato, dadas las intrínsecas características de la televisión por suscripción que, en esencia, discriminaría los contenidos que porta.

Sin embargo, la actividad regulatoria no se detuvo en el reglamento en trato pues por la res. ENACOM 1645/2017 **(42)**, la autoridad de aplicación determinó que los titulares de Licencia Única Argentina Digital con registro de radiodifusión por suscripción por vínculo físico y/o radioeléctrico, en sus grillas analógicas y digitales; y de licencias de comunicación audiovisual por suscripción por vínculo satelital (DTH) deberían garantizar la emisión de las señales de noticias de interés nacional y provincial dentro de cuyo territorio se encuentren emplazados, en tanto estas fueron oportunamente consideradas como de inclusión obligatoria.

Luego, la res. ENACOM 5160/2017 **(43)**, precisaría que la inclusión de las señales correspondientes a los servicios licenciatarios de televisión abierta, previstos en el art. 12, inc. c) del reglamento aprobado por res. 1394-ENACOM/2016, quedaría sujeta a las condiciones convenidas entre las partes. En el caso en que fuera dispuesta en forma gratuita por parte del titular de la licencia del servicio de televisión abierta, generaría la obligación de su inclusión (conf. art. 1°).

Asimismo, sustituyó el inc. d) del art. 12 del Reglamento aprobado por res. 1394-ENACOM/2016, en los siguientes términos: "d.- La inclusión de aquellas señales cuyo eje temático sea programación informativa eminentemente

---

de áreas de cobertura) sólo a localidades de menor cantidad de habitantes y del canal de generación propia, y a la solicitud del inicio de emisiones a fin de obtener la habilitación con arreglo a la res. 1619-SC/1999; que respondiera a las definiciones y obligaciones contenidas en la derogada ley 22.285. Del mismo modo, con relación a los licenciatarios que se encontraban sujetos al cumplimiento de las obligaciones contenidas en la ley 26.522 y el Pliego de Bases y Condiciones Generales y Particulares aprobado por la res. 432-AFSCA/2011, el cual —entre otros— estableció otro régimen de extensión del servicio, vinculado a la población y colindancia de localidades y la sujeción del canal de generación propia a los porcentajes de producción y programación exigidos para los servicios de televisión abierta.

(40) CALIFANO (2013) sostiene al respecto: "Si bien no existe una definición unívoca acerca del significado de este concepto -el que posee matices según la óptica desde la cual se lo observe- podemos decir que la idea básica que subyace a esta noción es que las redes de telecomunicaciones deberían ser vehículos neutrales en la transmisión de datos, sin que se produzca ningún tipo de discriminación con respecto a los contenidos, usos o aplicaciones a los que los usuarios deseen acceder. El debate en torno de este tema comprende distintas posturas y actores sociales con intereses en contraposición. Por un lado, están quienes sostienen que la neutralidad de la red debería regularse para que los usuarios no vean vulnerado su derecho a la libertad de expresión, ni se restrinja su acceso a determinados contenidos o sitios sin su consentimiento. Por el otro, se encuentran quienes argumentan que cualquier regulación jugaría en contra de la inversión empresarial y de las innovaciones". CALIFANO, B., "Políticas de Internet: La neutralidad de la red y los desafíos para su regulación", Revista Eptic Online, vol. 15, nro. 3, sept.-dic. 2013; pp. 19-37 recuperado en https://ri.conicet.gov.ar/bitstream/handle/11336/3813/CONICET_Digital_Nro.5028_A.pdf?sequence=2.

(41) En este orden de ideas, el art. 1° de esta ley declara de interés público la completa neutralidad de las redes, entre otros aspectos regulatorios. En tanto, el art. 56 consagra la neutralidad de redes como una garantía del derecho a acceder, utilizar, enviar, recibir u ofrecer cualquier contenido, aplicación, servicio o protocolo a través de Internet sin ningún tipo de restricción, discriminación, distinción, bloqueo, interferencia, entorpecimiento o degradación. Por último, en el art. 57, contempla —en cuanto a la gestión de la red— que se encuentra sujeta a dos supuestos los cuales pueden efectuarse, esto es, en caso de que exista orden judicial o expresa solicitud del usuario.

(42) BO 13/03/2017. En la que asimismo se incorpora un diagrama en el cual, se especifica el área de cobertura donde resultarían de inclusión obligatoria, las señales de noticias que allí se describen. Previamente, y con motivo del reclamo formulado por sus titulares, por res. ENACOM 9022/2016 y 9029/2016, respectivamente, se determinó que los titulares de Licencia única Argentina Digital con registro de radiodifusión por suscripción, cualquiera fuera la forma de transmisión, debían garantizar la emisión en sus correspondientes grillas de programación, de las señales "Construir TV" y "QM Noticias" —aunque en este último caso, limitándose a la provincia de Buenos Aires—, en tanto éstas habían sido consideradas oportunamente de inclusión obligatoria por actos administrativos dictados por la ex AFSCA. A posteriori, la res. ENACOM 2061/2017, dispondría idéntica obligación con respecto a la señal de noticias "LN +" para todo el territorio nacional.

(43) BO 14/12/2017.

federal, vinculada a los ámbitos regional, provincial y local, además del contenido informativo internacional y nacional, individualizadas por el ENACOM como tales, que serán pasibles del tratamiento previsto para los servicios consignados en el inc. c) del presente, en tanto acrediten veinticuatro [24] horas de transmisión, de las cuales doce [12] deben ser en vivo" (conf. art. 2°).

De la motivación del reglamento en cuestión, se desprende, por un lado, que ello resultaba necesario a efectos de "(...) garantizar la igualdad de condiciones en la difusión de señales de contenidos de interés local que contribuyan a la vigencia de la pluralidad y al fortalecimiento del federalismo y la libertad de expresión" **(44)** y, por el otro, que mediante su dictado se propiciaba asegurar su distribución en cada área de cobertura autorizada, a la categoría de señales de noticias individualizadas por el área competente en materia audiovisual.

A tal efecto, debería indicar aquellas cuyo eje temático fuera programación informativa eminentemente federal, vinculada a los ámbitos regional, provincial y local, además del contenido informativo internacional y nacional, en tanto acreditasen veinticuatro [24] horas de transmisión, de las cuales doce [12] deberían ser en vivo.

Posteriormente, el Ministerio de Modernización aprobó el Reglamento de Licencias para Servicios de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones que como Anexo I **(45)** integra la res. 697-E/2017, dejando sin efecto, a partir de su entrada en vigencia, el Anexo I del decreto 764/2000 y las res. del ENACOM 2483/2016 y 1394/2016, "(...) a excepción del art. 12 del Anexo I de la resolución mencionada en último término (...)" (conf. art. 2°).

Mientras que, mediante la res. ENACOM 4337/2018, se establecerían las señales cuya inclusión obligatoria correspondería en lo sucesivo, a quienes prestasen servicios de televisión por suscripción satelitales **(46)**.

(44) Asimismo, expresa —con cita de los términos de la Declaración Conjunta sobre la Universalidad y el Derecho a la Libertad de Expresión del 2014— que "Todo ello en consonancia con lo establecido por la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en cuanto a que es deber de los Estados ´En general, adoptar un marco legal y regulatorio que promueva los derechos de distintas personas y grupos al acceso y uso de medios y tecnologías digitales para difundir sus propios contenidos y recibir contenidos relevantes producidos por terceros".

(45) V.gr. IF-2017-26827513-APN-STIYC#MM del Sistema de Gestión Documental (GDE).

(46) BO 24/05/2018. En este orden, los titulares de licencias de servicios de televisión por suscripción satelital debían incorporar en forma obligatoria la transmisión de: a. Las señales públicas del Estado Nacional y en las que éste tenga participación; el Canal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; y el canal de la Iglesia Católica Argentina, en este último caso, cuya área de cobertura coincida con el up link (enlace ascendente) de los sistemas de los servicios de Televisión Directa al Hogar. b. Las señales de origen correspondientes a los servicios de licenciatarios de televisión abierta, cuya área de cobertura coincida con el up link (enlace ascendente) de los sistemas de los servicios de Televisión Directa al Hogar. La presente incorporación quedará sujeta a las condiciones convenidas entre las partes. La puesta a disposición en forma gratuita por parte del titular de la licencia del servicio de televisión abierta generará la obligación de su inclusión. c. Cuatro señales de origen correspondientes a los servicios de licenciatarios de televisión abierta cuya área de cobertura no coincida con el up link (enlace ascendente) de los sistemas de los servicios de Televisión Directa al Hogar. Dicha obligación será gratuita para los licenciatarios de televisión abierta. d. Señales cuyo eje temático sea programación informativa eminentemente federal, vinculada a los ámbitos regional, provincial y local, además del contenido informativo internacional y nacional, individualizadas por el ENACOM como tales, que serán pasibles del tratamiento previsto para los servicios consignados en el inc. b) del presente, en tanto acrediten veinticuatro horas transmisión, de las cuales doce deben ser en vivo. e. Señales cuyos contenidos correspondan a las referidas al amparo del art. 65 apart. 3 de la ley 26.522. En los casos referidos en el inc. c) "y con la finalidad de promover el desarrollo equilibrado de la industria de contenidos", los titulares de licencias de servicios de televisión por suscripción satelital debían proponer dentro de quince días de su publicación, a la Autoridad de Aplicación para su aprobación. la lista de señales de transmisión obligatoria, teniendo en cuenta las siguientes pautas: 1) pluralismo informativo y cultural, 2) producción local, 3) producción independiente y 4) carácter regional; 5) Arraigo y trayectoria en la localidad servida (acción en la comunidad; compromiso con entidades locales; servicios; efectiva operatividad; etc.); 6) Porcentaje de participación de capitales locales en el paquete accionario. Finalmente, la reglamentación que nos ocupa dispuso que debían incorporar como mínimo, en sus respectivas grillas de señales y a efectos de acreditar su cumplimiento, la cantidad de señales que representase el veinte por ciento (20%) del total que ofrecen a sus suscriptores en el territorio nacional en su abono

Por último, mediante la res. ENACOM 915/2020 **(47)** se establecieron las pautas de ordenamiento de las grillas de señales con relación a los servicios por suscripción, tanto por vínculo físico y/o radioeléctrico (analógicas y digitales) cuanto los satelitales, *a los efectos de garantizar que las señales más relevantes en términos formativos, culturales, informativos y locales tengan acceso equitativo a la distribución de contenidos* **(48)**.

Otro hito normativo de relevancia de esta etapa, aunque referido al derecho a la información de que cuentan los usuarios a conocer los aspectos económicos y el contenido de la contratación del servicio, consistió en la inclusión del Título IV que regula los Servicios de Radiodifusión por Suscripción, tanto por vínculo físico cuanto los satelitales, en el Reglamento General de Usuarios de Servicios de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones aprobado por res. N° 733-E/2017 por el ex Ministerio de Comunicaciones **(49)** —y sus modificatorias— **(50)**.

En particular, el art. 77 del Reglamento precitado, establece: "El contrato del Servicio de Radiodifusión por Suscripción deberá contener explícitamente, como mínimo (...), lo siguiente:

"a) El listado de señales y de los servicios que componen el plan contratado.

"b) Información y condiciones relacionadas con posibles modificaciones en la cantidad y tipo de canales incluidos en el plan contratado y eventuales compensaciones producto de lo anterior".

II.4. El Reglamento General de los Servicios de Televisión por Suscripción por vínculo físico y/o radioeléctrico y satelital

Precedido por la declaración como servicio público en competencia dispuesta por el decreto de necesidad y urgencia 690/2020 **(51)** de los servicios de las TIC **(52)** y el nuevo cambio de paradigma que implicaría en el ecosistema digital —y fundado en parte por este— **(53)**, por res. ENACOM 1491/2020 **(54)**, el ENACOM aprobó el "Reglamento General de los Servicios de Televisión por Suscripción por vínculo físico y/o radioeléctrico y satelital" (en adelante el "Reglamento").

En términos generales, su contenido reproduciría las obligaciones de *must carry* impuestas por las normas mencionadas en el punto precedente, a los que dejó sin efecto en lo sucesivo.

No obstante lo cual se advierte, en cuanto a las señales, que los licenciatarios de dichos servicios deberán emitir y que se contemplaron en el plexo legal en cuestión, que en esencia, fueron prácticamente restituidas las obligaciones originariamente impuestas por el art. 65 de la ley 26.522 **(55)** y que —con las adecuaciones en

básico o una cantidad mínima de veintidós señales, la que sea mayor.

(47) BO 18/04/2020.

(48) Conf. consid. 9°.

(49) BO 04/01/2018.

(50) Conf. art. 1° res. 733-E/2017 del ex Ministerio de Comunicaciones.

(51) BO 22/08/2020.

(52) Incorporando el siguiente texto al art. 15 de la ley 27.078: "Carácter de servicio público en competencia. Se establece que los Servicios de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC) y el acceso a las redes de telecomunicaciones para y entre licenciatarios y licenciatarias de servicios TIC son servicios públicos esenciales y estratégicos en competencia. La autoridad de aplicación garantizará su efectiva disponibilidad". Al respecto, PORTO (2020) sostuvo: "Como consecuencia de ello, el DNU 690/2020, al declarar servicio público a los servicios TIC, categoriza de ese modo a los cableoperadores, pero no así a la TV satelital. Para remediar, en parte, la situación, el citado decreto establece que la suspensión de los aumentos de precios se aplicará también a los servicios de televisión satelital por suscripción." PORTO, R., "El ABC del DNU 690/20", del 25/08/2020, recuperado en https://rporto.medium.com/abc-del-dnu-690-20-47f1d33df98.

(53) En tanto reproduce, en lo pertinente, sus considerandos en los siguientes términos: "(...) el decreto 690 del 21 de agosto de 2020, en sus considerandos señala que "el derecho humano al acceso a las TIC y a la comunicación por cualquiera de sus plataformas requiere de la fijación de reglas por parte del Estado para garantizar el acceso equitativo.". Que, el prenotado Decreto asimismo señala que "...en este marco, es necesario recuperar los instrumentos normativos que permitan garantizar para la totalidad de los y las habitantes de la Nación el acceso a las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC)..." (conf. consids. 13 y 14).

(54) BO 24/12/2020.

(55) En este orden, y si bien no incluye la pertinente a la inclusión de señales provenientes del Mercosur o de

cuanto a su alcance dispuestas por las normas dictadas con posterioridad al dictado del DNU 267/2015— solo mantenía vigencia para los servicios satelitales.

Del mismo modo, en su motivación, se citan las fuentes que inspirasen la norma precitada, en tanto aluden a los instrumentos internacionales de derechos humanos que protegen la libertad de expresión **(56)**.

De acuerdo con el art. 7° del Reglamento, la inclusión de las señales previstas, y de aquellas que hubieren sido declaradas y/o se declaren en el futuro como de inclusión obligatoria por el ENACOM, quedará sujeta a las condiciones convenidas entre las partes. Nuevamente, ante su puesta a disposición en forma gratuita, prevé que se generará la obligación de su inclusión por parte de los prestadores alcanzados.

Ahora bien, el art. 8° de este Reglamento introduce una innovación referida a la intervención del ENACOM, a solicitud de cualquiera de las partes involucradas, para el caso en que no arribasen a un acuerdo respecto de un precio justo, equitativo y razonable para la inclusión en la grilla de programación de una señal. En este supuesto, se la deberá incluir al precio que fije su Directorio, en base a la información recolectada en el procedimiento llevado a cabo en los términos del Reglamento aprobado por res. ENACOM 1194/2020 **(57)** que rige el "Procedimiento voluntario para la resolución alternativa de controversias entre prestadores de servicios de comunicación audiovisual y/o servicios de radiodifusión por suscripción mediante vínculo físico y/o radioeléctrico" **(58)**.

En principio, y como medida que aspiraría a propiciar un ambiente de competencia en el sector, prevé que no podrá condicionarse la comercialización de una o de varias señales determinadas a la adquisición de otras. En caso de que se las ofrezca en un paquete, se deberá desagregar el precio de cada una de ellas (conf. art. 9°). De no arribarse a un acuerdo al respecto,

aquellos países con los que la República Argentina celebrase un acuerdo a tal evento, el Reglamento dispone que deberán garantizar: La emisión sin codificar de las señales de Radio Televisión Argentina Sociedad del Estado; de todas las emisoras y señales públicas del Estado Nacional y de todas aquellas en las que el Estado Nacional tenga participación; La emisión sin codificar de las señales de los Estados Provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, de la Iglesia Católica Argentina y de las Universidades Nacionales, cuya área de cobertura coincida con el Área de cobertura del servicio; La inclusión, sin codificar, de las emisiones de los servicios licenciatarios de televisión abierta de origen, cuya área de cobertura coincida con el área de cobertura del servicio; La inclusión de aquéllas señales cuyo eje temático sea programación informativa eminentemente federal, vinculada a los ámbitos regional, provincial y local, además del contenido informativo internacional y nacional. Mientras que, para los licenciatarios de televisión por suscripción satelital específicamente se previó la obligación de garantizar la inclusión de: Las señales públicas del Estado Nacional y en las que éste tenga participación; los Estados Provinciales, el canal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; el canal de la Iglesia Católica Argentina y de las Universidades Nacionales en estos dos últimos casos, cuya área de cobertura coincida con el up link (enlace ascendente) de los sistemas de los servicios de Televisión Directa al Hogar; Las señales de origen correspondientes a los servicios de licenciatarios de televisión abierta, cuya área de cobertura coincida con el up link (enlace ascendente) de los sistemas de los servicios de Televisión Directa al Hogar; cuatro señales de origen correspondientes a los servicios de licenciatarios de televisión abierta cuya área de cobertura no coincida con el up link (enlace ascendente) de los sistemas de los servicios de Televisión Directa al Hogar. Dicha obligación será gratuita para los licenciatarios de televisión abierta; Señales cuyo eje temático sea programación informativa eminentemente federal, vinculada a los ámbitos regional, provincial y local, además del contenido informativo internacional y nacional; aunque no sean coincidentes con el up link (enlace ascendente) de los sistemas de los servicios de Televisión Directa al Hogar y que sean indicadas por el ENACOM, como de inclusión obligatoria.

(56) V.gr. el art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), la Opinión consultiva 5° de 1985, relativa al alcance del referido artículo y la Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales, ratificada por el Estado Nacional mediante la ley 26.305, establece que sólo se podrá proteger y promover la diversidad cultural si se garantizan los derechos humanos y las libertades fundamentales como la libertad de expresión, información y comunicación.

(57) BO 22/10/2020.

(58) No obstante lo cual, corresponde señalar que deberá conciliarse la interpretación con las disposiciones del Reglamento aprobado por res. 1491-ENACOM/2020, por cuanto —entre las exclusiones previstas en este Reglamento de Solución de controversias para su pertinente aplicación—, se encuentra previsto en su art. 2.3. lo siguiente: "Cuando la materia de controversia versare sobre disposiciones previstas en el tít. III, cap. V de la ley 26.522 —contenidos de la programación—".

podrá también someterse la cuestión al procedimiento enunciado en el párrafo que antecede.

Por otra parte, reproduciendo la obligación impuesta por la res. ENACOM 915/2020, se estableció para todos los licenciatarios de las TIC con registro del servicio de suscripción mediante vínculo físico y/o radioeléctrico en sus grillas analógicas y digitales, y los licenciatarios de televisión por suscripción satelital, de ordenar las señales de sus grillas de programación de forma tal, que todas aquellas que correspondan al mismo rubro de programación se encuentren ubicadas en forma correlativa **(59)**.

Además, el Reglamento en trato dispone que los licenciatarios de las TIC con registro al servicio de suscripción mediante vínculo físico y/o radioeléctrico, deberán incorporar dentro de los ciento ochenta [180], al menos una [1] señal de generación propia, en el supuesto que no la tuviere.

Sobre este punto, el cuerpo normativo bajo análisis no se expide con relación a las características de la programación que deberán emitir esas señales [v.gr. cuota pantalla; emisión de publicidad; accesibilidad **(60)** etc.] o al tiempo de transmisión, tal como las originariamente contempladas por la ley 26.522. No obstante, a fin de armonizar sus disposiciones y en virtud de que por su condición de tales se encuentran alcanzadas por esta ley, podría considerarse que les resultarían de aplicación, en lo que resulte pertinente y a los específicos efectos, en los que la ley las reconoce como sujetos obligados y alcanzados por ella.

En principio, este criterio se desprendería de la exigencia de incorporación de la señal de generación propia o señal regional y de inscripción en el Registro creado por el art. 58 de Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual. La inscripción deberá realizarse también con relación a las señales de generación propia que el servicio pudiera tener en distintas áreas de cobertura, en aquellos casos en que tuviere más de una señal de este tipo.

Sin embargo, esta obligación se vería morigerada en el caso de los servicios localizados en ciudades de menos de diez mil (10.000) habitantes, pues en este supuesto, se podrá conformar una señal regional. En ambos supuestos, su omisión, será sancionada conforme el régimen de sanciones vigente para cada tipo de servicio **(61)**.

(59) Conf. art. 4°. A su vez, y según los criterios que oportunamente fueran establecidos por la res. ENACOM 5160/2017, el art. 5° establece que tendrán la obligación de presentar la Declaración Jurada Anual correspondiente a la Grilla de Señales, hasta el 30 de abril de cada año. Para calificar el "carácter informativo" de una determinada señal, y a los fines de ser declarada de inclusión obligatoria, de acuerdo con el art. 6°, el ENACOM, considerará la temática federal de la programación, vinculada a los ámbitos regional, provincial y local, además del contenido informativo internacional y nacional, debiendo acreditar veinticuatro horas de transmisión, de las cuales doce deberán ser en vivo.

(60) Según el art. 66 de la ley 26.522, las estaciones de televisión abierta y los canales de generación propia de los entonces servicios de comunicación audiovisual por suscripción deben incorporar medios de comunicación visual adicional en el que se utilice subtitulado oculto, lenguaje de señas y close caption (audiodescripción), a efectos de facilitar la recepción de aquéllas por personas con discapacidades sensoriales, en los programas informativos, educativos, culturales y de interés general de producción nacional.

(61) En cuanto a la eventual aplicación de sanciones, huelga aclarar que el procedimiento que se lleve a cabo deberá ser con arreglo al principio de legalidad y ajustarse a las reglas del debido proceso previo, que deben guiarlo. Mientras para los sujetos alcanzados por las disposiciones audiovisuales, se desarrollaría en el marco de los arts. 101 a 118 de la ley 26.522, que regula la responsabilidad de los titulares de licencias o autorizaciones, tanto en lo concerniente a la calidad de la prestación del servicio, cuanto por los contenidos que se emiten, y la res. 661-AFSCA/2014 —y sus modificatorias— por la cual se aprobó el Régimen de Graduación de Sanciones y el Reglamento de Procedimientos para la Sustanciación de sumarios por infracción a la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual (Anexos I y II), en el caso de los servicios TIC, resultaría de aplicación el tít. IX de la ley 27.078 (arts. 63 a 76), cuya reglamentación prevista en el art. 63 fue recientemente aprobada por el Presidente del ENACOM ad referéndum de la aprobación del Directorio, por res. ENACOM 221/2021 (BO 03/03/2021) bajo el título "Régimen de Sanciones aplicable a los servicios de tecnologías de las comunicaciones y la información" el que como Anexo IF-2021-17215522-APN-DGAJR#ENACOM la integra, y ratificada por dicho cuerpo colegiado, por su similar 581-ENACOM/2021 (BO 28/04/2021). Se destaca que este último Régimen contempla en el art. 41 las Infracciones relativas al principio de neutralidad de red. En este orden, los incumplimientos relacionados con las obligaciones y prohibiciones establecidas en los arts. 56 y 57 de la ley 27.078 y en su normativa reglamentaria y

Finalmente, cabe advertir que este Reglamento no aborda otras cuestiones que podrían considerarse de relevancia para el sector, tales como el ordenamiento de las grillas de programación, lo que podría derivar en potenciales conflictos en aquellos supuestos de los servicios de televisión abierta que transmiten a su vez, como señales que no puedan resolverse mediante el acuerdo de partes o los reglamentos de sanciones en vigencia.

III. Conclusiones

De lo anteriormente expuesto se colige que, en materia de regulación de la convergencia de servicios, restaría mucho por hacer a fin de brindar un tratamiento equitativo a los sujetos involucrados, sin distinción de la modalidad en la que se presten los servicios y cuyo norte se oriente a la adecuada satisfacción de la libertad de expresión y el derecho a la información de los destinatarios.

En este sentido y entre otros efectos, la convergencia propició un escenario en el que se incorporarían nuevos actores y servicios al ecosistema digital, tal como el que prestan los servicios *Over the Top* (OTT), lo que plantea a la par de un cambio en la modalidad de consumo de contenidos, un desafío regulatorio "(...) en la economía mundial y su rol fundamental en el ejercicio de derechos humanos como la libertad de expresión y el derecho a la información" **(62)**.

Como consecuencia de lo señalado, en países como los EE. UU., se vislumbraría una tendencia al "corte de cable" (*cord-cutting*), lo que implica para los usuarios dar de baja el servicio de televisión por suscripción, para ser sustituido por los contenidos accesibles vía Internet, con YouTube o Netflix como principales propulsores **(63)**.

Sin embargo, por un lado, ante la brecha digital existente en la República Argentina que evidencia un acceso inequitativo de numerosos ciudadanos a las herramientas que pone a disposición Internet conforme su localización geográfica, condición económica y/o social, y por el otro, como consecuencia del alto porcentaje de penetración en los hogares con los que aún cuentan los servicios de televisión por suscripción **(64)**, estos últimos se constituyen como una de las principales vías con las que cuentan para el acceso a la información de carácter federal y local, exponiendo, a su turno, la necesidad de encauzar las reglas comentadas en el presente trabajo, con énfasis en los destinatarios de los contenidos que se emiten a través de estos.

---

complementaria podrán ser sancionados con multa de hasta treinta y cinco mil (35.000) veces el valor mensual de la Prestación Básica Universal Obligatoria (PBU-SBT) para el Servicio Básico Telefónico, vigente al momento del pago de la multa. Ahora bien, los artículos de la Ley Argentina Digital a los que se alude no fueron materia de reforma del DNU 267/2015. Estos, refieren especialmente a internet y por las circunstancias señaladas, no comprendería a los servicios por suscripción, a menos que se aborde la interpretación de este plexo legal de manera integral. Ello, con excepción de la genérica disposición contenida en el inc. a) del art. 57 en la que podría considerárselos comprendidos, la que establece la prohibición a servicios de bloquear, interferir, discriminar, entorpecer, degradar o restringir la utilización, envío, recepción, ofrecimiento o acceso a cualquier contenido, aplicación, servicio o protocolo salvo orden judicial o expresa solicitud del usuario.

(62) Asimismo, "(...) su irrupción ha desencadenado una dura disputa económica entre actores privados de la economía digital que se traduce en debates regulatorios. Es inevitable advertir, además, que este conflicto económico impacta en las personas y sus derechos" UNESCO. Cuadernos de discusión y debate 17 "Desafíos y asimetrías regulatorias de los servicios audiovisuales en Internet ¿Qué hacer?" recuperado en https://www.observacom.org/desafios-y-asimetrias-regulatorias-de-los-servicios-audiovisuales-en-internet-que-hacer/.

(63) Conf. CARRIER (2021): "Si bien todavía la cantidad total de clientes de TV paga en Argentina no decrece, también existen unos 850 mil hogares que cuentan con banda ancha pero no están abonados a TV paga. No obstante, no puede decirse que sean todos cord-cutters. Alrededor de un 40% de éstos son lo que podría llamarse cord-nevers, es decir, hogares que, aunque teniendo acceso a Internet, nunca fueron clientes de un servicio de TV paga. Un segmento dominado por grupos etarios jóvenes que, al dejar los hogares de sus mayores, sólo contratan banda ancha (y celular, lógicamente). Servicios como TV paga o telefonía fija están fuera de su radar generacional. Puesto en números absolutos, hay en Argentina aproximadamente medio millón de hogares cord-cutters y unos 350 mil que son cord-nevers", recuperado en https://comentarios.info/index.php/2021/08/20/que-no-se-corte-che/.

(64) Fuente ENACOM https://datosabiertos.enacom.gob.ar/dashboards/20002/television-paga/.

En este sentido, resulta primordial que las regulaciones que rijan la materia consideren al derecho de la libertad de expresión involucrado, a la luz del principio de progresividad y no regresividad de los derechos humanos y sociales, tanto para emisores cuanto para los receptores de tales contenidos.

Así las cosas, deberá procurarse que los instrumentos legales que se generen concilien los compromisos que emergen de los instrumentos internacionales de derechos humanos que tutelan la materia, con los aspectos comerciales que se ven involucrados en el sector, de manera que se propenda a generar un ámbito de justa competencia en el mercado y, a la par, dotar de un mayor pluralismo y diversidad de opiniones y expresiones culturales a la sociedad en su conjunto.

La contratación pública socialmente estratégica

Jorge I. Muratorio

Sumario: I. El impacto social de la contratación pública.— II. Premisas constitucionales e instrumentos de tutela.— III. Procedimientos de contratación.— IV. Implementación de "cláusulas sociales".— V. Conclusiones.

I. El impacto social de la contratación pública

La contratación pública estratégica consiste en la utilización de los contratos que celebra el sector público para el cumplimiento de políticas públicas. Así, siguiendo a Gimeno Feliú, los contratos públicos son estratégicos cuando, más allá de su finalidad específica y de su directa satisfacción funcional —provisión de bienes y servicios, etc.— se constituyen en medios para que los poderes públicos orienten y afiancen comportamientos —entre ellos, sociales— de los agentes económicos intervinientes, beneficiosos para el interés general **(1)**.

La contratación pública ha de articular un conjunto importante de variables: la globalización; la integración con otros países; la protección de empresas y/o productos locales, el desarrollo de la industria nacional, especialmente de las micro, pequeñas y medianas empresas (mipymes) y determinados sectores productivos; la eficiencia en el gasto público, la mejor relación calidad-precio; la innovación y la sustentabilidad [esta última entendida a su vez como comprensiva de exigencias de tipo ambiental, éticas, económicas, laborales, etc. **(2)**]; la integridad y la competencia, etc.

Es que, como sostiene Rodríguez-Arana Muñoz, la Administración ha de "poner a disposición de los ciudadanos obras, bienes y servicios de la mayor calidad con el más elevado compromiso social" **(3)**.

No es concebible, pues, que la contratación pública sea reducida a una mera técnica de provisión de bienes, obras y servicios que requiere la Administración para cumplir sus cometidos públicos, en tanto de ese modo puede también contribuirse al legal y valioso funcionamiento del mercado en el que actúan esos proveedores. Aparece así la contratación pública socialmente estratégica, con impacto social o socialmente responsable.

Es allí donde toma auge ese compromiso y a la vez impacto en el mercado y en la sociedad, que busca la sustentabilidad social en la contratación pública, propendiendo a la generación de empleo, la inclusión, la reconversión, el cumplimiento de las normas laborales, etc.

De acuerdo con lo establecido por la Comisión Europea en la "Guía para tener en cuenta consideraciones sociales en la contratación pública" **(4)** (en adelante, la "Guía de la contrata-

(1) GIMENO FELIÚ, José M., "El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia (El contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos)", Aranzadi, España, 2014, p. 39 y ss.

(2) DELPIAZZO RODRÍGUEZ, Carlos E., "Contratación Pública y Sustentabilidad", Rev. Derecho y Sociedad, 2015, nro. 44, ps. 65-74, disponible en http://revistas.pucp.edu.pe/inde x.php/derechoysociedad/article/view /14388.

(3) RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ, Jaime, "La contratación pública: una relevante política pública", publicado https://www.austral.edu.ar/derecho/2019/02/05/la-contratacion-publica-una-relevante-politica-publica/.

(4) Adquisiciones sociales - Una guía para considerar aspectos sociales en las contrataciones públicas, 2ª ed., 2021 / C 237/01, https://op.europa.eu/es/publication-

ción pública social"), "[l]a contratación pública socialmente responsable (CPSR) tiene por objeto abordar la repercusión que los bienes, servicios y obras adquiridos por el sector público tienen en la sociedad. Reconoce que a los compradores públicos no solo les interesa comprar al menor precio posible u obtener la mejor relación calidad-precio posible, sino que también quieren garantizar que la contratación genere beneficios sociales y evite la aparición de efectos sociales adversos durante la ejecución del contrato o los mitigue". Es decir, se "considera a la contratación pública como un instrumento estratégico para gastar el dinero público de manera eficiente y sostenible" **(5)**.

Es así como la contratación pública se presenta como un instrumento al servicio de políticas públicas sociales.

En este sentido es muy clara, por ejemplo, la ley 9/2017, del 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante "LCSP"), en cuyo preámbulo se sostiene que "[e]l sistema legal de contratación pública que se establece en la presente Ley... trata de conseguir que se utilice la contratación pública como instrumento para implementar las políticas tanto europeas como nacionales en materia social, medioambiental, de innovación y desarrollo, de promoción de las PYMES, y de defensa de la competencia".

Para ello se prevé en dicha ley que la adjudicación de los contratos se realizará utilizando una pluralidad de criterios con base en la mejor relación calidad-precio, lo cual podrá incluir aspectos sociales vinculados al objeto del contrato, es decir, cuando se refiera o integre las prestaciones que deban realizarse en virtud de dicho contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida **(6)**.

En ese marco se ha dispuesto allí que las características sociales del contrato se referirán, entre otras, a las siguientes finalidades: el fomento de la integración social de personas con discapacidad, personas desfavorecidas o miembros de grupos vulnerables entre las personas asignadas a la ejecución del contrato y, en general, la inserción sociolaboral de personas con discapacidad o en situación o riesgo de exclusión social; la subcontratación con Centros Especiales de Empleo o Empresas de Inserción; los planes de igualdad de género que se apliquen en la ejecución del contrato y, en general, la igualdad entre mujeres y hombres; el fomento de la contratación femenina; la conciliación de la vida laboral, personal y familiar; la mejora de las condiciones laborales y salariales; la estabilidad en el empleo; la contratación de un mayor número de personas para la ejecución del contrato; la formación y la protección de la salud y la seguridad en el trabajo; la aplicación de criterios éticos y de responsabilidad social a la prestación contractual; o los criterios referidos al suministro o a la utilización de productos basados en un comercio equitativo durante la ejecución del contrato **(7)**.

II. Premisas constitucionales e instrumentos de tutela

En nuestro caso, de momento y a nivel nacional, es posible derivar el principio de sustentabilidad social de las contrataciones públicas, de una serie de premisas constitucionales.

Así, destacamos el derecho a un ambiente sano para el desarrollo humano y las actividades productivas (art. 41, CN); la obligación del Estado de proveer las medidas necesarias para el progreso económico con inclusión social, la mejora de la productividad de la economía nacional, la generación de empleo y la formación profesional de los trabajadores; la promoción de políticas que tiendan a equilibrar el desarrollo de provincias y regiones, el respeto a la identidad de las poblaciones indígenas y a la gestión de sus recursos naturales (art. 75, incs. 17, 18, 19

detail/-/publication/47c69b3a-cfcf-11eb-ac72-01aa75ed71a1/language-es.

(5) Art. 1.1 de la Guía.

(6) Arts. 145 y ccds. LCSP

(7) Art. 145 de la LCSP. Inclusive se han dictado leyes específicas, tal como el caso de la ley 12/2018, de 26 de diciembre, de contratación pública socialmente responsable de Extremadura (https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2019-1791).

y ccs., CN) y la necesidad de adoptar medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato y el pleno goce de los derechos humanos (art. 75, inc. 23, CN) **(8)**.

Sobre esta base constitucional, entonces, es posible fundar el actuar de la Administración para promover una contratación pública socialmente estratégica.

En cuanto a los principios que se pretenden aplicar, resulta también de utilidad lo establecido por la Comisión Europea en la Guía de la Contratación Pública Social, en el sentido que los compradores públicos pueden fomentar a través de la inclusión de cláusulas de contenido social: las oportunidades de empleo; la mejora de las capacidades y el reciclaje profesional de los trabajadores; el trabajo digno; la inclusión social; la igualdad de género; la no discriminación; la accesibilidad; el comercio ético y tratar de lograr un cumplimiento más amplio de las normas sociales.

En el mismo sentido se establece en esa guía que la compra pública socialmente responsable puede impulsar oportunidades laborales para los jóvenes y trabajadores de más edad; la igualdad de género (por ejemplo, facilitando la conciliación de la vida familiar y la vida profesional, reduciendo la segregación sectorial y ocupacional, y garantizando la igualdad de trato en el puesto de trabajo); oportunidades laborales para las personas en situación de exclusión social por ser paradas de larga duración, carecer de hogar, discriminación o ser vulnerables por otros motivos; oportunidades de participación social y empleo para las personas con discapacidad, entre otras cosas mediante entornos de trabajo inclusivos y accesibles; la mejora de las políticas en materia de diversidad, la inclusión social y las oportunidades laborales para personas de colectivos desfavorecidos (por ejemplo, trabajadores migrantes, personas pertenecientes a minorías raciales o étnicas, minorías religiosas, personas con un nivel educativo bajo, y personas en riesgo de sufrir pobreza y exclusión social); y oportunidades de formación complementaria y reciclaje profesional para todos los trabajadores.

Asimismo, cabe recordar que la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, adoptada por Naciones Unidas en 2015 y firmada por 193 países entre los cuales se encuentra la República Argentina, recepta las tres dimensiones del desarrollo sostenible: económica, social y ambiental **(9)**. En este documento se establecieron 17 Objetivos y 169 Metas que deberán ser cumplidos al 2030. El Objetivo 12 consiste en "Garantizar modalidades de consumo y producción sostenibles" e incluye la Meta 12.7. "Promover prácticas de adquisición pública que sean sostenibles, de conformidad con las políticas y prioridades nacionales".

En nuestro país los Objetivos del Desarrollo Sostenible ("ODS") ya han tenido recepción específica en materia de contrataciones públicas **(10)**.

Así, a nivel provincial, por ejemplo, Mendoza ha establecido en su normativa de contrataciones **(11)** que cualquiera sea el procedimiento de selección, la adjudicación deberá realizarse en favor de la oferta más conveniente para el licitante, teniendo en cuenta, en primer término, el mejor precio ofertado. Junto a este se ponderarán, mediante grillas de evaluación y puntajes, la solvencia y capacidad empresaria de los oferentes; y esta última valorada en razón de sus antecedentes y de las certificaciones de calidad de sus procesos y actividades empresarias, especialmente, entre otros, mediante indicadores demostrativos de la observancia de los Principios y Objetivos de Desarrollo Sostenible

(8) FLORES, Álvaro B., "La inserción de la compra social en la República Argentina", en GIMENO FELIÚ, José M. (dir.), obra colectiva, Observatorio de los contratos públicos 2020, Aranzadi, España, 2021, p. 291.

(9) https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/2015/09/la-asamblea-general-adopta-la-agenda-2030-para-el-desarrollo-sostenible/.

(10) La regulación de la contratación pública corresponde a cada una de las jurisdicciones estatales: nacional, provincial y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y municipal. Tal es lo que sucede cuando se trata de vínculos contractuales de naturaleza administrativa, en los cuales una provincia actúa en carácter y utilizando facultades de poder administrador, conforme su propia normativa (CSJN, 16/12/2014, "Río Negro, provincia de c. AYCSA Tensis SA y otra s/ cobro de pesos", Fallos 337:1503 y jurisprudencia allí citada).

(11) Art. 149 de la ley 8706 modificada por ley 9193 (2019).

proclamados por el Pacto Mundial de la Organización de las Naciones Unidas, conforme Resoluciones de la Asamblea General N° 70/1 del 25 de septiembre de 2015 y demás que la complementen o modifiquen.

En el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires ("CABA") en el régimen de contrataciones general se incluye entre los principios generales que rigen las contrataciones y adquisiciones, el de sustentabilidad, de modo que se debe promover de manera gradual y progresiva la adecuada y efectiva instrumentación de criterios ambientales, éticos, sociales y económicos en las contrataciones públicas **(12)**. Y en el mismo sentido la regulación de la obra pública incluye entre sus principios generales al de la prohibición de fraude laboral en cualquiera de sus formas y modalidades y al de trabajo seguro para los empleados del contratista, con fiel cumplimiento de la normativa vigente en materia de higiene y seguridad **(13)**.

A nivel nacional, corresponde mencionar que la Oficina Nacional de Contrataciones ("ONC"), órgano rector del RCAN, tiene a su cargo la promoción de la contratación pública con sustentabilidad social **(14)**, con amplias facultades para desarrollar mecanismos que promuevan la adecuada y efectiva instrumentación de criterios de sustentabilidad ambientales, éticos, sociales y económicos en las contrataciones públicas. De hecho, ha sostenido la ONC que "[e]l principio de sustentabilidad se proyecta sobre la totalidad de las contrataciones públicas a través de la instrumentación de criterios ambientales, éticos, sociales y económicos, tendientes a garantizar un menor impacto al ambiente, mejores condiciones éticas y económicas, así como el cumplimiento de la legislación laboral vigente" **(15)**.

En este marco la ONC ha dictado un "Manual de Compras Públicas Sustentables" (2017), en el cual se sostiene que el Estado tiene un rol central en cuanto a la incidencia que sus decisiones de compra adquieren en los mercados y, por lo tanto, en su capacidad de generar prácticas socialmente inclusivas. Asimismo se destaca allí que la incorporación de criterios sociales de sustentabilidad implica garantizar el respeto de los derechos humanos; el cumplimiento de condiciones laborales dignas y otros derechos laborales; la erradicación de trabajo infantil y protección del trabajo adolescente; la equidad laboral de hombres y mujeres; la no discriminación en razón de raza, religión, opinión o sexo; la formación y educación ambiental; la promoción de la participación en el mercado de micro, pequeñas y medianas empresa (importantes entre otros aspectos por su aporte a la generación de empleo) y el respeto a la diversidad.

Asimismo, la ONC **(16)** ha entendido que a través del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional contenido en el dec. 1023/01 ("RCAN"), se otorgaron herramientas para avanzar en la implementación de las contrataciones públicas sustentables, con miras a promover el bienestar social; las mejores condiciones éticas y económicas; el crecimiento de determinados sectores; la generación de empleo; y la inclusión social de sectores vulnerables, entre otros aspectos.

III. Procedimientos de contratación

Si bien la regla de los regímenes de contrataciones es la licitación pública **(17)**, en primer

(12) Art. 7° de la ley 2095. Ver reglamentación.

(13) Art. 3° de la ley 6246, Régimen de contrataciones de obra pública de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

(14) Art. 115, del Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional aprobado por dec. 1030/2016 ("RRCAN").

(15) Dictamen ONC IF-2016-00013871-APN-ONC#MM.

(16) Dictámenes ONC 21/2013 y 357/2014.

(17) Tal como lo ha entendido nuestra Corte Suprema, "el procedimiento de licitación pública ha sido instituido como regla general con el propósito de que la competencia entre las distintas ofertas permita a la Administración obtener los mejores productos al precio más conveniente, y tiende a evitar la existencia de sobreprecios" (CSJN, "Cardiocorp SRL c. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aries y otro s/cobro", 27/12/2006, Fallos 329:5976). La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, que se aprobara por ley 26.097 ("CNUCC") para regir en nuestro país, instituye que el Estado de conformidad con los principios fundamentales del ordenamiento jurídico, debe establecer un sistema apropiado de contratación pública, basado en la transparencia, la competencia y criterios objetivos de adopción de decisiones. Luego, las distintas leyes —y decretos con igual sustancia— que regulan la contratación de la Administración Pública nacional establecen claramente que la regla es la licitación

término, es posible que la contratación pública socialmente sostenible en determinados casos permita la contratación directa con los proveedores de tales bienes o servicios.

Así sucede, por ejemplo, para el caso de contrataciones con personas socialmente vulnerables que se pretende incluir —de modo individual o a través de cooperativas— en la economía formal.

En el RCAN está, pues, prevista la contratación directa con efectores de desarrollo local y economía social **(18)**, quienes deberán encontrarse inscriptos en el Registro Nacional de Efectores de Desarrollo Local y Economía Social (REDLES), creado para facilitar, a aquellas personas que están realizando una única actividad productiva y ven dificultada su inserción en la economía formal por estar en una situación de vulnerabilidad social, el desarrollo de su actividad y el incremento de sus ingresos, a partir de la posibilidad de facturar (Monotributo social) y de ese modo incorporar nuevos compradores o clientes.

Se explica allí la noción de vulnerabilidad social como identificada con grupos sociales, hogares e individuos que por su menor disponibilidad de activos materiales (ingresos, vivienda) y no materiales (protección social: salud, educación y seguridad social), quedan expuestos a sufrir alteraciones bruscas y significativas en sus niveles de vida, especialmente ante cambios en la situación laboral de sus miembros activos.

Un ejemplo: la contratación de la confección de 5000 guardapolvos a cooperativas de trabajo inscriptas en REDLES **(19)**.

IV. Implementación de "cláusulas sociales"

Por otra parte, son diversas las formas en las cuales se pueden incorporar cláusulas en los documentos que conforman las contrataciones públicas, cuyo contenido sea la promoción de los aspectos sociales que se vienen considerando.

La ONC ha entendido que, respecto de la documentación licitatoria, las opciones son: Incluirlas en las cláusulas particulares del pliego, como una condición del contrato o bien como un criterio de evaluación de la oferta; que estén determinadas por el objeto del contrato, cuando se pretenda adquirir o contratar un bien o servicio sustentable; que esté explicitado en las especificaciones técnicas, es decir especificaciones técnicas de carácter sustentable **(20)**.

Asimismo, se entiende que estas exigencias pueden aparecer primero como condiciones de exclusión de la habilitación para contratar con la Administración pública; luego como condiciones de solvencia; como criterios de adjudicación y también como condiciones especiales de ejecución **(21)**.

En efecto, como condiciones de exclusión con "contenido social", nuestro régimen contempla como no habilitados el caso de las personas humanas o jurídicas que no hubieran cumplido con sus obligaciones previsionales y el de los empleadores incluidos en el Registro Público de Empleadores con Sanciones Laborales

o concurso públicos conforme surge de diversas normas de jerarquía legal, tales como el art. 24 del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional contenido en el dec. 1023/2001 ("RCAN"); el art. 10 del Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional aprobado por dec. 1030/2016 ("RRCAN"); el art. 9° de la ley 13.064 de Obras Públicas ("LOP"); el art. 4° de la ley 17.520 de Concesión de Obra Pública ("LCOP"); el art. 18 de la ley 23.696 de Reforma del Estado ("LRE"); el art. 12 de la ley 27.328 de Contratos de Participación Público Privada ("LCPPP") y el art. 6° del Régimen Nacional de Iniciativa Privada aprobado por dec. 966/2005 ("RNIP").

(18) Art. 25, inc. d, ap. 10 del RCAN y art. 24 RRCAN. El "Manual de procedimiento para las contrataciones" prevé que la unidad operativa de contrataciones enviará invitaciones a por lo menos tres efectores; en el caso del Ministerio de Desarrollo Social podrá efectuar el pedido de cotización a un efector (art. 60).

(19) Ministerio de Desarrollo Social, Subsecretaría de Coordinación, Monitoreo y Logística, disposición 1116 - E/2016.

(20) Dictamen ONC IF-2016-00013871-APN-ONC#MM.

(21) Podría agregarse, inclusive, durante la auditoría o control ex post (ALICIARDI, Belén El Estado como consumidor responsable: las compras públicas sustentables en Argentina, disponible en https://www.austral.edu.ar/derecho/2019/06/23/el-estado-como-consumidor-responsable-las-compras-publicas-sustentables-en-argentina/)

(REPSAL) durante el tiempo que permanezcan en dicho registro **(22)**.

En la misma línea la ya mencionada LCSP prohíbe contratar con empresas de 50 o más trabajadores, si no cumplen el requisito de que al menos el 2% de sus empleados sean trabajadores con discapacidad **(23)**.

Como condiciones de solvencia, puede requerirse la acreditación mediante certificaciones —v.gr. ISO— del cumplimiento de la normativa de higiene y seguridad laboral **(24)**. Por supuesto que siempre que se exija una certificación será posible acreditar lo requerido mediante otra similar o bien directamente con la presentación de la documentación pertinente **(25)**.

Como criterio de adjudicación, las exigencias en materia social deberán estar relacionadas y ser proporcionadas con el objeto del contrato, es decir con las prestaciones principales del contratista.

En el ámbito de la LCSP, como se ha visto más arriba, se ha regulado que la adjudicación de los contratos se realizará utilizando una pluralidad de criterios en base a la mejor relación calidad-precio, con arreglo a criterios económicos y cualitativos, los cuales podrán incluir aspectos sociales, vinculados al objeto del contrato. Esto supone que tal criterio se refiere o integre las prestaciones que deban realizarse en virtud de dicho contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida, incluidos los factores que intervienen en el proceso específico de producción, prestación o comercialización de, en su caso, las obras, los suministros o los servicios, con especial referencia a formas de producción, prestación o comercialización y socialmente sostenibles y justas; o en el proceso específico de otra etapa de su ciclo de vida, incluso cuando dichos factores no formen parte de su sustancia material **(26)**.

Y como condiciones especiales de ejecución puede requerirse la contratación de determinada cantidad de trabajadores que requieren ser incluidos. Así, en materia de discapacidad el dec. 312/10 demanda que en aquellas situaciones en que hubiere tercerización de servicios, cualquiera fuere la modalidad de contratación empleada, se encuentre o no comprendida esta en el RCAN y su normativa complementaria y modificatoria, deberá incluirse en los respectivos Pliegos de Bases y Condiciones Particulares, que el proponente deberá contemplar en su oferta la obligación de ocupar, en la prestación de que se trate, a personas con discapacidad, en una proporción no inferior al 4% de la totalidad del personal afectado a ella **(27)**.

Esto se concreta por ejemplo con una declaración jurada que se adjunta a la oferta —y luego, claro está, con su cumplimiento— tal como puede verse en la contratación del Acuerdo Marco de Contratación del servicio de telefonía celular móvil, radio y transferencia de datos realizado por la Administración pública nacional **(28)**.

También es posible que se requiera cumplir con porcentajes o cantidades de trabajadores locales, o emplear destinatarios de viviendas sociales, y, en el ámbito de las concesiones de obras y/o servicios públicos, la asignación de trabajos a cooperativas de inclusión social (ej. maleteros en terminales de ómnibus) y la absorción de empleados del concesionario anterior.

Respecto de esto último, por ejemplo, en materia de transporte automotor de pasajeros de

(22) Art. 28 del RCAN. Este último caso fue incorporado por el art. 44 de la ley 26.940 (2014).

(23) Art. 71, inc. d de la LCSP, conforme art. 42 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

(24) Sobre los distintos niveles de certificación, RUMI, Romina, BENGOLEA, Federico y PORTILLO, Hugo "ITBA: Informe de Compras Sustentables" disponible en https://www.itba.edu.ar/intranet/ols/wp-content/uploads/sites/4/2019/04/Informe-de-Compras-Sustentables-OLS.pdf.

(25) Como explica la ONC, la exigencia de contar con una determinada certificación deberá interpretarse simplemente como un estándar representativo de las características generales de la certificación requerida (Dictamen ONC 357/2014).

(26) Art. 145 de la LCSP.

(27) Art. 7°

(28) Downloads/IF-2018-06034471-APN-ONC%23MM.pdf.

larga distancia a nivel nacional se ha previsto el otorgamiento de autorizaciones precarias para la prestación de servicios públicos comprometidos por caducidad, suspensión o abandono del permiso, cuya continuidad requiere del compromiso de absorción del personal dependiente de la empresa prestataria de los servicios a cubrir **(29)**.

En el caso del Pliego de la Licitación Pública nacional e internacional para la concesión de la operación y mantenimiento de la Red de Subterráneos y Premetro de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, se previó que el nuevo concesionario debía absorber a su exclusivo costo y cargo el personal en relación de dependencia —con excepción del nivel gerencial— del anterior concesionario, el cual debía mantenerse en las mismas condiciones en que se encontraba. Todo distracto posterior quedaría íntegramente a su cargo. Y se requeriría autorización del comitente para incorporar nuevo personal en relación de dependencia, acordar aumentos de sueldo por fuera de las paritarias correspondientes, acordar ascensos, beneficios, adicionales y/o cualquier otra modificación de los contratos de trabajo y crear nuevas categorías laborales y/o modificar el organigrama o escalafón **(30)**.

En la Licitación Pública 12/19 para la concesión de Obra Pública para la Construcción, Conservación y Explotación de la Terminal en Puerto Nuevo, se previó en el Pliego General que el adjudicatario del contrato de concesión deberá incorporar a los trabajadores representados, incluyendo los tercerizados que hayan prestado servicios hasta determinada fecha (conforme planilla agregada) no pudiendo el adjudicatario efectuar despidos de dichos trabajadores, salvo por justa causa, por un período de 20 meses desde el comienzo de las operaciones del nuevo concesionario.

En ambos supuestos se exige la absorción de personal y se permiten los posteriores despidos (propio de la libertad de empresa), solo que en el segundo caso con un plazo de espera.

Para todos los casos resultará de interés lo establecido por la ONC respecto de cláusulas de sustentabilidad, en cuanto a que: (i) se instrumenten en forma razonable —deberá elegirse el medio coherente con el fin perseguido, el adecuado para satisfacerlo eficaz y proporcionalmente— y transparente, mientras no se vulneren los principios que rigen la contratación pública; (ii) al tratarse de cláusulas contractuales que podrían limitar o restringir la libre concurrencia, son de interpretación restrictiva; (iii) deben estar razonable y debidamente fundadas "en forma clara y concreta, los criterios de sustentabilidad ambiental, social y económica perseguidos, así como también la adecuación de medios afines, que den cuenta de una medida razonable y proporcionada en relación a los objetivos de interés público que se pretende alcanzar"; (iv) "[l]a evolución hacia una gestión más sustentable debe ser en forma gradual e inclusiva, contemplando las características propias del mercado interno argentino, y procurando que con la incorporación de estos nuevos criterios de sustentabilidad no se excluya a aquellos oferentes que por sus capacidades técnicas-financieras aun no puedan cumplir con dichos estándares, sino que se pretende que los mismos puedan con el tiempo modificar comportamientos y readaptar sus modos de producción (Dictamen ONC 21/2013)"; (v) las certificaciones de calidad deberá fundarse en el expediente de la contratación, toda vez que implica solicitar documentación distinta a la establecida en la normativa de contrataciones **(31)**.

V. Conclusiones

Conforme lo hasta aquí expuesto, entendemos que resulta de gran relevancia la contratación pública socialmente estratégica, en la cual la Administración se propone que a través del contrato se cumplan las finalidades sociales que hacen a la generación de empleo y al bienestar general del trabajador.

Asimismo, esto es un imperativo que en nuestro caso viene dado por premisas constitucionales y por instrumentos internacionales, tales

(29) Resolución de la Secretaría de Gestión del Transporte 180/18.

(30) https://www.buenosaires.gob.ar/sites/gcaba/files/pliego_de_bases_y_condiciones_concesion_servicio_subte_1.pdf.

(31) Dictamen ONC 357/2014.

como los ODS. También se advierte tal exigencia en el derecho comunitario europeo de la contratación pública.

Sin dudas en nuestro actual régimen nacional de contrataciones públicos es incipiente cuanto se ha receptado al respecto y queda mucho camino por recorrer para estar a tono con lo expuesto.

Sí es importante que en ello se tenga especialmente en cuenta que las cláusulas sociales tengan vinculación con el objeto del contrato; que sean fundadas y razonables, que se garantice la publicidad, la transparencia y la competencia; que se tutele la "libertad de empresa", evitar el "*dumping* social", la discriminación, y la generación de categorías sospechosas y semisospechosas al querer proteger a trabajadores vulnerables, entre otros aspectos.

En definitiva, la contratación pública socialmente estratégica ha de incorporarse conciliando los principios propios de ambas materias para producir resultados valiosos y justos para todas las partes.

JURISPRUDENCIA ANOTADA

PASE SANITARIO

Provincia de Buenos Aires. Poder de policía sanitario. Inexistencia de caso judicial.

Con nota de Diego P. Isabella

1. — No existe "caso" en los términos previstos por el art. 116, CN. El sistema federal argentino no prevé el cuestionamiento directo, por parte de un ciudadano, de la constitucionalidad de una norma "en abstracto". Y precisamente la presentación de la amparista puede ser calificada como "genérica", ya que no acreditó la necesidad de llevar a cabo alguna actividad para la cual se exija el pase sanitario, lo cual imposibilita vislumbrar no solo el recaudo del peligro en la demora, sino también la existencia de caso judicial que amerite verificar la ilegalidad o arbitrariedad manifiesta que habilita la intervención judicial tutelar, ya que claramente ello no alcanza a aducir modo alguno de "defensa de la legalidad constitucional" que motive la intervención de un juez federal al respecto **[1].**

2. — Teniendo en cuenta que ningún derecho es absoluto, no solo deben ponderarse los derechos del paciente a un trato digno, a su intimidad y a su autonomía de voluntad, sino también el contexto social y jurídico que deviene de la pandemia de COVID-19 que azota al mundo, y que requiere necesariamente de la toma de decisiones en el marco de las políticas públicas en materia de salud que cada Estado implemente.

3. — Si bien no caben dudas acerca del derecho de las personas respecto de la disposición del propio cuerpo, también es cierto que tales derechos deben ser interpretados y aplicados en consonancia con el interés público comprometido.

4. — Si bien el poder de policía está constituido por la potestad de restringir razonablemente la libertad de los individuos con el fin de conservar la armonía de todos, estableciendo reglas de buena conducta, calculadas para evitar la generación de conflictividad, tal accionar no se encuentra exento del control de los jueces, en el ámbito de su marco competencial, máxime en períodos de emergencia declarada, la que en ningún caso debe exceder los márgenes garantistas indicados por la Constitución.

CFed. Mar del Plata, 20/01/2022. - A., L. c. Gobierno Nacional - Ministerio de Salud s/ inc. apelación.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/527/2022]

JURISPRUDENCIA VINCULADA

[1] Juzgado Federal Nro. 4 de Mar del Plata, 28/12/2021, A., L. c. Gobierno Nacional - Ministerio de Salud y otro s/ amparo ley 16.986, TR LALEY AR/JUR/202784/2021.

COSTAS

En el orden causado.

Expediente FMP 14002/2021/1

2ª Instancia.- Mar del Plata, enero 20 de 2022.

Considerando:

I. Llegan los autos a esta Alzada como consecuencia de los recursos de apelación opuestos por la Fiscalía de Estado de la Pcia. de Bs. As. y por el Ministerio de Salud de la Nación, contra la resolución del Juez de Grado del día 28/12/2021 que habilita la instancia y decreta medida cautelar, ordenando a los Gobiernos Nacional y Provincial a eximir a la amparista de exhibir o portar la acreditación del denominado "pase sanitario" impuesto por la Disposición Nacional N° 1198/2021 y por la Resolución Ministerial Conjunta N° 460/2021 de la Pcia. de Bs. As.

II. La Fiscalía de Estado provincial se agravia porque —a su criterio— no se acreditó la verosimilitud del derecho invocado, y sostiene que las normas cuestionadas por la amparista son razonables debido al contexto epidemiológico imperante. Asimismo, subraya que tampoco se acreditó el peligro en la demora, y destaca que debe tener en cuenta el interés público en juego. Hace reserva del caso federal, y —finalmente— solicita que se revoque la medida cautelar antedicha.

Por su parte, el Ministerio de Salud plantea varios agravios. En primer lugar, entiende que la vía escogida es improcedente, porque no existe ilegalidad ni arbitrariedad en las normas cuestionadas, por lo cual no debió habilitarse. En segundo término, sostiene que estamos ante una ausencia de caso en los términos del art. 116 CN, ya que la amparista no identifica situaciones concretas en las que la normativa recurrida genere daño a sus derechos, sino que se limita a hacer una exposición crítica en abstracto; razón por la cual tampoco debió habilitarse la instancia. En tercer término, sostiene la inadmisibilidad de la medida cautelar como consecuencia de la improcedencia de la vía escogida. En cuarto lugar, cuestiona la declaración de inconstitucionalidad de los arts. 4, 5 6 inc. 1, 10 y 13 inc. 3 de la ley 26.854. El quinto agravio se refiere al incumplimiento de lo dispuesto en el art. 13

de la ley 26.854. Luego sostiene que no existe verosimilitud suficiente en el derecho invocado, que el juez no debe ocupar el lugar del legislador, y que los derechos no son absolutos, refiriendo asimismo que las circunstancias imperantes justifican el accionar del Estado. El séptimo agravio subraya la relevancia del interés público en la cuestión, así como la presunción de legitimidad de toda actuación derivada de los órganos de gobierno. Finalmente, en el octavo agravio, el apelante sostiene que la resolución cautelar anticipa la resolución del fondo del amparo. Luego de hacer reserva del caso federal, el recurrente solicita la revocación de la resolución apelada.

III. Corrido el debido traslado de los recursos, la accionante los contesta en términos similares a los planteados en su demanda, donde sostuvo que las normas cuestionadas violan los derechos fundamentales de su persona, así como numerosos derechos de índole constitucional (libertad de tránsito, conservación de su salud individual, autonomía de la voluntad, entre otros).

IV. Una vez elevadas las actuaciones, se corrió vista al Ministerio Público Fiscal ante esta Cámara, quien —coincidentemente con lo dictaminado en Primera Instancia— sostiene que el pase sanitario es una herramienta mínima de intervención que pretende tutelar la salud pública en el marco excepcional generado por el COVID-19.

Finalmente, los autos quedaron en condiciones de ser resueltos mediante el llamado correspondiente, por lo que a continuación analizaremos el recurso interpuesto.

V. Previo a comenzar con el desarrollo de las cuestiones propuestas a revisión, hemos de señalar que solo se atenderán aquellos planteos que consideramos esenciales a los fines de la resolución del litigio. Cabe aquí recordar por ello, que los jueces no están obligados a analizar todos y cada uno de los pedidos de las partes recurrentes, pues basta que lo hagan respecto de aquellos que se juzgan esenciales y decisivos para el fallo de la causa.

En este sentido, ha sido nuestra Corte Suprema de Justicia quien ha sentado la doctrina según la cual los jueces no están obligados a ponderar una por una y exhaustivamente todas las pruebas agregadas a la causa sino solo aquellas estimadas conducentes para fundar sus conclusiones, ni a analizar todas las cuestiones y argumentos utilizados que a su juicio no sean decisivos (ver LA LEY, 144-611, 27.641-S; LA LEY, 145-346; LA LEY, 148-692, 29.625-S; Fallos: 296:445; 297:333 entre otros).

VI. Sentado lo anterior, y en trance de resolver acerca de la cuestión planteada en la presente incidencia, estimamos necesario precisar ciertas consideraciones previas.

Sucede que el impetrante, mediante su presentación, ha cuestionado de manera directa y exclusiva, disposiciones nacionales provinciales, y ha dado fundamentos específicos en contra de ellas, a través de las cuales se estableció el denominado "Pase libre Covid-19", esto es la Resolución Conjunta N° 460/2021 del Ministerio de Jefatura de Gabinete de Ministros y Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires.

Sentado lo que precede, debemos resaltar que dicho cuestionamiento se vincula a las atribuciones en ejercicio del poder de policía de emergencia, que de uso desarrollan la Federación y las provincias, la CABA y los municipios autónomos argentinos, como componentes de la relación federal.

Tales competencias fueron, antes, y luego de la reforma constitucional de 1994, claramente concurrentes, aunque han sufrido interesantes adaptaciones luego de operada la reforma constitucional de 1994. Ahora, el texto federal aborda una nueva realidad sistémica, existente entre los cuatro sujetos que componen la relación federal, antes enunciados, y uno posible, constituido por las regiones que pudiesen conformarse en el territorio de la Nación (Cfr. art. 124 CN).

Así las cosas, nuestro *aggiornado* federalismo pretende instaurar una nueva relación que es sistémica, dinámica y de interacción permanente, constituida por un sistema "cultural", cuya finalidad es lograr que la democracia representativa crezca y se expanda armónicamente en sus respectivos ámbitos territoriales, con respeto a las realidades locales, ampliando en lo posible las competencias asignadas a cada uno de los actores de la federación, en el marco de la convivencia institucional, y garantizando en tal devenir, los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Bien ha sostenido nuestra Alta Corte de Justicia al respecto, que "(...) de tal manera, el federalismo argentino se torna ahora en un sistema complejo y multitudinario, que intenta, no sin generar cierta conflictividad, localizar su punto de equilibrio, conjugando para ello los principios de lealtad (Néstor Sagüés) y buena fe (Bidart Campos) federales, constituyendo, en definitiva, a partir de los nuevos enlaces, un así denominado "sistema cultural de convivencia" (Cfr. CSJN, Fallos: 340:1695, en Autos "La Pampa c. Mendoza").

Con lo dicho, ha habilitado el sistema constitucional argentino, luego de operada la reforma de 1994, nuevos estándares de complementariedad y concu-

rrencia para atribuir competencias entre el Estado Federal (Cfr. art. 41, 75, inc. 2, 12, 17, 18, 19 CN), o como lo es el supuesto de la normativa de seguridad vial, cuyas pautas de base son dispuestas por una ley federal, y se complementan por los estados provinciales y sus municipios autónomos, en razón de sus peculiaridades autóctonas, pero sin poder controvertir principios básicos que hacen a la vigencia de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Esta regla de complementariedad y concurrencia, es también de aplicación particular para el ejercicio de competencias en materia de policía de emergencia como las que aquí se cuestionan y debaten.

Bien ha señalado en este punto Horacio Rosatti (en Conferencia de cierre a las *Jornadas Constitucionales del Poder,* Corrientes, 30 de junio de 2020) que "(…) esta tesitura es aplicable a la situación de pandemia que asola a la República, donde se actúa un descentralizado y concertado control de las decisiones, generando marcos de cooperación para dar eficacia a las soluciones propuestas".

Con ello, se actúa coordinadamente el poder de policía de emergencia, debiéndose respetar en tal contexto, el denominado "margen de aplicación local" por parte de los Estados Autónomos de la Federación, luego de que el Estado Federal instituye las reglas básicas de actuación en el poder de policía (Cfr. CSJN 1870/2014/CS1, Autos "Castillo", CSJN 4851/2015/RH1, "UCR c. Provincia de Santa Cruz", y "CSJN 3613/2014/CS1 "Alonso de Martina, Marta I. y otro s/ amparo", en votos del Ministro Rosatti)".

Claramente, el mismo será luego autorizado y determinado por la autoridad local, conforme sus peculiaridades, actuando así eficazmente la concurrencia que indica la Constitución en el punto.

Será por ello, entonces, el Juez local provincial, en colaboración con la autoridad federal, quien en primer lugar evaluará el modo de ejercicio del poder de policía de emergencia por parte del Estado Provincial, al habilitar o no las condiciones para la realización de determinadas actividades, tal lo dispone la normativa que rige esta cuestión.

No puede obviarse aquí, en el contexto de lo antes narrado, que si bien el poder de policía está constituido por la potestad de restringir razonablemente la libertad de los individuos con el fin de conservar la armonía de todos, estableciendo reglas de buena conducta, calculadas para evitar la generación de conflictividad, tal accionar no se encuentra exento del control de los jueces, claro está, en el ámbito de su marco competencial, máxime en períodos de emergencia declarada, la que en ningún caso debe exceder los márgenes garantistas indicados por la Constitución.

VII. Sentado lo que precede, debemos señalar que, en los presentes actuados, la amparista requiere una orden judicial a los gobiernos nacional y provincial, para eximirla de exhibir o portar el pase sanitario impuesto por la Disposición Nacional N° 1198/2021 y habilitado por la Resolución Ministerial Conjunta N° 460/2021 de la Pcia. de Bs. As.

El *a quo* habilitó la instancia judicial (contrariamente a lo recomendado por el Ministerio Público actuante en primera instancia), otorgando para su trámite procesal la vía del amparo y concedió, además, la medida cautelar solicitada en demanda. Para ello, tuvo en cuenta que la ley 27.573 no establece la obligatoriedad de la vacunación contra el COVID-19 (al igual que la Resolución N° 2883/2020 del Ministerio de Salud nacional), así como lo dispuesto por la ley 26.529 (de Derechos del Paciente). Y consideró que las normas impugnadas violan el bloque constitucional, especialmente en lo dispuesto por los arts. 14, 14 bis, 16, 19, 28, 31 y 75 inc. 22 CN), ya que limitan la posibilidad de llevar a cabo actividades tales como peticionar a las autoridades, trabajar y ejercer industria lícita, circular, reunirse; transgrediendo asimismo los derechos a la igualdad y a no hacer lo que la ley no prohíbe (arts. 16 y 19 C.N.).

Así las cosas, no podemos dejar de lado que al promoverse la presente acción de amparo, el "eje" del reclamo giró alrededor del intento de que se exima a la amparista de portar o exhibir el "pase sanitario", reclamo que el *a quo* receptó cautelarmente, luego de declararse competente y habilitar la instancia.

Ante ello, debemos recordar nuevamente al *a quo*, que los jueces del sistema democrático debemos interpretar al sistema constitucional desde la teoría de la razonabilidad, ello teniendo en consideración que esta modalidad interpretativa ha sido sin duda desde esta óptica, determinante para el desarrollo de los Estados democráticos de derecho.

Es en tal contexto que la interpretación constitucional se ha constituido en vehículo esencial para efectivizar la garantía y aplicación de los derechos fundamentales, y los principios generales del derecho de los derechos humanos.

Estimamos en consecuencia de lo señalado, que los derechos y los principios que animan al sistema constitucional, funcionan en conjunto como elementos que apoyan su interpretación, en términos de razonabilidad.

Así, la fuerza normativa de la Constitución posee virtualidad suficiente para paliar los enfrentamientos entre la realidad y la pretensión de garantía de los derechos, a través de su función creadora y garantizadora de los mismos. Es que los derechos y los principios se insertan hoy dentro de nuestro sistema constitucional, con una peculiar jerarquización, que impone su protección desde una dualidad concurrente que concita tanto al derecho nacional, como al internacional.

En consecuencia, es real que tanto los derechos como los principios —que derivan de las interpretaciones judiciales— intervienen en la función de promoción de ciertas condiciones de vida para sus titulares, impulsando las ideas de justicia, consenso y progreso social. Pero, aun así, están sometidos a innumerables tensiones, ya que su instalación y protección, supone la configuración de un determinado modelo de Estado, y su compromiso con el respeto y garantía de los derechos. En autos, por ejemplo, y teniendo en cuenta que ningún derecho es absoluto, no solo deben ponderarse los derechos del paciente a un trato digno, a su intimidad y a su autonomía de voluntad (arts. 2 y ccs. Ley 26.529), sino también el contexto social y jurídico que deviene de la pandemia de COVID-19 que azota al mundo, y que requiere necesariamente de la toma de decisiones en el marco de las políticas públicas en materia de salud que cada Estado implemente.

De este modo, debe asumirse que el ejercicio del control judicial ha de tener en cuenta ambas ópticas, la individual y la colectiva. Por lo tanto, si bien no caben dudas acerca del derecho de las personas respecto de la disposición del propio cuerpo (ley 26.529, arts. 56, 59 y ccs. del Cód. Civ. y Comercial), también es cierto que tales derechos deben ser interpretados y aplicados en consonancia con el interés público comprometido. Así lo ha entendido nuestro máximo tribunal, 12/06/2012, Fallos: 335:888, citado en su dictamen por el Fiscal actuante en Primera Instancia en estos autos).

Por ello, el juez constitucional debe constatar, al juzgar en los casos concretos sometidos a su jurisdicción, las exigencias de ciertas condiciones de vida razonables, del desarrollo de nuevas exigencias y necesidades sociales, con los derechos y principios que dimanan de la Constitución.

Y es así que el sistema constitucional aparece concebido no solo como regla de organización, sino como un depósito de la soberanía popular y de los continuos cambios a los que la sociedad es sometida, donde se insertan valores, principios y catálogos de derechos, que funcionan en la medida de su incorporación, como moderadores del Poder y de las relaciones sociales.

Aun sabiendo que siempre existen argumentos y contra argumentos a los que un juez puede recurrir para justificar su decisión, es sabido que ellos no pueden en ningún caso apartarse de la racionalidad comunicativa, a sabiendas de que, como ajustadamente lo expone Alexy, el juez "tiene un campo limitado para decidir, ya que se encuentra acotado por las indicaciones del propio sistema, no pudiendo hacerlo, aunque así lo desee, sin más control que su convicción" (Cfr. Alexy, Robert: "Teoría de los derechos fundamentales", Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993).

Dicho lo anterior, y siendo que las normas puestas en crisis por la amparista resultan ser una consecuencia de las políticas públicas asumidas por el Estado ante la grave pandemia que el COVID-19 ha generado a nivel mundial y particularmente, nacional y local, no importa ya tanto una cuestión de reconocimiento legal, cuanto de aplicación efectiva de normas jurídicas vigentes, salvo que se presente una manifiesta colisión entre la factura legal y alguna disposición constitucional.

Con ello, pretendemos significar que para decidir si una norma que - dictada en un válido marco jurídico de emergencia sanitaria - establece políticas sociales y de salud que involucran un sector que los Poderes Públicos deben resguardar (Cfr. art. 75 inc. 23 CN) es inconstitucional, o simplemente si se evalúa disponer su suspensión preventiva a las resultas de una futura sentencia, los jueces debemos tomar especial nota, no solo de su redacción, sino particularmente de sus efectos, y también de los efectos que conllevará frente a la sociedad, la resolución a ser adoptada.

Dicho lo anterior, estimamos que el Magistrado actuante incurre nuevamente, al despachar esta acción de amparo, en un evidente error judicial, generando con ello una resolución contraria a la ley, a partir de la comisión de una grave equivocación sobre los hechos ventilados en el caso, y la aplicación del derecho.

Es que el *a quo*, tal y como lo han advertido los representantes del Ministerio Público Fiscal en ambas instancias, no debió haber habilitado la presente instancia judicial, debido a que no existió aquí "caso" o "causa".

VIII. Es sabido que, por imperativo constitucional, los jueces solo entienden en "casos" o "causas" (Art. 116 CN). Aun reconociendo que el texto constitucional adolece en este punto de cierta ambigüedad, lo cierto es que hablar de "causa" implica que el Poder Judicial no es un centro de investigaciones de dere-

cho, por lo que cada cuestión en la que interviene, debe ameritar un conflicto previo, a ser dirimido entre partes diferentes, para asegurar el ejercicio concreto de los derechos o la efectiva concreción de las garantías expresadas en la Constitución. El segundo de los agravios vertidos por el Ministerio de Salud de la Nación enfatiza lo dicho, y solicita que se declare mal habilitada la instancia judicial.

Estiman la doctrina y la jurisprudencia, en forma conteste y sostenida en el tiempo, que los jueces no actúan fuera de un proceso, ni ejercen jurisdicción si la misma no es provocada por una parte interesada, ni dictan allí sentencia si esos recaudos no se encuentran dados al momento de fallar el caso. En términos de Germán Bidart Campos "(…) el Poder Judicial solo actúa en causas concretas, y no de oficio", con lo que tratándose de un proceso de amparo individual, como el promovido en Autos, "(…) el agraviado, u otra persona por él, ha de abrir la vía y promover el proceso, con ellos surge la "causa judiciable" (Cfr., del autor citado "Régimen Legal y Jurisprudencial del Amparo" EDIAR. 2018, T°II, p. 176).

Con ello, resulta claro y relevante que, según se lo ha expuesto con diáfana claridad, "(…) un caso, pues, en el sentido constitucional, existe cuando algún asunto que afecte a la constitución, leyes o tratados, se somete a los tribunales por una parte que defiende sus derechos en la forma prescripta por la ley" (Cfr. Bidart Campos, Germán "Régimen…" antes referido, T. II, p. 176, con cita a Story).

Específicamente, se ha señalado que "el recaudo de la existencia de "caso", "causa" o "controversia", y su correlato en la condición de "parte" debe ser examinado con particular rigor cuando se pretende debatir la constitucionalidad de un acto celebrado por alguno de los otros poderes del Estado (CSJN, Fallos: 342:1549 "Publicar SA", del 24/09/2019).

Es que tanto el art. 116 de la Constitución Nacional, en cuanto limita la competencia del Poder Judicial de la Nación a la resolución de "causas", y la idea contenida en el art. 2° de la ley 27 en la medida que dispone que la Justicia federal solo actúa en "casos contenciosos" y a instancias de una "parte", dan a entender claramente que ha de existir un litigio o controversia en la que decidir concretamente el derecho aplicable a una situación en la que alguien o varias personas se encuentren directamente afectadas por un particular evento posiblemente dañoso a sus intereses.

Es por ello que la parte debe demostrar la existencia de un interés especial en el proceso, la afectación de un interés jurídicamente protegido, de orden personal, particularizado, concreto y susceptible de tratamiento judicial, especialmente cuando se pretende debatir la constitucionalidad de un acto celebrado por alguno de los otros poderes del Estado. Por ende no es suficiente una invocación generalizada de un interés, pues ello deformaría las atribuciones del Poder Judicial en sus relaciones con el Ejecutivo y la Legislatura, y lo expondría a la imputación de ejercer el gobierno por medio de medidas cautelares (CSJN "Mosquera", 03/04/2003, JA, 2003-III-63).

Ingresando ya en el ámbito específico del proceso de amparo, y siendo claro de que no se trata aquí del intento de tutela de derechos humanos de la tercera generación, se requiere para la procedibilidad de la vía, o dicho de otra forma, para habilitar la instancia, que exista un agravio personal y directo, ya que el acto lesivo debe afectar a una persona determinada, que es la parte que resulta agraviada o interesada. Bien ha sostenido en este punto la jurisprudencia, que "(…) la habilitación de la instancia es el acceso a la justicia, y no decide sobre el resultado del pleito o los posibles fundamentos de la sentencia a dictarse" (Cfr. CNFed. Cont. Adm., Sala II, 18/07/1995, "Calzar SA c. Estado Nacional/Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos").

Consideramos, entonces, que no existe aquí "caso" en los términos previstos por el Art. 116 CN. El sistema federal argentino no prevé el cuestionamiento directo, por parte de un ciudadano, de la constitucionalidad de una norma "en abstracto". Y precisamente la presentación de la amparista puede ser calificada —sin dudas— como "genérica", ya que no acreditó la necesidad de llevar a cabo alguna actividad para la cual se exija el pase sanitario, lo cual imposibilita vislumbrar no solo el recaudo del peligro en la demora (sin el cual la medida cautelar dictada es improcedente), sino también la existencia de caso judicial que amerite verificar la ilegalidad o arbitrariedad manifiesta que habilita la intervención judicial tutelar, ya que claramente ello no alcanza aquí a aducir modo alguno de "defensa de la legalidad constitucional" que motive la intervención de un juez federal al respecto.

Por otra parte —y esto también es relevante para ponderar la inexistencia de caso judicial— tampoco se avizora que la normativa atacada imponga a la amparista vacunarse en contra de su voluntad (lo que puede decidir según su libre albedrío, conforme al derecho a la autonomía de la voluntad consagrado en la ley 26.529), ni indicó la misma que se le haya obligado a ello hacia el futuro.

Debido a las consecuencias de lo resuelto, resulta innecesario el tratamiento de los restantes agravios.

IX. En síntesis, la vía no debió ser habilitada, atento a la inexistencia de "caso judicial", por lo que corresponde revocar el auto atacado en todos sus términos,

y rechazar la demanda promovida en Autos, atento su manifiesta improcedencia.

En cuanto a las costas de ambas instancias, no encontramos razones para apartarnos del principio general imperante en la materia, por lo que deben ser cargadas a la accionante en su calidad de vencida (art. 68 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, art. 14 Ley 16.986).

Por todo lo expuesto, este Tribunal resuelve: I. Disponer el rechazo *in limine* de la acción de amparo, revocando con ello la habilitación de la instancia dispuesta por el *a quo*, y consecuentemente dejar sin efecto la medida cautelar dictada en Autos. II. Imponer las costas de ambas instancias en el orden causado (art. 68 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, art. 14 Ley 16.986); III. Oportunamente, ordenar el archivo del expediente principal y sus incidentes, atento la manifiesta improcedencia del planteo efectuado. Regístrese. Notifíquese. Devuélvase. Se deja constancia que se encuentra vacante el cargo de tercer integrante de este Tribunal (art. 109 RJN); que los jueces han firmado electrónicamente esta sentencia desde sus respectivos despachos; y que en el día de la firma de esta sentencia en el Sistema *Lex 100* notifiqué electrónicamente la presente a las partes con domicilio constituido. — *Eduardo P. Jiménez. — Alejandro O. Tazza.*

PASE SANITARIO

Acción de amparo destinada a que se declare la inconstitucionalidad de la resolución que crea el llamado "Pase Libre COVID-19". Rechazo. Ausencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta.

Con nota de Diego P. Isabella

1. — En el estrecho cauce de examen propio de la vía intentada, no se observa en el caso la existencia de una arbitrariedad manifiesta —en los términos exigidos por el art. 43 de la CN y 20 de la CP— que permita avizorar una afectación manifiestamente irrazonable o arbitraria, actual o inminente de los derechos que se denuncian como conculcados por el llamado "Pase Libre COVID-19".

2. — Los argumentos centrales expuestos por la amparista a los efectos de justificar la admisibilidad de la acción, relativos a la alegada restricción de garantías constitucionales básicas por el llamado "Pase Libre COVID-19", resultan a todas luces insuficientes a los efectos de abastecer los requisitos necesarios para la admisibilidad de la acción intentada.

3. — La res. conj. 460-MJGM-2021 del Ministerio de Jefatura de Gabinete de Ministros, Ministerio de Salud (con la modificación de la res. conj. 474-MJGM-2021 y 496-MJGM-2021) prevé los casos de aquellas personas que por razones médicas debidamente justificadas no pueden inocularse, lo que descarta sin más el agravio esgrimido en orden a que el precepto cuestionado no contempla a quienes por problemas de salud no se deben inocular.

4. — Dentro del estrecho marco de conocimiento de la acción intentada— no se observa —con la patencia necesaria— una restricción absoluta de los derechos de las personas no vacunadas —como alega el apelante— sino, en cambio, la limitación para realizar determinadas actividades en ciertos espacios que importan riesgo epidemiológico para los terceros.

5. — La aludida coerción que surgiría del llamado "Pase Libre COVID-19" no resulta ostensible, pues —mientras las vacunas no resulten obligatorias— el ejercicio del derecho a no vacunarse —a la luz de lo dispuesto por el art. 19 de la CN— se encuentra sujeto a las normas que reglamentan su ejercicio (arts. 14 y 28, CN) y a la no afectación de los derechos de los terceros (art. 19, CN).

6. — La limitación dispuesta por el llamado "Pase Libre COVID-19" no aparece, dentro de los reducidos márgenes de examen propios de la acción intentada, como palmariamente irrazonable o desproporcionada en función de otros derechos que se encuentran en juego en la especie y también son materia de protección.

7. — La resolución ministerial que crea el llamado "Pase Libre COVID-19" no aparece, en el estrecho cauce de conocimiento que permite la acción de amparo, como manifiestamente arbitraria o ilegítima, pues las restricciones excepcionales allí establecidas se sustentan en el cuidado de la salud pública (de todos los habitantes de la Provincia en un cuadro de emergencia sanitaria en función de la pandemia, que exhibe —además— una creciente e inusitada gravedad de la que no se registran antecedentes históricos semejantes).

8. — La medida administrativa que crea el llamado "Pase Libre COVID-19" se inscribe liminarmente en esa finalidad, en orden a evitar tanto el riesgo de contagios —sobre todo en la población más vulnerable— como la saturación del sistema de atención de salud, con las dificultades que esto último genera tanto para los

pacientes graves con COVID como para aquellas otras personas que poseen otros padecimientos que son postergados en función de las patologías COVID.

9. — No se vislumbra con la claridad alegada que la exigencia de contar con algún grado de inmunización para realizar determinadas actividades en ciertos espacios colisione con el ámbito de la autonomía de la voluntad que ha de reconocerse a los particulares respecto de las decisiones que atañen a su propia salud.

CContenciosoadministrativo, San Martín, 11/01/2022. - Márquez, Elizabet Dina y otros c. Estado Provincial s/ acción de amparo.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/79/2022]

Causa N° 9540

2ª Instancia.- General San Martín, enero 11 de 2022.

Antecedentes:

I. Con fecha 23/12/2021 la parte actora inició la presente acción de amparo contra la Provincia de Buenos Aires, con el objeto de que "se decrete la inconstitucionalidad de la Resolución "Firma Conjunta Ministerial número RESOC-2021-460-GDEBA-MJGM, Referencia EX-2021-31629385-GDEBA-DPALMSALGP", denominado "Pase Libre Covid-19", y se dicte Medida cautelar autosatisfactiva urgente a fin que se suspenda los efectos y/ o aplicación de la misma de forma inmediata para resguardar nuestros derechos constitucionales hasta tanto recaiga sentencia definitiva en la presente acción.

Asimismo, requirió la habilitación de días inhábiles a fin de permitir la tramitación de la medida cautelar peticionada; y para el caso de no resultar suficiente dicha requisitoria, la habilitación de la feria judicial del mes de enero del 2022 ante el Juzgado de turno correspondiente.

II. Con fecha 23/12/2021, el Tribunal en lo Criminal N° 4 de San Martín resolvió: "Rechazar 'In Limine' la acción de amparo interpuesta por Elizabeth Dina Márquez y otros, sin costas, por los fundamentos expuestos en las consideraciones *ut supra* vertidas, como así también la medida cautelar intentada y la habilitación de días y horas inhábiles solicitada (arts. 28 de la CN, 32 de la C.A. D.H. y 2, 8 y 9 de la ley 13.928)".

Para así decidir consideró, en lo sustancial, lo siguiente:

a) Que se presenta la Dra. Elizabeth Diana Márquez, por derecho propio y en carácter de patrocinante de Jonathan David Hart, Valeria Elizabeth Hart, Uriel Sanchez, Patricia Glayds Castro, Jorgelina Gabriela Rodríguez, Gustavo Daniel Espinos, Federico Augusto Dabbah, Melisa Paola Morano, Graciela Beatriz Blanco, Laura Liliana Dámico, Daniela Viviana Cuatrín, Karina Eliana Tiraboschi, Olga Beatriz Ortiz, Pablo Ezequiel Acuña y Ana Nerida Colina Bisetti, promoviendo acción de amparo contra el Estado de la Provincia de Buenos Aires, con el objeto que se decrete la inconstitucionalidad de la Resolución "Firma Conjunta Ministerial Resoc-2021-460-GDBA-MJGM, denominado "Pase Libre Covid-19".

Asimismo, peticiona se dicte medida cautelar autosatisfactiva urgente, a fin que se suspenda los efectos y/o aplicación de la misma de forma inmediata. b) Que la actora fundamenta su petición en el hecho de que la resolución impugnada le causa un perjuicio para desempeñar sus actividades profesionales, de lo cual provienen sus sustentos vitales, derecho a profesar el culto, a circular, a la salud, entre otros. Y a tenor de ello, que la actora especifica que establecer un pase sanitario conlleva la obligatoriedad de la aplicación de la llamada vacuna para prevenir el Covid-19.

En tal sentido, refiere que la parte demandante, expresa y afirma que la cuestionada resolución afecta el derecho a la seguridad, a la igualdad ante la ley, al bienestar general, el derecho a peticionar a las autoridades, a la vida y la supervivencia de quienes transiten o residan en la provincia de Buenos Aires.

Relata que la actora considera que la norma en cuestión resulta arbitraria e ilegal, peticiona en consecuencia, la suspensión inmediata de sus efectos y a tal fin, propicia la habilitación de días y horas inhábiles, como así de la feria judicial.

c) Que, previa cita de la normativa y jurisprudencia aplicables, el tribunal *a quo* indica que la resolución Ministerial cuestionada no es arbitraria, por cuanto la situación descripta por el presentante da cuenta de una afectación con restricciones que resultan razonables y temporarias ante la excepcionalidad de la pandemia que cursamos, y tienen como finalidad la preservación de un valor común, esencial e indispensable para la sociedad toda, como lo es la salud. En ese contexto, en modo alguno deviene inconstitucional tal resolución.

Explica el órgano sentenciante que con motivo de la situación sanitaria de público conocimiento, la República Argentina, como las provincias que la conforman, dispusieron una serie de medidas restrictivas de acuerdo a la evolución y la propagación del virus, las que deben entenderse excepcionales y temporarias en pos del bien común.

Indica que va de suyo que ello conlleve limitaciones al ejercicio de los derechos de la población, con repercusiones negativas en lo individual, pero con el fin último de garantizar la propia vida y preservar la salud pública, siendo que el mundo entero, en miras de salvaguardar intereses superiores y pretendiendo proteger a la sociedad en su conjunto, dicta constantemente normas y resoluciones como la que aquí se cuestiona.

Hecha tal reseña, el *a quo* concluye en que la declaración de inconstitucional de una norma, es un acto de suma gravedad institucionalidad, por cuanto las leyes que se dictan de acuerdo a los mecanismos previstos y gozan de la presunción de legalidad y legitimidad.

Entiende el sentenciante que, en el caso, no se configuran los recaudos que hacen a la procedencia sustancial del proceso especial incoado (cfr. CSJN, Fallos: 320:1339; 314:1091; y SCBA LP, causa A. 73.886, "Martín", sent. del 29 de noviembre de 2017), por cuanto no se advierte con la patencia necesaria la existencia de una arbitrariedad o ilegalidad ostensible o manifiesta en la conducta estatal puesta en crisis que permita la utilización de esta acción para los fines perseguidos por la accionante; ni tampoco satisfecha la fundamentación de la pretendida declaración de inconstitucionalidad de la normativa cuestionada, que le es exigible.

d) Observa que, en lo inherente al examen de razonabilidad (art. 28 de la CN) de la Resolución Ministerial de la Provincia de Buenos Aires, se evidencia absoluta proporcionalidad de los medios con la finalidad que se persigue. En este sentido, se procura el cuidado de la salud de la población frente al flagelo indiscutido de la pandemia. De modo que, en miras de tal objetivo, la medida procura evitar la propagación del virus para alejar las conocidas y lamentables consecuencias que su contagio acarrea.

Sostiene el *a quo* que, en el fondo, lo que se busca es proteger un interés colectivo, como es la salud de toda la población, que constituye un valor esencial e imprescindible para el desarrollo de los demás derechos. En ese contexto, el ejercicio de un derecho individual debe amoldarse a la emergencia, conjugarse con esta, y por lo tanto no implica una negación arbitraria de derechos la medida dispuesta, sino su regulación acorde a la coyuntura, que resulta razonable ante la situación temporal que demanda y así prioriza los máximos cuidados en la salud.

e) Considera el *a quo* que la regulación cuestionada no implica una alteración en el ejercicio de derechos, una arbitrariedad. Por el contrario, observando la finalidad que vela por el bien de toda la población, se exigen determinados requisitos hasta que la situación excepcional cese o se atempere y permitan revertirla.

Desde esta perspectiva, aduce el sentenciante, que debe velarse por un equilibrio, en donde la salud de la población es un bien que incuestionablemente debe resguardarse, sin que se advierta que los derechos invocados por los presentantes impliquen una urgencia o gravedad excepcional frente a dicho interés colectivo, a punto de habilitar la acción de amparo, ni la medida cautelar. Por tanto, al resultar razonable la regulación Ministerial, lejos está de existir con su implementación una alteración arbitraria de principios, garantías o derechos reconocidos en las Constitución Nacional (art. 28).

f) Con respecto a lo manifestado por la amparista en relación a que la no obligatoriedad de la vacuna, no puede importar una obligatoriedad escondida, ni mucho menos un cercenamiento de derechos, apunta que la normativa cuestionada no impide la circulación de las personas, sino que exige ciertas condiciones por motivos sanitarios.

g) Como corolario de lo expuesto, concluye en que no existe afectación Constitucional alguna con la resolución Ministerial implementada. Las razones de orden público en materia de salud y sanitarias decretadas en el marco de la pandemia actual, encuentran respaldo en los organismos internacionales y recomendaciones científicas y autoridades sanitarias en beneficio de la población en su conjunto, por lo que tal acto Ministerial goza de razonabilidad republicana (art. 28 de la CN y 32 de la CADH). Por ello afirma que no se hallan acreditados los extremos necesarios para la viabilidad de la procedencia de la acción intentada.

III. Con fecha 25/12/2021, la letrada de la amparista interpuso recurso de apelación contra la resolución referida, en los términos del art. 48 del Cód. Proc. Civ. y Comercial.

Se agravió la accionante por el rechazo *in limine* de la acción. Expresó que la acción articulada no pretende la declaración de inconstitucionalidad de forma inmediata, sino la no aplicación de la norma en los casos traídos a estudio por cuanto la norma en crisis produce la violación de normas constitucionales y derechos fundamentales.

En esa línea, indicó que el Tribunal *a quo*, al centrar su análisis en la constitucionalidad de la norma y no en la lesión constitucional, deja de lado el objeto mismo del proceso, evitando adentrarse en el análisis del agravio para abordar directamente el examen de la constitucionalidad de la norma.

Aseveró que en el caso existen situaciones delicadas y extremas en las que peligran derechos fundamentales, cuya vulneración es flagrante y supera lo meramente opinable.

Observó que la norma impugnada plantea la inexistencia de alternativas válidas para esas personas que han decidido no vacunarse, y que hoy ven absolutamente restringidos sus derechos, sin que se pueda interpretar que la finalidad de la norma representa un cuidado y protección del derecho a la salud en tanto no contempla a quienes, por problemas, justamente, de salud no se deben inocular o porque ignora la fase de investigación en la que se encuentra aún hoy.

Agregó que tampoco es posible saber a largo plazo (por ejemplo) qué efectos tendrá en el cuerpo esta nueva tecnología que podrá impactar en la genética de quien la recibe.

De allí —sostuvo—, que la vía legal sea el amparo, por cuanto no hay proceso alguno que pueda en la situación planteada solventar una solución rápida.

Se agravió pues consideró que la resolución impugnada es manifiestamente arbitraria en cuanto el Tribunal *a quo* reconoce la vulneración de derechos, pero afirma que son razonables y temporarias, sin fundamentar el examen de razonabilidad en hechos ciertos y basados en datos científicos o en la realidad social que avalen semejantes restricciones.

Continuó afirmando que el pase sanitario carece de fundamentación científica, médica y legal, por lo que su exigencia es ilegal.

Destacó que se trata de un documento de corte discriminatorio, estigmatizante, vulnerador de los derechos fundamentales, mediante el cual se pretende controlar y limitar la libre circulación de las personas, vulnerando las disposiciones reguladoras de protección de datos, y coaccionando a la sumisión de actos médicos invasivos no exigibles, a través del cual se insta a las personas a someterse a la inoculación de alguna de las vacunas contra la Covid-19, o a someterse a una prueba de detección con resultado negativo en las últimas 48/72 horas o a aportar un certificado médico de haberse recuperado de la enfermedad.

Apuntó que siendo ilegal obligar o coaccionar a las personas a someterse a ensayos clínicos o experimentos humanos y a pruebas de investigación, además de ser inespecíficas, y no estar identificado el supuesto agente mediante su aislamiento, purificación y secuenciación, ni pudiendo extenderse certificados en base a pruebas inespecíficas; ninguna autoridad, funcionario o particular puede exigir dicho documento so pena de incurrir en conductas constitutivas de delito de coacciones por particulares al que sin estar legítimamente autorizado compeliere a otro a efectuar lo que no quiere; o delitos contra derechos individuales cometidos por autoridades en el art. 542 del CP. Concluyó agraviándose de que el Tribunal apelado no consideró la medida cautelar solicitada, ni acogió favorablemente su petición, aún si se considerase que no existe arbitrariedad, por la manifiesta ilegalidad que conlleva el acto impugnado.

IV. Con fecha 27/12/2021, el Tribunal *a quo* concedió el recurso y ordenó su traslado, el que fue no contestado por la demandada pese a estar debidamente notificada —conf. constancias de notificación del 27/12/2021—.

V. Que habiendo sido recibidas las actuaciones en este Tribunal el 03/01/2022 en formato digital, se establecen las siguientes cuestiones a resolver:

1ª ¿Qué criterio corresponde adoptar con relación a la habilitación de feria? 2ª En su caso, ¿Resulta ajustada a derecho la resolución recurrida?

1ª cuestión. — El doctor *Saulquin* dijo:

1°) Siendo que este Tribunal se encuentra afectado al servicio de feria durante el mes de enero del año en curso (cfr. Ac. 4036/2021 SCBA), creo oportuno recordar que la habilitación de la feria constituye un trámite de excepción y de interpretación restrictiva, que requiere como necesario presupuesto la ocurrencia de urgencia en el tratamiento de la cuestión planteada y la objetiva posibilidad de que el retardo frustre un derecho del peticionario o le ocasione un perjuicio irreparable (cfr. esta Alzada —durante el servicio de feria— en las causas N° 450/06, "IGT 33 SA c. Dirección Prov. de Comercio Prov. Bs. As. s/ amparo", res. del 25/01/2006; N° 335/05, "Rizzo, Luis Alberto c. Ministerio de Salud s/ amparo", res. del 13/01/2006; y N° 1739/09, caratulada "Arroyo, Jerónimo s/ amparo", res. del 21/07/2009, entre otras).

El mencionado carácter restrictivo obedece a que la habilitación de feria configura materia de orden público, desde que la suspensión de las funciones judiciales durante ese período es de carácter obligatorio para jueces y justiciables (cfr. CC0001 LZ, causa N° 67.517, "Rojas, Rodolfo N. c. Municipalidad de Tigre s/ Incidente Art. 250", res. del 20/01/2010).

Así, la actuación del Tribunal de feria corresponde en forma excepcional, solo para casos de urgencia en que la falta de un resguardo o de una medida especial, en un momento determinado, puede causar un mal irreparable. La habilitación de la feria judicial está restringida a supuestos de verdadera y comprobada urgencia, no deviniendo de automática aplicación

por el solo hecho de tratarse de medidas cautelares (cfr. CC0101 MP, causa N° 76.562, "Ramos, Pascual c. Alerma SRL. y Lopez, Ernesto s/ Medidas cautelares", res. del 07/01/1991); no correspondiendo tampoco si no se justifica el perjuicio que irrogaría la demora en adoptar la decisión requerida, ni se invocan motivos de urgencia que la tornen ineficaz por el mero hecho de que se resuelva en el período ordinario (cfr. CC0100 SN, causa N° 94.531, "Fernández, Martha del C. s/ sucesión ab - intestato", res. del 20/07/2015).

2°) Bajo tales parámetros, cabe aclarar en primer término que el pedido de habilitación de feria solicitado por la actora de manera preventiva en el escrito liminar de demanda resulta improcedente por no haber sido planteado en el momento procesal oportuno, atento a que la feria judicial aún no había dado inicio.

Sin perjuicio de ello, y visto que el recurso de apelación incoado persigue la revocación de la sentencia apelada —mediante la cual el Tribunal *a quo* rechazó *in limine* la acción intentada— y la concesión de la medida cautelar solicitada, corresponde habilitar de oficio la feria judicial —conf. art. 153 Cód. Proc. Civ. y Comercial— de acuerdo a las especiales circunstancias de la causa, que involucran una temática de evidente impacto en la realización de las actividades de la vida diaria. Así voto.

La doctora *Bezzi* votó a la cuestión planteada en igual sentido y por los mismos fundamentos.

2ª cuestión. — El doctor *Saulquin* dijo:

1°) En primer lugar, cabe aclarar que el recurso de apelación interpuesto resulta formalmente admisible. Es que fue presentado en escrito fundado, contra la sentencia que rechazó *in limine* la acción y la medida cautelar solicitada, y dentro del plazo previsto normativamente (conf. arts. 16 y 17 de la Ley N° 13.928).

2°) Sentado ello y a efectos de resolver la cuestión sustancial debatida, creo oportuno señalar, por una parte, que la parte actora inició la presente acción de amparo contra la Provincia de Buenos Aires, con el objeto de que se decrete la inconstitucionalidad de la Resolución "Firma Conjunta Ministerial número RESOC-2021-460-GDEBA-MJGM, Referencia EX-2021-31629385-GDEBA-DPALMSALGP", denominado "Pase Libre Covid-19", y se dicte medida cautelar autosatisfactiva urgente a fin que se suspenda los efectos y/ o aplicación de la misma de forma inmediata. Ello con sustento en la alegada restricción de garantías constitucionales básicas (desempeñar actividades profesionales, profesar el culto, circular, a la salud, a la seguridad, a la igualdad ante la ley, al bienestar general, el derecho a peticionar a las autoridades, a la vida y a la supervivencia de quienes transiten o residan en la provincia de Buenos Aires) a las personas que no han sido inoculadas con la vacuna contra el Covid-19, y por ende no ostenten el pase sanitario impugnado.

Por otra parte, resulta oportuno destacar que el Tribunal de grado resolvió rechazar *in limine* la acción intentada y la medida cautelar solicitada, por entender en lo sustancial que no se encontraba configurada en el caso la arbitrariedad o ilegalidad ostensible o manifiesta en la conducta estatal puesta en crisis, ni tampoco estaba satisfecha la fundamentación de la pretendida declaración de inconstitucionalidad de la normativa cuestionada.

Y que, ante dicha resolución, se alzó la parte actora insistiendo en la ilegalidad y arbitrariedad de la normativa cuestionada.

3°) Sentado lo expuesto, es dable referir que la Resolución Conjunta N° 460-MJGM-2021 - Ministerio de Jefatura de Gabinete de Ministros Ministerio de Salud (con la modificación de la Resolución Conjunta N° 474-MJGM-2021) *prima facie* implementa "...a fin de optimizar el avance en la vacunación y limitar la concurrencia de personas no vacunadas, o con esquemas de vacunación pendientes, a lugares de elevado riesgo epidemiológico..." un "Pase Libre Covid" a efectos del "....desarrollo aquellas actividades que, por su naturaleza, implican mayor riesgo de contagio para la población, y así minimizar la posibilidad de transmisión del virus, ante el arribo de nuevas Variantes de Preocupación (VOC) del SARS-CoV-2 (OMICRON) y otras que pudieran sumarse a nuestro escenario epidemiológico...".

En ese marco, se desprende que dicha Resolución establece el "Pase Libre Covid" como requisito para asistir a aquellas actividades realizadas en el territorio provincial que representan mayor riesgo epidemiológico, además de cumplir con los protocolos, recomendaciones e instrucciones de las autoridades sanitarias. Se indica que el mismo consistirá en la acreditación, por parte de todas las personas mayores de trece años, de al menos dos dosis de la vacuna contra la Covid-19, aplicadas por lo menos catorce días antes (art. 1).

Se dispone asimismo que se deberá contar con el "Pase Libre Covid" para la realización de las siguientes actividades, a partir del 21 de diciembre de 2021:

I. Actividades culturales, deportivas, religiosas y recreativas en espacios cerrados: centros culturales gimnasios, cines, eventos deportivos que signifiquen aglomeración de personas; salones de fiestas y boliches, fiestas, casamientos, actos y reuniones con gran participación de personas; bares y restaurantes.

II. Realización de trámites presenciales ante organismos públicos provinciales y/o municipales.

III. Trámites presenciales ante entidades privados, cuando impliquen aglomeramiento de personas.

IV. Trabajadores que realicen atención al público, ya sea de entidades públicas o privadas.

Por su parte, el artículo 2° establece que los organizadores, titulares o responsables de las actividades sujetas a lo dispuesto en la presente resolución conjunta, tendrán a su cargo el control de la acreditación del "Pase Libre Covid", en los accesos a las mismas. Y, además se prevé que el incumplimiento de las medidas dispuestas por dicha resolución, podrá dar lugar a la aplicación de las sanciones previstas en el Decreto - Ley N° 8841/1977, conforme al procedimiento establecido por los Decretos N° 3707/1998 y N° 1/2021, pudiendo dar intervención a la autoridad competente, en el marco de los artículos 205, 239 y concordantes del CP (art. 3).

Por otra parte, en fecha 20/12/2021 se publicó la Resolución Conjunta 496-MJGM-2021 cuyo artículo 4 establece que "En relación a los trámites detallados en el artículo 1°, puntos II y III de la Resolución Conjunta N° 460/2021, se deberá solicitar, como requisito previo al ingreso de persona, la exhibición de los medios detallados en el artículo 1° de la presente, que acreditan el cumplimiento del "Pase Libre Covid", siempre y cuando el mismo deba ser realizado de manera presencial y en lugar cerrado. Podrán ser eximidos de dicha presentación las personas que concurran a fin de realizar los trámites previstos, cuando por razones médicas no puedan vacunarse, comprobado mediante la presentación del certificado médico correspondiente. En todos los casos se deberá dar cumplimiento a las medidas preventivas generales y obligatorias, protocolos, recomendaciones e instrucciones de autoridades sanitarias aprobadas por las autoridades provinciales competentes para cada actividad".

4°) En las condiciones descriptas, anticipo que la decisión recurrida debe ser confirmada, aunque por los fundamentos que a continuación se expondrán.

Resulta fundamental precisar en primer lugar que no se advierte con la patencia necesaria la existencia de una arbitrariedad o ilegalidad ostensible o manifiesta que permita la utilización de esta acción.

Es que, para que una acción de amparo resulte procedente, la arbitrariedad o ilegalidad del acto contra la que aquella se dirige deben evidenciarse en forma manifiesta, o sea de un modo descubierto, patente, claro, ostensible, palmario, notorio. La exteriorización que no revista esa indiscutible patencia y que en todo caso pueda resultar meramente opinable excluye el carácter manifiesto de la arbitrariedad o ilegalidad y por ende la viabilidad del amparo lo cual implica que aquellos vicios tienen que aparecer visibles al examen jurídico más superficial, de modo que la nota fundamental de este instituto no está dada propiamente por la inexistencia de discusión en torno al derecho invocado por el impetrante, sino por la indiscutibilidad de la pretensión enjuiciada (cfr. SCBA, Ac 75817 S 11/09/2002, C 92.257 S 11/11/2009, Juez Soria (SD), "Lessi, Néstor B. s/ recurso de amparo. medida cautelar de no innovar"; y esta Cámara *in re:* causas N° 4552, caratulada "Emperador, Samanta L. y Puhlovsky, Fabián R. c. Asociación Educacionista Argentina-Instituto La Salle s/ amparo", sentencia del 10 de febrero de 2015; N° 6065, caratulada "Miani, Miguel y otros c. Municipalidad de Vicente López s/ amparo", sentencia del 15 de mayo de 2017; N° 5874, caratulada "Cerri, Eduardo R. c. Municipalidad de Tres de Febrero s/ amparo", sentencia del 13 de junio de 2017 y N° 6468, caratulada "Gontín, Gustavo C. y Gontín, Gabriela S. c. Municipalidad de Tigre s/ amparo", sentencia del 5 de octubre de 2017, entre muchas otras).

Sobre la base de evidencia o notoriedad que tiene que revestir el acto lesivo, la jurisprudencia se ha pronunciado reiteradamente en el sentido de que el andarivel de marras es inadmisible cuando las cuestiones planteadas como fundamento del carril elegido son opinables o discutibles (CSJN, "Fallos", 270:69; 271:165; 273:84; 274:186; 281:394; 297:65; 310:622; 311:208; entre otros) (Ac. 63788, 21/05/2003). Ver también este Tribunal *in re:* causas N° 4552, caratulada "Emperador, Samanta L. y Puhlovsky, Fabián R. c. Asociación Educacionista Argentina-Instituto La Salle s/ amparo", sentencia del 10 de febrero de 2015; N° 6065, caratulada "Miani, Miguel y otros c. Municipalidad de Vicente López s/ amparo", sentencia del 15 de mayo de 2017; N° 5874, caratulada "Cerri, Eduardo R. c. Municipalidad de Tres de Febrero s/ amparo", sentencia del 13 de junio de 2017 y N° 6468, caratulada "Gontín, Gustavo C. y Gontín, Gabriela S. c. Municipalidad de Tigre s/ amparo", sentencia del 5 de octubre de 2017, entre muchas otras).

5°) Bajo tales parámetros, y en el estrecho cauce de examen propio de la vía intentada, insisto, como anticipara, que no se observa en el caso de autos la existencia de una arbitrariedad manifiesta —en los términos exigidos por el art. 43 de la CN y 20 de la CP— que permita avizorar una afectación manifiestamente irrazonable o arbitraria, actual o inminente de los derechos que se denuncian como conculcados.

Los argumentos centrales expuestos por la amparista a los efectos de justificar la admisibilidad de la acción, relativos a la alegada restricción de garantías constitucionales básicas, resultan a todas luces insu-

ficientes a los efectos de abastecer los requisitos necesarios para la admisibilidad de la acción intentada.

Así, puede apreciarse que la cuestión traída a conocimiento de la magistratura por esta reducida vía de conocimiento carece de las notas de arbitrariedad o ilegitimidad manifiestas, indispensables para darle curso a la excepcional acción intentada.

En primer término, es dable puntualizar que la Resolución Conjunta N° 460-MJGM-2021 - Ministerio de Jefatura de Gabinete de Ministros, Ministerio de Salud (con la modificación de la Resolución Conjunta N° 474-MJGM-2021 y 496-MJGM-2021) prevé los casos de aquellas personas que por razones médicas debidamente justificadas no pueden inocularse, lo que descarta sin más el agravio esgrimido en orden a que el precepto cuestionado no contempla a quienes por problemas de salud no se deben inocular.

Por su parte, también entiendo oportuno referir que —dentro del estrecho marco de conocimiento de la acción intentada— no se observa —con la patencia necesaria— una restricción absoluta de los derechos de las personas no vacunadas —como alega el apelante— sino, en cambio, la limitación para realizar determinadas actividades en ciertos espacios que importan riesgo epidemiológico para los terceros.

En tales condiciones, la aludida coerción a la que refiere el recurrente, a mi juicio y dentro de este contexto de análisis, no resulta ostensible pues —mientras las vacunas no resulten obligatorias— el ejercicio del derecho a no vacunarse —a la luz de lo dispuesto por el art. 19 de la CN— se encuentra sujeto a las normas que reglamentan su ejercicio (arts. 14 y 28 CN) y a la no afectación de los derechos de los terceros (art. 19 CN).

En el caso, puede apreciarse que la limitación dispuesta no aparece, dentro de los reducidos márgenes de examen propios de la acción intentada, como palmariamente irrazonable o desproporcionada en función de otros derechos que se encuentran en juego en la especie y también son materia de protección.

Esencialmente y a mero título enunciativo, me refiero a la salud pública en general y a la salud de las personas de riesgo en particular que la autoridad, en su condición de gestor del bien común, ha de tutelar. Tutela que —al menos de modo patente— no desborda el excepcional y grave contexto epidemiológico de la pandemia suscitada por el virus del Covid-19 y no se presenta como claramente irrazonable a la luz de los derechos comprometidos en juego.

En ese sentido, tal como anticipé, considero que la resolución ministerial cuestionada no aparece —en el estrecho cauce de conocimiento que permite la acción de amparo— como manifiestamente arbitraria o ilegítima pues las restricciones excepcionales allí establecidas se sustentan en el cuidado de la salud pública (de todos los habitantes de la Provincia en un cuadro de emergencia sanitaria en función de la pandemia, que exhibe —además— una creciente e inusitada gravedad de la que no se registran antecedentes históricos semejantes.

Entiendo así que la medida administrativa dispuesta se inscribe liminarmente en esa finalidad, en orden a evitar tanto el riesgo de contagios —sobre todo en la población más vulnerable— como la saturación del sistema de atención de salud, con las dificultades que esto último genera tanto para los pacientes graves con Covid como para aquellas otras personas que poseen otros padecimientos que son postergados en función de las patologías Covid.

6°) En este sentido, cabe recordar que nuestro Máximo Tribunal tuvo oportunidad de expedirse recientemente —aunque de modo cautelar en una acción originaria de inconstitucionalidad— con respecto a la temática en estudio, concluyendo en que la resolución que crea el llamado "Pase libre Covid" "... no resultaría ostensiblemente conculcatoria de derechos preeminentes. Es que no avanza hasta ese extremo de imposición coercitiva, sino que, respetuosa de la decisión del litigante a no vacunarse, le establece limitaciones y exige esfuerzos —algunos indudablemente importantes, pero siempre comparativamente menores— para no generar un riesgo adicional de contagio para el resto de las personas. Así las cosas, no se evidencia en el caso, al menos en esta etapa preliminar, la conculcación de derechos que tornaría verosímil el planteo cautelar".

En ese orden de ideas, la SCBA señaló que tampoco puede perderse de vista la finalidad de la norma atacada, por lo que la tutela intentada en el caso —eximición al actor de portar un pase sanitario— "Mal podría fundarse en la mera alegación del presunto "derecho a no vacunarse" emanado del art. 19 de la CN —que llegado el caso podría encontrarse sujeto a las normas que, como la aquí impugnada, lo reglamenten—, pues el planteo formulado exige sopesar la totalidad de los derechos en juego sin perder de vista que no se trata, como afirma el demandante, de la imposición de la obligatoriedad de inocularse con un producto experimental (v. punto II.a del escrito inaugural), sino de una medida profiláctica adoptada en un contexto tan excepcional como grave, en la generalidad de los países del mundo, para evitar, como se señalara, la afectación de derechos de terceros.

De allí que no se vislumbre con la claridad alegada que la exigencia de contar con algún grado de in-

munización para realizar determinadas actividades en ciertos espacios colisione con el ámbito de la autonomía de la voluntad que ha de reconocerse a los particulares respecto de las decisiones que atañen a su propia salud (ver causa C. 111.870, "N.N. o U.V. Protección y guarda de personas", sent. de 06/10/2010)." (SCBA LP B 77613 RSI-1069-21 I 29/12/2021; Carátula: Ordóñez, José L. c. Gobierno de la Provincia de Buenos Aires s/ Amparo. Cuestión de competencia; Magistrados Votantes: Genoud-Soria-Torres-Kogan).

7°) En tales términos, considero que las cuestiones planteadas por la amparista exceden el acotado margen de examen propio de la acción de amparo, requieren visiblemente de un mayor debate y prueba que el que permite la vía elegida y deben ser abordadas en el marco de un juicio de pleno conocimiento.

En efecto, nótese en tal sentido que en el extenso escrito de inicio la actora cuestiona —en síntesis— las leyes 27.491 y 27.573, la modalidad de autorización de las vacunas, la confidencialidad de los componentes, que se ha limitado el acceso a la información pública, la invocación acerca de un abuso de posición dominante y la inmunidad de los laboratorios, la falta de proporcionalidad entre la autonomía de la libertad de las personas. También se alega acerca del carácter experimental de las vacunas respecto a las cuales se asevera que se intentan aprobar sin cumplir con las fases, que se trata de un ensayo clínico, que se debe respetar la autonomía de la voluntad de cualquier ciudadano a participar en un "experimento médico", que el reporte de vigilancia que provee el Ministerio de Salud ha informado que de los 227 fallecidos en el mes de octubre de 2021, 27 no estaban inmunizados; cuestionando también la efectividad de las vacunas.

Tales manifestaciones evidencian, sin mayor hesitación, que la temática propuesta desborda claramente el estrecho marco de debate y prueba admitida en este tipo de proceso.

8°) En ese orden de ideas, no configurándose una arbitrariedad o ilegitimidad de carácter manifiesto y atento que existen otras vías idóneas para la defensa de los derechos que la parte amparista entiende conculcados la acción intentada resulta inadmisible, por lo que el rechazo *in limine* Litis se impone (arts. 20 inc. 2, última parte de la Const. Pcial. y 2 inc. 1 y 8 de la Ley N° 13.928, T. O. Ley N° 14.192).

En atención al modo en que propongo resolver la cuestión, resulta inoficioso pronunciarse en relación al planteo cautelar, en su condición de accesorio de la pretensión principal.

9°) Por su parte y en relación a lo manifestado por el recurrente en cuanto a la existencia conductas constitutivas de delito de coacciones por particulares al que sin estar legítimamente autorizado compeliere a otro a efectuar lo que no quiere; o delitos contra derechos individuales cometidos por autoridades en el art. 542 del CP; he de referir que no advierto en la especie la posible comisión de delitos, por lo que no corresponde que efectúe denuncia alguna (conf. art. 287 inc. 1 CPP). Ello no impide en modo alguno que el actor, si posee la verosímil creencia de que se han cometido delitos, articule las denuncias que estime corresponder en el fuero correspondiente (art. 285 Código de Procedimiento Penal).

10°) Por todo lo expuesto, propongo a mi distinguida colega: 1) Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la parte actora; 2) En consecuencia, confirmar, aunque por los fundamentos aquí esgrimidos, la resolución apelada en todo cuanto fue materia de agravio; 3) Hacer saber lo indicado en el considerando 9°. 4) Sin costas atento las particularidades del caso; 5) Diferir lo atinente a la regulación de honorarios para el momento procesal oportuno. Así voto.

La doctora *Bezzi* votó a la cuestión planteada en igual sentido y por los mismos fundamentos, con lo que terminó el acuerdo dictándose la siguiente resolución.

Por los fundamentos expuestos, este Tribunal resuelve: 1°) Habilitar la feria judicial de oficio a los efectos del tratamiento del recurso articulado en autos (art. 153 Cód. Proc. Civ. y Comercial); 2°) Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la parte actora; 3°) En consecuencia, confirmar aunque por los fundamentos aquí esgrimidos la resolución apelada en todo cuanto fue materia de agravio; 4°) Hacer saber lo indicado en el considerando 9° del voto. 5°) Sin costas atento las particularidades del caso; 6°) Diferir lo atinente a la regulación de honorarios para el momento procesal oportuno Sin costas atento las particularidades del caso; 7°) Diferir lo atinente a la regulación de honorarios para el momento procesal oportuno. Regístrese, notifíquese urgente a la parte actora en su domicilio electrónico y oportunamente, devuélvase. — *Jorge A. Saulquin. — Ana M. Bezzi.*

¿Derechos afectados frente al pase sanitario COVID-19?

Diego P. Isabella (*)

Sumario: I. Referencia inicial.— II. El caso resuelto por la Cámara Contencioso Administrativa de San Martín.— III. Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires.— IV. Decisión de la Cámara Contencioso Administrativa de San Martín.— V. Del fallo de la Cámara Federal de Mar del Plata.

I. Referencia inicial

Las especiales circunstancias que afectan la salud pública frente al virus COVID-19, y sus mutaciones han requerido la adopción de medidas limitativas de derechos, que *a priori* huelen a inconstitucionales. Tal el caso del "Pase Sanitario COVID-19", entre otras que han restringido derechos y libertades.

En esta breve nota a fallo me permito compartir con mis colegas el contenido de un fallo saludable, en todos los sentidos de la palabra, sin otra pretensión que permitirnos seguir pensando sobre un tema álgido y que sin duda dejará una huella imborrable en nuestras vidas; que será objeto de mayores análisis y estudios durante años por parte de nuestra disciplina. Ello con la seguridad de que el tiempo nos permitirá valorar con mayor objetividad, y alejadas las pasiones, el ejercicio que, del poder de policía, y de la policía administrativa, se ha hecho en estos tiempos difíciles.

II. El caso resuelto por la Cámara Contencioso Administrativa de San Martín

En el caso, la actora inició acción de amparo contra la provincia de Buenos Aires con el objeto de que "se decrete la inconstitucionalidad de la Resolución 'Firma Conjunta Ministerial número RESOC-2021-460-GDEBA-MJGM, Referencia EX-2021-31629385--GDEBA-DPALM-SALGP', denominado 'Pase Libre COVID-19', y se dicte Medida Cautelar Autosatisfactiva Urgente a fin que se suspendan los efectos y/o aplicación de la misma de forma inmediata para resguardar nuestros derechos constitucionales hasta tanto recaiga sentencia definitiva en la presente acción".

El Tribunal en lo Criminal N° 4 de San Martín, interviniente en el amparo, resolvió rechazar *in limine* la acción de amparo interpuesta por la actora, como así también la medida cautelar intentada y la habilitación de días y horas inhábiles solicitada (arts. 28 de la CN, 32 de la CADH y 2º, 8º y 9º de la ley 13.928).

Apelada que fuere por la actora, se elevó a la Cámara Contencioso Administrativa de San Martín.

Anticipo que, en el caso del Pase Sanitario, la CCont. Adm. de San Martín, a través del voto del Dr. Saulquin al que adhiere la Dra. Bezzi —debo reconocer—, luce fundado, y a mi criterio —si se me permite—, acertado. Frente a situaciones tan delicadas y que admiten disparidad de criterios, es reconfortante que los fallos arrojen certidumbre (además oportuna) a la sociedad.

La relatividad de los derechos, y su consecuente sujeción a la reglamentación (razonable y proporcionada) que de ellos se haga, en procura del bien común, es uno de los primeros palotes que nuestros profesores de Derecho Constitucional nos enseñan.

(*) Abogado, especialista en Derecho Administrativo Económico. Director del Instituto de Derecho de Acceso a la Justicia de la Asociación Argentina de Justicia Constitucional. Docente en la materia.

En muchas ocasiones, nuestra sociedad toma posiciones extremas cuando de la confrontación, o mejor dicho, cuando de la armonización de derechos se trata. Ya anticipaba Orlando Pulvirenti **(1)**, asertivamente, la necesidad de analizar adecuadamente el entrelazamiento de los derechos individuales con los colectivos, y la responsabilidad colectiva derivada.

En esta parcela de conflictos se mete de lleno el fallo aquí anotado **(2)**, emanado de la Cámara Contencioso Administrativa de San Martín. El fallo efectúa un análisis que, si bien se realiza en la etapa liminar de admisibilidad del amparo, resulta contundente y esclarecedor al resolver, fundadamente, por el rechazo de la acción.

Para ello, y frente a la alegada confrontación del derecho individual a no vacunarse (y de disponer libremente de los derechos vinculados o derivados), frente al derecho colectivo de la salud pública, los camaristas entienden que no se da un supuesto de manifiesta arbitrariedad en el caso, y anticipan una postura que permite inferir la validez constitucional de la restricción que conlleva la exigencia del pase sanitario.

La decisión así tomada cita, como fundamentos, los antecedentes inmediatos elaborados por la Suprema Corte de Justicia bonaerense, la que había rechazado pedidos cautelares contra el Pase COVID-19 en el marco de acciones originarias de inconstitucionalidad (art. 161, CPBA).

III. Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires

La Suprema Corte provincial había sostenido, en relación con el pase COVID-19, que "(...) no resultaría ostensiblemente conculcatoria de derechos preeminentes. Es que no avanza hasta ese extremo de imposición coercitiva, sino que, respetuosa de la decisión del litigante a no vacunarse, le establece limitaciones y exige esfuerzos —algunos indudablemente importantes, pero siempre comparativamente menores— para no generar un riesgo adicional de contagio para el resto de las personas. Así las cosas, no se evidencia en el caso, al menos en esta etapa preliminar, la conculcación de derechos que tornaría verosímil el planteo cautelar" **(3)**.

En ese orden de ideas, la SCBA señaló que tampoco puede perderse de vista la finalidad de la norma atacada, por lo que la tutela intentada en el caso —eximición al actor de portar un pase sanitario—, "[m]al podría fundarse en la mera alegación del presunto 'derecho a no vacunarse' emanado del art. 19 de la Constitución nacional —que llegado el caso podría encontrarse sujeto a las normas que, como la aquí impugnada, lo reglamenten—, pues el planteo formulado exige sopesar la totalidad de los derechos en juego sin perder de vista que no se trata, como afirma el demandante, de la imposición de la obligatoriedad de inocularse con un producto experimental (v. punto II.a del escrito inaugural), sino de una medida profiláctica adoptada en un contexto tan excepcional como grave, en la generalidad de los países del mundo, para evitar, como se señalara, la afectación de derechos de terceros" **(4)**.

Es contundente la Suprema Corte al sostener:

"(...) De allí que no se vislumbre con la claridad alegada que la exigencia de contar con algún grado de inmunización para realizar determinadas actividades en ciertos espacios colisione con el ámbito de la autonomía de la voluntad que ha de reconocerse a los particulares respecto de las decisiones que atañen a su propia salud (ver causa C. 111.870, 'N. N. o U. V. Protección y guarda de personas', 06/10/2010)" **(5)**.

---

(1) PULVIRENTI, Orlando, "Constitucionalidad del pase sanitario 'COVID-19'", 05/01/2022, www.saij.gob.ar.

(2) CCont. Adm. de San Martín, causa nro. 9540 caratulada "Márquez, Elizabeth D., Estado Provincial - Provincia de Buenos Aires, Hart, Jonathan D., Hart, Valeria E., Sánchez, Uriel, Castro, Patricia G., Rodr. s/ amparo (recurso de)", res. del 11/01/2022.

(3) SCBA LP B 77613 RSI-1069-21 I; Carátula: "Ordóñez, José L. c. Gobierno de la Provincia de Buenos Aires s/ amparo - cuestión de competencia", 29/12/2021, Magistrados Votantes: Genoud - Soria - Torres - Kogan.

(4) SCBA LP B 77613 RSI-1069-21 I, Carátula: "Ordóñez, José L. c. Gobierno de la Provincia de Buenos Aires s/ amparo - cuestión de competencia", 29/12/2021; Magistrados Votantes: Genoud - Soria - Torres - Kogan.

(5) SCBA LP B 77613 RSI-1069-21 I; Carátula: "Ordóñez, José L. c. Gobierno de la Provincia de Buenos

IV. Decisión de la Cámara Contencioso Administrativa de San Martín

La Cámara Contencioso Administrativa de San Martín, siguiendo la misma línea argumental, también entendió que el ejercicio del presunto derecho particular conculcado, a la luz del art. 19, CN, está sujeto (al igual que todos los derechos), a las normas que reglamenten su ejercicio, conforme lo disponen los arts. 14 y 28 de la CN, y a que, con su ejercicio, no se afecten derechos de terceros (art. 19, CN).

Frente a la confrontación del ejercicio del derecho particular del actor, de poder realizar ciertas actividades sin la utilización del pase sanitario, y el derecho a la salud pública en general, y a la salud de las personas de riesgo mayor en particular, la Cámara privilegia a estos últimos, que merecen (a su entender) la tutela de la autoridad, sobre todo en el marco del excepcional y grave contexto epidemiológico de la pandemia mundial generada por el virus COVID-19.

La conclusión es que la resolución ministerial cuestionada, que exige el pase sanitario para ciertas actividades de mayor riesgo de contagio y propagación del virus, luce legítima ya que las restricciones allí previstas se afincan en la preservación de la salud pública en un cuadro de emergencia sanitaria derivada de la pandemia. Así, la finalidad prevista por aquella —v.gr., la de prevenir contagios y la propagación del virus, y evitar la saturación del sistema de salud— se encuentra razonablemente resguardada por la norma.

Me arriesgo a agregar que, en el abanico de derechos e intereses colectivos en juego, también debe estar considerada la preservación de los mayores costos presupuestarios del servicio de salud que generarían quienes (voluntariamente) prefieren no vacunarse, y, con ello arriesgarse no solo a contraer el virus, sino a las mayores consecuencias de agravamiento de la enfermedad derivadas de esa condición, y su repercusión en el sistema de salud.

Es de mencionar —y constituye un dato importante— que no se ha cuestionado la violación al principio de legalidad en el caso. Por ello, resultaría interesante saber cuál hubiera sido la respuesta judicial frente a un planteo de ese tenor atento que la restricción a derechos individuales deriva de una norma inferior a la ley; en el caso, de una resolución ministerial; ni siquiera de un decreto de necesidad y urgencia. Dejamos planteada esa inquietud.

V. Del fallo de la Cámara Federal de Mar del Plata

Muy recientemente, la Cámara Federal Contencioso Administrativa de Mar del Plata, en autos "Acuña, Luciana c. Gobierno Nacional - Ministerio de Salud s/ inc. de apelación", causa 14002/2021/2, de enero de 2022, iniciado contra la Disposición Nacional 1198/21 y la resolución ministerial conjunta 460/2021 de la provincia de Buenos Aires, resolvió rechazar un amparo y la medida cautelar solicitada, en una línea argumental similar a la reseñada anteriormente, pero con algunos matices interesantes.

Como señalamos, la Cámara Federal centra la cuestión adecuadamente al sostener que el tema pasa por resolver acerca de la validez de las atribuciones ejercidas en el marco del poder de policía de emergencia por parte de las demandadas.

Al derivar el cuestionamiento, del actor, respecto de distintas normas nacionales y provinciales, parte de analizar la mayor complementariedad y concurrencia de competencias entre los Estados federal, provincial y municipal, derivados de la reforma constitucional de 1994, aplicándolo al caso en concreto del ejercicio del poder de policía de emergencia.

El Tribunal Federal destacó que el eje del planteo del actor "...giró alrededor del intento de que se exima a la amparista de portar o exhibir el 'pase sanitario', reclamo que el *a quo* receptó cautelarmente, luego de declararse competente y habilitar la instancia".

Parte de la base de que ningún derecho es absoluto, y que no solo deben ponderarse los derechos del paciente a un trato digno, a su intimidad y a su autonomía de voluntad, sino que también deben conjugarse estos con el contexto social y jurídico que deviene de la pandemia

Aires s/ amparo - cuestión de competencia"; 29/12/2021, Magistrados Votantes: Genoud - Soria - Torres - Kogan.

que azota al mundo, es decir, que deben tomarse en cuenta ambas ópticas: la individual y la colectiva. Los derechos individuales deben ser interpretados y aplicados en consonancia con el interés público comprometido, sostienen.

En el fallo la Cámara, en poco habituales y duros términos, se tilda la actuación del *a quo* de "evidente error judicial" y una "grave equivocación sobre los hechos ventilados" en conjunción a la aplicación del derecho.

Ello en cuanto, a su criterio, no existió un "caso" o "causa" en los términos de la Constitución Nacional (art. 116, CN).

Entendieron que el actor no acreditó un agravio personal y directo ya que califica a su acción de "genérica", en tanto "...no acreditó la necesidad de llevar a cabo alguna actividad para la cual se exija el pase sanitario, lo cual imposibilita vislumbrar no solo el recaudo del peligro en la demora (sin el cual la medida cautelar dictada es improcedente), sino también la existencia de caso judicial que amerite verificar la ilegalidad o arbitrariedad manifiesta que habilita la intervención judicial tutelar, ya que claramente ello no alcanza aquí a aducir modo alguno de 'defensa de la legalidad constitucional' que motive la intervención de un juez federal al respecto".

Si bien la Cámara federal sopesó en el *obiter* el principio constitucional de razonabilidad en relación directa al ejercicio del poder de policía de emergencia, termina resolviendo en la *ratio* rechazar el amparo ante la inexistencia de "causa" o "caso" judicial.

Para cerrar esta breve nota a los fallos mencionados, me permito expresar una cuestión personal, luego de haber padecido en dos oportunidades el virus; la primera de ellas casi me lleva a la muerte. Más allá de las ideologías, de quien gobierne y de quien sea oposición, nos debemos a nosotros mismos ser honestos intelectualmente, sin importar nada más. Cuando estemos convencidos del error, pues bien, actuemos para que se corrija, sino apoyemos, siempre en libertad de conciencia.

COMERCIO DE MEDICAMENTOS

Sociedades excluidas de la posibilidad de ser titulares de farmacias. Facultades concurrentes de las provincias y la Nación. Norma que no contradice a la Nación. Poder de policía sanitaria. Disidencia.

Con nota de Juan B. Garda

1. — La facultad ejercida por la provincia de Buenos Aires a través de la ley 10.606 para regular lo atinente a la titularidad de los establecimientos farmacéuticos no se revela como desproporcionada con la finalidad perseguida de bien público; por el contrario, el legislador provincial ha ejercido sus facultades en forma razonable, y no arbitraria, pues se basó en propósitos de salud pública, ampliando la protección de los pacientes garantizada en la regulación nacional, como una opción que cabe reputar como válida.

2. — El art. 14 de la ley 10.606 no configura un indebido avance provincial sobre la atribución del Congreso Nacional para dictar los códigos de fondo y legislar sobre el derecho de comprar y vender bienes. La norma regula el ejercicio de la actividad profesional en el ámbito local, sin alterarse las condiciones bajo las que se comercializan los bienes (art. 75, inc. 13, CN) ni la regulación nacional en materia de expedición de títulos (art. 75, inc. 18, CN).

3. — Corresponde a la regulación provincial contemplar el interés general involucrado en el ejercicio de la actividad de expendio de productos farmacéuticos, de conformidad con sus propias políticas públicas. De este modo, serán válidas constitucionalmente las distintas modulaciones o limitaciones en el concreto ejercicio de la actividad, en aras de coordinar el interés privado con el interés general, siempre y cuando sean razonables.

4. — Al no discutirse la comercialización y distribución de medicamentos en todo el territorio nacional, sino solo su expendio en establecimientos situados en el territorio de la provincia de Buenos Aires, la materia bajo examen no encuadra en las facultades que el ordenamiento jurídico vigente reconoce como exclusiva y excluyente del Congreso de la Nación. Tampoco se trata de una materia expresamente vedada a la provincia. Por ende, corresponde concluir que se trata de una competencia de incumbencia compartida y concurrente.

5. — El expendio de medicamentos, por sus especiales características, es una actividad inescindible del ejercicio de la profesión farmacéutica. Corresponde a las competencias provinciales el ejercicio de las profesiones liberales en sus respectivas jurisdicciones, siempre que no desconozca la eficacia del título nacional habilitante. Ello permite a las autoridades provinciales establecer, dentro de la razonabilidad, requisitos y modulaciones para asegurar la rectitud y responsabilidad con que las profesiones liberales son ejercidas.

6. — El bienestar de los ciudadanos, el federalismo, la descentralización institucional, y la aplicación efectiva de los derechos del consumidor constituyen una estructura de principios suficiente para sustentar la competencia concurrente para regular la actividad farmacéutica; y siendo una facultad compartida con la Nación por su objeto, la autoridad provincial ejerce la porción del poder estatal que le corresponde; el poder de policía en su ámbito propio implica reconocer a la provincia una atribución reglamentaria, cuya modelación para promover el bien común permite reconocer un grado de valoración estatal local con relación al fin especial que persigue: la protección de la salud.

7. — El simple hecho de que ambas jurisdicciones —Nación y Provincia— regulen un asunto de maneras diferentes no es suficiente para invalidar la norma local, sino que es necesario que haya una "repugnancia efectiva", un "conflicto irreparable"; y en línea con estas pautas, la parte actora debía —además de invocar la disparidad entre las normas— probar que la aplicación de la ley provincial entorpecía severamente la política nacional fijada en la ley 17.565 y los decs. 2284/1991 y 240/1999, lo cual no se verifica en el caso.

8. — Incumbe a la provincia decidir el nivel de protección de la salud pública que debe garantizarse en el expendio de medicamentos en los establecimientos farmacéuticos. Que el legislador local —a diferencia del nacional— haya optado por un sistema que a su parecer permite asegurar un nivel más elevado de protección de la salud pública y en particular el abastecimiento adecuado de medicamentos a la población no alcanza para demostrar una "repugnancia efectiva" en los términos de la jurisprudencia de la Corte Suprema. Una interpretación diferente sería incompatible con la amplitud de las atribuciones que las legislaturas provinciales se reservaron para promover el bienestar de sus poblaciones y con la

consiguiente proscripción de cualquier interpretación extensiva de aquellas normas que introduzcan límites a dicho poder provincial.

9. — La ley 10.606 de la provincia de Buenos Aires no constituye una restricción excesiva para las libertades económicas de las empresas, sin que en el caso se haya alegado ni, mucho menos, acreditado que la no inclusión del tipo societario de la actora entre aquellas personas que pueden ser titulares de farmacias afecte la sustentabilidad económica de la empresa ni que interfiera, en forma esencial, en la distribución y venta de estas mercancías. En definitiva, no se ha demostrado que las restricciones cuestionadas importen un menoscabo del derecho a ejercer toda industria lícita.

10. — Los aspectos regulados por el art. 14 de la ley 10.606 de la provincia de Buenos Aires nada dicen sobre la capacidad de las personas —humanas o jurídicas— para adquirir derechos o contraer obligaciones ni restringen las posibilidades de ser titulares de dominio alguno, sino que solo definen bajo qué formas societarias el profesional farmacéutico puede llevar a cabo una de las funciones a las que se asignó particular atención: la dispensa de medicamentos al público. Se trata, lisa y llanamente, del derecho a ser propietario de la habilitación y no del derecho a ser propietario de un derecho real sobre la cosa. Esa potestad está comprendida dentro del poder de policía de competencia exclusiva del órgano local, en tanto atañe a las pautas de cumplimiento necesarias para el ejercicio de la actividad farmacéutica (del voto del Dr. Irurzun).

11. — La preeminencia que se ha asignado al derecho a la salud como derecho humano básico, esencial y colectivo, justifica con suficiencia la mayor intensidad reglamentaria aplicada al ejercicio de la actividad farmacéutica y las restricciones impuestas para garantizar la efectividad de las garantías fundamentales en juego. Su proporcionalidad y razonabilidad superan ampliamente el control de constitucionalidad reclamado (del voto del Dr. Irurzun).

12. — La ley 10.606 de la provincia de Buenos Aires excluye a las sociedades anónimas de aquellos sujetos que pueden ser propietarios de una farmacia. Tal regulación legal establece una restricción que no aparece como razonable, pues no se advierte el cumplimiento de qué finalidad pública vinculada a la protección de la salud se persigue con el hecho de exigir que la propiedad de las farmacias sea exclusivamente de ciertos sujetos y no de otros, excluyendo tipos societarios (del voto en disidencia de la Dra. Sotelo de Andreau).

13. — No se advierte que el medio —exclusión de las sociedades anónimas de la posibilidad jurídica de ser propietarias de una farmacia— guarde una relación de adecuación y proporcionalidad con la finalidad declarada en la Constitución Nacional y los tratados internacionales de proteger la salud y la vida de la población (del voto en disidencia de la Dra. Sotelo de Andreau).

14. — Al ser bien jurídico protegido la salud pública, la existencia de restricciones al tipo societario que puede ser propietario de una farmacia y la ausencia de tales restricciones respecto a la propiedad de asociaciones, clínicas, sanatorios y policonsultorios, en los que se desempeñan otros profesionales de la salud, pone de manifiesto la irrazonabilidad del art. 14 de la ley 10.606 de la provincia de Buenos Aires (del voto en disidencia de la Dra. Sotelo de Andreau).

15. — El art. 14 de la ley 10.606 viola el principio de igualdad en tanto determina que solo algunas personas jurídicas se vean beneficiadas con la posibilidad de habilitar o ser propietarias de farmacias (del voto en disidencia de la Dra. Sotelo de Andreau).

CS, 30/06/2021. - Farmacity SA c. Fisco de la Provincia de Buenos Aires y otro s/ pretensión anulatoria – recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/101805/2021]

CSJ 118/2017/RH1

Buenos Aires, junio 30 de 2021.

Considerando:

1°) Que Farmacity SA (en adelante Farmacity SA) promovió demanda contra la Provincia de Buenos Aires con el objeto de obtener la declaración de nulidad de la resolución 35/2012 dictada por el Ministerio de Salud de esa provincia y de la nota 1375/11 y la disposición 1699/11 emitidas por la Dirección Provincial de Coordinación y Fiscalización Sanitaria. Asimismo, solicitó que se declare la inconstitucionalidad de los arts. 3° y 14 de la ley local 10.606 (t.o. ley 11.328).

Relató que mediante los actos mencionados se le denegó una solicitud genérica para operar en el ámbito provincial y un pedido de habilitación para

poner en funcionamiento una farmacia en la localidad de Pilar.

Adujo que el art. 14 de la ley 10.606, al enumerar las personas que pueden ser autorizadas a instalar farmacias, no incluye a las sociedades anónimas, lo que vulneraría diversas normas federales, entre ellas el decreto nacional 2284/1991 de Desregulación Económica, en especial su art. 13, y los arts. 14, 16, 28, 75, incs. 12, 13 y 18, 121 y 126 de la Constitución Nacional.

Alegó además que el art. 3° de la ley provincial cuestionada, al establecer una serie de restricciones en cuanto a la localización de las farmacias, vulnera el régimen de la libre competencia consagrado en el art. 42 de la Constitución Nacional y la ley 25.156, como también el mencionado art. 13 del decreto 2284/1991.

2°) Que la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires rechazó el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley deducido por la actora y confirmó la sentencia de la instancia anterior que había rechazado la demanda.

Indicó que la enumeración contenida en el art. 14 de la ley 10.606 con respecto a los sujetos que pueden ser propietarios de establecimientos farmacéuticos resulta taxativa. Ello deriva, según sostuvo, de la letra de la norma y del carácter de servicio de utilidad pública que posee la industria farmacéutica.

Expuso que el art. 13 del decreto 2284/1991, en cuanto establecía que cualquier persona física o jurídica puede ser propietaria de farmacias, solo resultaba de aplicación obligatoria en la entonces Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, toda vez que el art. 119 de esa norma solo invitó a las provincias a adherir al régimen allí establecido.

Puntualizó que, si bien mediante el decreto provincial 3942/1991 el gobernador adhirió a los principios del régimen de desregulación estatuido por el citado decreto 2284/1991, de ello no se desprende la derogación automática del art. 14 de la ley 10.606, pues la incorporación al régimen local de lo establecido en aquella norma exigía actuaciones legislativas y administrativas ulteriores que en definitiva no se concretaron.

Sostuvo que la mera sanción de una norma nacional no tiene como consecuencia directa la derogación de toda la normativa local que ha sido dictada en ejercicio de facultades propias, como es la relativa al gobierno de las profesiones.

En ese orden de ideas, expresó que la ley 10.606, al regular la propiedad de los establecimientos farmacéuticos, reglamenta una determinada modalidad de ejercicio profesional, competencia que corresponde a los poderes locales. Además, indicó que la exclusión de las sociedades anónimas como sujetos que pueden ser titulares de farmacias se revela como una manifestación del poder de policía en materia de salubridad que corresponde a las provincias, mientras que la Nación lo ejerce dentro del territorio de aquellas cuando expresamente le ha sido conferido o resulta una consecuencia de alguna facultad constitucional, supuestos que, a su criterio, no se configuran en el caso.

Negó que el art. 14 de la ley 10.606 vulnere la facultad del Congreso Nacional para dictar los códigos de fondo, consagrada por el art. 75, inc. 12, de la Constitución Nacional.

Sostuvo que la ley local, al regular la propiedad de las farmacias, determina las condiciones exigidas para poder desarrollar una actividad que requiere habilitación expresa, materia que no integra el derecho común que el Congreso Nacional debe establecer mediante la legislación de fondo, sino el poder de policía a cargo de las provincias.

Expresó que la norma impugnada posee la razonabilidad necesaria para superar el test de constitucionalidad. En ese orden de ideas, indicó que el argumento de que la salud pública resultaría suficientemente protegida con la exigencia de que un farmacéutico se desempeñe como director técnico, como había alegado la actora, constituía una mera apreciación personal del recurrente, inidónea para invalidar el criterio adoptado por el legislador.

Añadió que la delimitación de quiénes pueden ser titulares de farmacias mantiene una directa relación con diversos aspectos fundamentales de la organización de la actividad, que resultan independientes de la forma en que se estructura la dirección técnica, y también permite individualizar a las personas físicas que prestan el servicio.

Además, negó que el art. 14 de la ley impugnada conculque la garantía de igualdad consagrada en el art. 16 de la Constitución Nacional. Para fundar esa aseveración, indicó que las sociedades anónimas presentan características específicas que justifican un tratamiento diverso con relación a los tipos societarios que, de acuerdo a aquella norma, pueden ser propietarios de farmacias.

Por último, consideró inoficioso resolver acerca de la validez constitucional del art. 3° de la ley 10.606, en razón del modo en que decidió lo relativo al art. 14 de esa ley.

Por su parte, el juez Soria efectuó en su voto algunas consideraciones adicionales, destacando que el

art. 14 de la ley provincial cuestionada establece las modalidades de ejercicio de la profesión de farmacéutico, sin alterar las condiciones bajo las cuales se comercializan los bienes. Concluyó que las definiciones legales contenidas en la ley 10.606 son del resorte exclusivo de las autoridades locales, por lo que no se advierte que el legislador provincial se haya extralimitado en el ejercicio de sus potestades.

3°) Que, contra esa decisión, Farmacity SA interpuso el recurso extraordinario de fs. 36/55 vta. que, denegado, dio origen a la queja en examen.

Arguye que el art. 13 del decreto 2284/1991 derogó todas las restricciones a la propiedad de las farmacias que afectaban a las sociedades comerciales.

Aduce que lo establecido en el art. 119 del decreto mencionado, que invitó a las provincias a adherir al régimen de desregulación, no resulta extensivo a lo dispuesto en el citado art. 13, en el que se reguló una materia propia de la Nación, cuya aplicación a todo el territorio del país resulta directamente operativa.

Alega que la Nación posee atribuciones constitucionales exclusivas para legislar sobre la propiedad de las farmacias, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 75, inc. 12, de la Constitución Nacional. En ese sentido, dice que la normativa federal en materia de farmacias ha sido dictada por el Congreso Nacional en ejercicio de facultades que le han sido atribuidas por la Constitución Nacional y, por ende, tiene prevalencia frente a normas locales que resulten contrarias a sus previsiones.

Argumenta que el art. 14 de la ley 10.606 carece de razonabilidad, pues es la dirección técnica y no la propiedad sobre la farmacia lo que posee una incidencia directa en la correcta prestación del servicio. En ese orden de ideas, plantea que la seguridad, eficacia y disponibilidad de los medicamentos resultan garantizadas por la presencia obligatoria de un director técnico profesional farmacéutico y no por la exclusión de ciertos tipos societarios como propietarios de farmacias.

Concluye que la norma local resulta inconstitucional ya que no guarda una adecuación racional entre el fin perseguido y el medio adoptado para procurar su obtención, aspectos que no habrían sido correctamente tratados por el a quo.

Plantea que la norma cuestionada conculca el principio de igualdad, en tanto admite que otro tipo de sociedades comerciales que también persiguen fines de lucro puedan ser propietarias de farmacias, motivo por el cual no advierte la existencia de un interés superior que autorice a excluirla de lo que concede a entidades similares en idénticas condiciones.

Finalmente, afirma que el planteo de inconstitucionalidad del art. 3° de la ley 10.606 no se ha tornado abstracto en atención a que le asiste el derecho a ser propietaria de establecimientos farmacéuticos de acuerdo con lo prescripto en las normas federales aplicables, en particular el art. 13 del decreto 2284/1991, que no establece restricciones en cuanto a la localización de las farmacias.

4°) Que la señora Procuradora Fiscal entendió en su dictamen que "[...] el art. 14 de la ley 10.606 resulta inconstitucional, pues aun cuando se refiere a la autorización para instalar o enajenar farmacias, en rigor de verdad avanza sobre la regulación de lo concerniente a su titularidad —materia que [...] es de exclusiva competencia del Congreso de la Nación— conculcando de este modo los principios consagrados en los arts. 31 y 75, inc. 12, de la Constitución Nacional". Sobre esas bases, dictaminó que corresponde revocar la sentencia apelada en cuanto declara la validez constitucional del art. 14 de la ley 10.606, declarar la nulidad de los actos locales que se fundan en el impedimento que esa norma prevé y devolver los autos al tribunal de origen a fin de que se pronuncie acerca del planteo de inconstitucionalidad del art. 3° de la ley local 10.606.

5°) Que esta Corte habilitó la intervención de amigos del tribunal y convocó a audiencia pública (ver fs. 184, 209 y 222/222 vta.) de la que dan cuenta las actas agregadas a fs. 349/349 vta. y 369.

6°) Que el recurso extraordinario interpuesto resulta formalmente admisible, toda vez que se ha puesto en tela de juicio la validez de normas provinciales (arts. 3° y 14 de la ley 10.606) bajo la pretensión de ser contrarias a la Constitución Nacional y a otras normas federales y la decisión definitiva del superior tribunal de la causa ha sido favorable a la legislación provincial (art. 14, inc. 2°, de la ley 48).

7°) Que la ley 10.606 de la Provincia de Buenos Aires —en lo que aquí interesa— dispone en su art. 14 (texto según ley 11.328): "Serán autorizadas las instalaciones o enajenaciones de farmacias cuando la propiedad sea: a) De profesionales farmacéuticos con título habilitante. b) De Sociedades Colectivas o Sociedades de Responsabilidad Limitada, integradas totalmente por profesionales habilitados para el ejercicio de la Farmacia. c) De Sociedades en Comandita Simple formadas entre profesionales habilitados para el ejercicio de la Farmacia y terceros no farmacéuticos, actuando estos últimos como comanditarios, no pudiendo tener injerencia en la dirección técnica. Este tipo de Sociedades podrá autorizarse

en cada caso para la explotación de una farmacia y la comandita deberá estar integrada por personas físicas, quienes a los fines de la salud pública, deberá individualizarse ante la autoridad sanitaria. El o los socios comanditarios no podrán participar de más de tres Sociedades propietarias de Farmacias. d) De Establecimientos Hospitalarios públicos dependientes de la Nación, Provincia o Municipios. e) De las Obras Sociales, Entidades Mutualistas y/o Gremiales que desearen instalar una Farmacia para sus asociados, las que deberán reunir los siguientes requisitos: 1. Una antigüedad mínima de cinco años en su actividad social reconocida. 2. Que se obliguen a mantener la dirección técnica efectiva personal de un farmacéutico y lo establecido en el art. 24° de la ley 10.606, cuyas condiciones de trabajo y remuneración mínima se fijarán por el Colegio de Farmacéuticos. 3. Estas Farmacias estarán destinadas exclusivamente al servicio asistencial de los asociados o afiliados de la Entidad o Entidades que las instalen y de las personas a su cargo, cuya nómina y vínculo deberá consignarse en el carnet que lleva el beneficiario, salvo que existiere convenio de reciprocidad de servicios con otras Obras Sociales, Entidades Mutuales y/o Gremiales. 4. Estas Farmacias no podrán tener propósito de lucro y no podrán expender medicamentos y demás productos farmacéuticos a precio mayor que el costo y un adicional que se estimará para cubrir gastos generales y que fijará el Ministerio de Salud. 5. El Balance de estas Farmacias debe estar integrado en el Balance consolidado de la entidad propietaria. 6. Estas Farmacias en ningún caso podrán ser entregadas en concesión, locación o sociedad con terceros, sea en forma declarada o encubierta. Cuando se constatare la transgresión a esta norma se procederá a la inmediata clausura del establecimiento sin perjuicio de otras sanciones que puedan aplicarse según el caso".

8°) Que a nivel nacional la ley 17.565 regula lo atinente a la industria farmacéutica. Esa norma contiene prescripciones referentes a la dirección técnica (Capítulo III), las droguerías (Título II), las herboristerías (Título III), las sanciones estipuladas en caso de infracciones (Título IV), y el procedimiento previsto para su aplicación (Título VI).

Lo referente a la propiedad de los establecimientos farmacéuticos ha sido modificado por el decreto 2284/1991, ratificado por la ley 24.307, en el que se dispuso, entre otras medidas, la desregulación del comercio interior de bienes y servicios. Así, en el art. 13 se estableció que "Cualquier persona física o jurídica de cualquier naturaleza podrá ser propietaria de farmacias, sin ningún tipo de restricción de localización". Asimismo, se invitó a las provincias a adherir al régimen sancionado en el decreto, en lo que a ellas competa (art. 119).

Luego, el decreto 240/1999 aclaró expresamente que fueron derogados los arts. 14, 15 y 16 de la ley 17.565.

9°) Que, sentado lo anterior, cabe recordar que los agravios de la actora se dirigen a cuestionar en primer lugar la competencia de la Provincia de Buenos Aires para legislar la materia, a través del dictado de la ley que se impugna con fundamento en el art. 75, incs. 12, 13, 18 y 19 de la Constitución Nacional.

Asimismo, la demandante pretende que, aun en la hipótesis de que fuesen reconocidas tales facultades a la autoridad provincial, se declare la inconstitucionalidad de la restricción para ser propietario de establecimientos farmacéuticos para ciertos tipos societarios que contiene la norma local, por la afectación de los principios de razonabilidad, igualdad, y libertad económica, entre otros.

10) Que, como fundamento liminar para el estudio del primer agravio, con referencia a las facultades constitucionales de la Provincia de Buenos Aires para legislar en la materia, es preciso recordar 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), 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 Constitución Nacional, y la razonabilidad, que es requisito de todo acto legítimo (Fallos: 7:373; 320:89, 619; 322:2331; 338:1110).

En tales condiciones, es lógico concluir, tal como lo ha hecho la Corte desde sus orígenes, que los actos de la legislatura de una provincia no pueden ser invalidados sino en aquellos casos en que la Constitución concede al Congreso Nacional en términos expresos un exclusivo y excluyente poder; o en los que el ejercicio de idénticos poderes ha sido expresamente prohibido a las provincias; o cuando hay una manifiesta e insalvable incompatibilidad entre la norma provincial y la del Congreso, en cuyo caso debe prevalecer esta última en virtud del principio de supremacía nacional consagrado en el art. 31 de la Constitución Nacional (Fallos: 3:131; 302:1181; 320:619; 322:2331, entre muchos otros).

11) Que a la luz de tales directrices cabe puntualizar que no se discute en autos la comercialización y distribución de medicamentos en todo el territorio nacional, sino solo su expendio en establecimientos

situados en el territorio de la Provincia de Buenos Aires.

En tales condiciones, se advierte que la materia bajo examen no encuadra en las facultades que el ordenamiento jurídico vigente reconoce como exclusiva y excluyente del Congreso de la Nación. Tampoco se trata de una materia expresamente vedada a la provincia. Por ende, corresponde concluir que se trata de una competencia de incumbencia compartida y concurrente.

Ello es así por cuanto la materia involucra, además de la reglamentación del expendio local de este tipo de productos, la regulación del ejercicio de la profesión de farmacéutico, las condiciones de habilitación de los locales y el poder de policía en materia de salubridad.

En efecto, el expendio de medicamentos, por sus especiales características, es una actividad inescindible del ejercicio de la profesión farmacéutica. Corresponde a las competencias provinciales el ejercicio de las profesiones liberales en sus respectivas jurisdicciones, siempre que no desconozcan la eficacia del título nacional habilitante (doctrina de Fallos: 156:290; 224:300; 320:2964; 323:1374). Ello permite a las autoridades provinciales establecer, dentro de la razonabilidad, requisitos y modulaciones para asegurar la rectitud y responsabilidad con que las profesiones liberales son ejercidas (Fallos: 323:2978; 325:1663).

Sin perjuicio de lo expuesto, en este caso, la competencia concurrente también está fundada en el principio de aplicación eficaz de los derechos del consumidor.

En efecto, la norma impugnada pretende proteger la salud de quienes consumen medicamentos, que constituyen un grupo especialmente vulnerable. En este sentido, es pertinente mencionar que si los medicamentos se consumen innecesaria o incorrectamente pueden perjudicar gravemente la salud, incluso sin que el paciente pueda advertirlo durante su administración.

En tales condiciones, también el art. 42 de la Constitución Nacional justifica la existencia de disposiciones provinciales complementarias que tengan por finalidad lograr, junto a las normas nacionales en la materia, una aplicación más efectiva de los derechos del consumidor.

Por otro lado, el consumo excesivo y la utilización incorrecta de medicamentos suponen un derroche de recursos financieros de los sistemas de seguridad social, que resulta perjudicial porque el sector farmacéutico debe responder a necesidades crecientes y genera gastos considerables. Así, incumbe a la provincia demandada someter el ejercicio de la profesión a condiciones estrictas a fin de asegurar el nivel de seguridad y calidad del abastecimiento de medicamentos a la población.

Con arreglo a lo expresado, el bienestar de los ciudadanos, el federalismo, la descentralización institucional, y la aplicación efectiva de los derechos del consumidor constituyen una estructura de principios suficiente para sustentar la competencia concurrente.

Siendo esta una facultad compartida con la Nación por su objeto, la autoridad provincial ejerce la porción del poder estatal que le corresponde; el poder de policía en su ámbito propio implica reconocer a la provincia una atribución reglamentaria, cuya modelación para promover el bien común permite reconocer un grado de valoración estatal local con relación al fin especial que persigue, la protección de la salud.

El modo en que lo hace debe ser respetado, salvo una incompatibilidad constitucional insalvable.

En ese orden de ideas, como se señaló en la reseña normativa, mediante el decreto 2284/1991 el Poder Ejecutivo Nacional —en ejercicio de competencias sustancialmente legislativas— dispuso diversas medidas tendientes a facilitar el comercio, eliminando una gran cantidad de restricciones a la oferta de bienes y servicios en distintos mercados, y dispuso invitar a las provincias a adherir al régimen allí establecido (art. 119). Vale señalar además que en los considerandos de ese decreto se invocó la necesidad de facilitar "[...] la libre instalación de farmacias por parte de cualquier persona física o jurídica que reúna las calidades que se requieren para desempeñarse en esa actividad", lo que expresa la idea de que la actividad estaría limitada por las restricciones que demandase el interés general.

12) Que asentado lo anterior, y dado que ambas jurisdicciones han regulado sobre la misma materia, debe examinarse si existe una incompatibilidad absoluta e inconciliable entre la norma local y la nacional, lo que llevaría a declarar la invalidez de la primera.

En este punto, la actora sostiene que tal incompatibilidad tiene lugar puesto que la ley provincial impone mayores restricciones que la ley nacional con relación a los sujetos que pueden poseer la propiedad de los establecimientos farmacéuticos.

Esa afirmación, sin embargo, no alcanza para determinar su invalidez, según la jurisprudencia de esta Corte.

El Tribunal ha sostenido, desde sus orígenes, que el simple hecho de que ambas jurisdicciones regulen el asunto de maneras diferentes no es suficiente para invalidar la norma local, sino que es necesario que haya una "repugnancia efectiva", un "conflicto irreparable", lo que ocurre cuando la aplicación de la legislación provincial provoca un "óbice al imperio y a los objetivos de la ley nacional de protección", de modo tal que el único camino a transitar por esta Corte sea el de restar validez a las normas locales en orden a restablecer la precedencia del derecho federal (doctrina de Fallos: 3:131; 137:212; 239:343; 300:402; 333:1088, voto de la jueza Argibay).

En línea con estas pautas, la parte actora debía —además de invocar la disparidad entre las normas— probar que la aplicación de la ley provincial entorpecía severamente la política nacional fijada en la ley 17.565 y los decretos 2284/1991 y 240/1999, lo cual no se verifica en el sub examine.

Por lo demás, una lectura integral y armónica de las dos regulaciones permite concluir que son normas complementarias que pretenden avanzar en la concreción de políticas públicas comunes en orden a la protección de derechos fundamentales de la población y, en particular, de los consumidores de productos farmacéuticos.

En este punto, es preciso distinguir la distribución y comercialización de medicamentos a nivel nacional, que corresponde en forma exclusiva a la jurisdicción federal, del expendio de esos productos en el ámbito provincial.

También debe diferenciarse el derecho a ejercer la profesión de farmacéutico, que otorga el título habilitante, con los requisitos para obtener la habilitación de una farmacia. Así, la ley local regula el ejercicio de actividad profesional mediante el establecimiento de una farmacia en el territorio de la Provincia de Buenos Aires.

La articulación de estos dos ámbitos no es una cuestión de jerarquía normativa, sino de esferas competenciales distintas. Esto es, el Estado Nacional adoptó medidas tendientes a facilitar la comercialización y distribución de medicamentos a nivel nacional, pero delimitar el alcance del ejercicio de la actividad de expendio de productos farmacéuticos en el ámbito local es competencia de la provincia.

En ese marco, corresponde a la regulación provincial contemplar el interés general involucrado en el ejercicio de la actividad de expendio de productos farmacéuticos, de conformidad con sus propias políticas públicas. De este modo, serán válidas constitucionalmente las distintas modulaciones o limitaciones en el concreto ejercicio de la actividad en aras de coordinar el interés privado con el interés general, siempre y cuando sean razonables.

Por lo demás, incumbe a la provincia decidir el nivel de protección de la salud pública que debe garantizarse en el expendio de medicamentos en los establecimientos farmacéuticos.

Por ello, el hecho de que el legislador local —a diferencia del nacional— haya optado por un sistema que a su parecer permite asegurar un nivel más elevado de protección de la salud pública y en particular el abastecimiento adecuado de medicamentos a la población, no alcanza para demostrar una "repugnancia efectiva" en los términos de la jurisprudencia de este Tribunal. Una interpretación diferente sería incompatible con la amplitud de las atribuciones que las legislaturas provinciales se reservaron para promover el bienestar de sus poblaciones y con la consiguiente proscripción de cualquier interpretación extensiva de aquellas normas que introduzcan límites a dicho poder provincial.

13) Que lo hasta aquí expuesto permite concluir que el art. 14 de la ley local impugnada no invade las competencias atribuidas a la Nación en el art. 75 de la Constitución Nacional, pues la norma solo define, dentro del ámbito de los poderes locales, quiénes se encuentran habilitados para el ejercicio de la actividad farmacéutica mediante la dispensa al público de medicamentos en un local situado en esa jurisdicción.

Así, la norma dispone que la actividad solo puede realizarse en un establecimiento cuya propiedad corresponda a un profesional farmacéutico con título habilitante o a alguna de las demás personas previstas en la ley.

Ello no altera lo dispuesto en el Cód. Civ. y Com. de la Nación con respecto a la capacidad de las personas, porque cualquier persona capaz puede comprar y vender bienes en el ámbito provincial. Pero si desarrolla la profesión farmacéutica y se destina el local a la comercialización de medicamentos, ambas prácticas resultan inescindibles y el ejercicio de los derechos asociados a la actividad debe ajustarse al derecho administrativo local.

En tales condiciones, la norma en cuestión regula el ejercicio de la actividad profesional en el ámbito local, sin alterarse las condiciones bajo las que se comercializan los bienes (art. 75, inc. 13, Constitución Nacional) ni la regulación nacional en materia de expedición de títulos (art. 75, inc. 18, Constitución Nacional).

Por las razones expresadas, cabe concluir que el art. 14 de la ley 10.606 no configura un indebido avance provincial sobre la atribución del Congreso Nacional para dictar los códigos de fondo y legislar sobre el derecho de comprar y vender bienes.

14) Que despejado el agravio relativo a la habilitación constitucional de la Provincia de Buenos Aires para legislar en la especie, corresponde examinar si la regulación provincial, al excluir a las sociedades anónimas de los sujetos que pueden ser propietarios de establecimientos farmacéuticos en su territorio, constituye una reglamentación razonable. En particular, es menester evaluar si la norma impugnada importa una restricción desproporcionada de las libertades económicas y de expresión comercial de la empresa, garantizadas en la Constitución Nacional.

Al respecto, cabe recordar que, desde el antiguo precedente de Fallos: 31:273, la Corte ha reconocido al Poder Legislativo la facultad de restringir el ejercicio de los derechos establecidos en la Constitución Nacional a fin de preservar otros bienes también ponderados en ella. Ello es así, porque nuestro ordenamiento jurídico no reconoce la existencia de derechos absolutos sino limitados por las leyes que reglamentan su ejercicio, con la única condición de no alterarlos en su substancia y de respetar los límites impuestos por las normas de jerarquía superior (arts. 14, 28 y 31 de la Constitución Nacional y Fallos: 249:252; 257:275; 262:205; 296:372; 300:700; 310:1045; 311:1132; 316:188, entre muchos otros).

Desde esta perspectiva, el Tribunal ha establecido que el límite sustancial que la Constitución impone a todo acto estatal, y en particular a las leyes que restringen derechos individuales, es el de la razonabilidad (Fallos: 288:240).

Esto implica, según la Corte, que las leyes deben perseguir un fin válido a la luz de la Constitución Nacional; que las restricciones impuestas deben estar justificadas en la realidad que pretenden regular; y que los medios elegidos deben ser proporcionados y adecuados para alcanzar los objetivos proclamados (arts. 14 y 28 de la Constitución Nacional, y doctrina de Fallos: 243:449; 248:800; 334:516; 335:452, entre otros).

Asimismo, cabe recordar que la proporcionalidad supone que las restricciones que se impongan no deben valorarse en abstracto sino en función de la entidad del bien que se pretende proteger (doctrina de Fallos: 313:1638; 330:855 y 334:516).

15) Que para efectuar el examen de razonabilidad no puede soslayarse que el derecho a la salud está íntimamente relacionado con el derecho a la vida, siendo este último el primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional; ello así por ser el eje y centro de todo el sistema jurídico, siendo su vida un valor fundamental, con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (confr. arg. de Fallos: 302:1284; 310:112; 316:479; 323:3229; 329:4918 y 338:1110).

Asimismo, el Tribunal ha sostenido que la tutela de este derecho es una manda consagrada por la Constitución Nacional y por los tratados internacionales que tienen tal jerarquía, lo que implica la obligación impostergable del Estado Nacional para garantizarlo con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga (Fallos: 321:1684; 323:1339, 3229; 329:1638; y 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).

Finalmente, y en lo que al caso interesa, el derecho a la salud también está reconocido y protegido en el art. 36, inc. 8° de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, que establece que "...la Provincia garantiza a todos sus habitantes el acceso a la salud en los aspectos preventivos, asistenciales y terapéuticos, sostiene el hospital público y gratuito en general; con funciones de asistencia sanitaria, investigaciones y formación; promueve la educación para la salud; la rehabilitación y la reinserción de las personas tóxicodependientes. El medicamento por su condición de bien social integra el derecho a la salud. La Provincia a los fines de su seguridad, eficacia y disponibilidad asegura, en el ámbito de sus atribuciones, la participación de profesionales competentes en su proceso de producción y comercialización...".

16) Que frente a los derechos esgrimidos por la provincia se encuentran los que pretende tutelar la parte actora y que se vinculan con la libertad de comerciar, ejercer industria lícita y usar y disponer de su propiedad.

17) Que, en este contexto fáctico y jurídico, procede ahora examinar si concurren en el caso los criterios señalados en el acápite 14 para considerar razonable a la ley provincial que aquí se cuestiona.

En primer término, se advierte que la norma provincial persigue una finalidad constitucionalmente válida pues, como se ha puesto de manifiesto, se refiere a un derecho fundamental como el de la salud. En este sentido, la Ley Fundamental no solo permite, sino que obliga a las autoridades públicas a adoptar medidas y políticas tendientes a proteger la salud de la población.

Al respecto, es pertinente señalar que la correlación entre la propiedad de las farmacias y el tipo de persona es un elemento fundamental de garantía de la calidad del servicio farmacéutico. El carácter potencialmente nocivo de los medicamentos exige que su uso sea controlado y racionalizado. Para garantizar la prioridad del abastecimiento regular y adecuado de medicamentos a la población sobre las consideraciones económicas el legislador local consideró que las personas deben reunir ciertas cualidades para poder ser propietarias de una farmacia.

La exigencia de la titularidad de las farmacias limitada a los sujetos indicados en la norma busca garantizar la independencia profesional real para evitar que, eventualmente, se afecte el nivel de seguridad y calidad del abastecimiento de medicamentos a la población.

La presencia de un Director Técnico —farmacéu-tico—, como postula la actora, no basta para garantizar el derecho a la salud de los consumidores. El ánimo de lucro de una persona que no sea farmacéutico no está mitigado de modo equivalente al de los farmacéuticos autónomos pues la subordinación del farmacéutico trabajador por cuenta ajena al titular de la farmacia podría implicar que aquel no pueda oponerse a las instrucciones del titular (Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Asunto C-531/06, "Comisión de las Comunidades Europeas contra República Italiana", sentencia del 19 de mayo de 2009).

La influencia que ejerce el titular de la farmacia en la política de venta de medicamentos es indudable.

Lo expuesto no implica negar que el farmacéutico titular de una farmacia también pretende obtener beneficios económicos con su actividad. Sin embargo, su condición profesional permite suponer que no explota la farmacia con un mero ánimo de lucro, sino que también existen motivaciones que responden a un criterio profesional. Su interés privado está mitigado por su formación, experiencia profesional y la responsabilidad que le corresponde, ya que una eventual infracción a las normas legales o deontológicas no solo pondría en riesgo el valor de su inversión, sino también su propia existencia profesional (confr. Tribunal de Justicia de la Unión Europea, causa cit.).

Por lo demás, la función que cumple el farmacéutico no se limita a la venta de medicamentos. También efectúa otras prestaciones como comprobar las prescripciones médicas, elaborar preparados farmacéuticos y asesorar a los consumidores para garantizar el buen uso de los medicamentos. En este punto es de gran importancia el asesoramiento que se brinda en los supuestos de medicamentos que no requieren receta médica ("venta libre"). En esta situación, el paciente/consumidor solo puede confiar en las informaciones que le dé el farmacéutico, para lo cual resulta determinante que el asesoramiento sea independiente y objetivo.

La presencia de un farmacéutico en la titularidad de la farmacia garantiza la independencia económica y el consecuente libre ejercicio de la profesión. Al tener pleno control de su instrumento de trabajo puede ejercer su profesión con la independencia que caracteriza a las profesiones liberales. Es a la vez un empresario vinculado a las realidades económicas relacionadas a la gestión de su farmacia y un profesional de la salud que busca equilibrar sus imperativos económicos con las consideraciones de la salud pública, lo que lo distingue de un puro inversor.

18) Que, por otra parte, cabe examinar si la norma provincial constituye una restricción excesiva para las libertades económicas de las empresas.

En este punto, es especialmente relevante destacar que no se ha alegado, ni mucho menos acreditado, que la no inclusión del tipo societario de la actora entre aquellas personas que pueden ser titulares de farmacias afecte la sustentabilidad económica de la empresa ni que interfiera, en forma esencial, en la distribución y venta de estas mercancías. En definitiva, no se ha demostrado que las restricciones cuestionadas importen un menoscabo del derecho a ejercer toda industria lícita.

Muy por el contrario, la propia actora sostiene que "...es propietaria de más de doscientas farmacias..." y que decenas de miles de personas compran medicamentos diariamente en sus locales.

En tales condiciones, la afectación alegada por la actora se reduce a que la empresa ve limitadas sus posibilidades de ejercer su derecho a comerciar y ejercer industria lícita en la provincia por intermedio de sus profesionales directores técnicos, lo cual carece de entidad suficiente para cuestionar la razonabilidad de la ley.

Por todo lo expuesto, al ponderar la entidad de los objetivos que persigue la ley y la naturaleza de los derechos en juego frente al grado de restricción de las libertades económicas de la actora, no cabe sino con-

cluir que la ley provincial es razonable a la luz de los estándares fijados en la jurisprudencia del Tribunal.

19) Que la cuestión que aquí se plantea no es exclusiva de nuestro ordenamiento jurídico. Se han planteado situaciones análogas, por ejemplo, en el ámbito del derecho del mercado común europeo cuyas soluciones han sido citadas en este pronunciamiento.

De allí es posible extraer que en el derecho comparado existe una tendencia sobre la validez prima facie de las medidas legislativas tendientes a limitar, e incluso prohibir el expendio de medicamentos a ciertos sujetos.

20) Que, como último punto, cabe señalar que tampoco puede tener acogida favorable el agravio de la actora fundado en la afectación de la garantía de igualdad.

Este Tribunal ha señalado que dicha garantía implica la igualdad para todos los casos idénticos y comporta la prohibición de establecer excepciones que excluyan a unos de lo que se concede a otros en idénticas circunstancias (Fallos: 123:106). Además, se atribuye a la prudencia del legislador una amplia latitud para ordenar y agrupar, distinguiendo y clasificando los objetos de la reglamentación, pero ello es así en la medida que las distinciones o exclusiones se basen en motivos objetivos razonables y no en un propósito de hostilidad contra determinada persona o grupo de personas o indebido privilegio personal o de un grupo (Fallos: 326:3142).

En el caso de autos el a quo ha explicado de manera concreta por qué la norma provincial no es violatoria de dicha garantía constitucional y los reproches de la actora no logran desvirtuar tales argumentaciones, no resultando suficiente la cita del precedente de Fallos: 333:1279, que versaba sobre cuestiones diversas a las aquí tratadas.

21) Que, en síntesis, de acuerdo a los principios constitucionales examinados, la facultad ejercida por la Provincia de Buenos Aires a través de la ley 10.606 para regular lo atinente a la titularidad de los establecimientos farmacéuticos no se revela como desproporcionada con la finalidad perseguida de bien público; por el contrario, el legislador provincial ha ejercido sus facultades en forma razonable, y no arbitraria pues se basó en propósitos de salud pública, ampliando la protección de los pacientes garantizada en la regulación nacional, como una opción que cabe reputar como válida.

22) Que atento el modo en que se resuelve la cuestión relativa a la validez del art. 14 de la ley provincial 10.606, es inoficioso pronunciarse sobre los restantes agravios.

Por todo lo expuesto, y habiendo dictaminado la señora Procuradora Fiscal, se declaran formalmente admisibles la queja y el recurso extraordinario y se confirma la sentencia apelada. Con costas. Agréguese la queja al principal, reintégrese el depósito de fs. 3. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.— *Mirta G. Sotelo de Andreau* (en disidencia). — *Ricardo L. Lorenzetti. — Elena I. Highton de Nolasco. — Martín Irurzun* (por su voto).

Voto del conjuez doctor *Irurzun*

Considerando:

1°) Que el proceso que motiva la presente intervención se originó con la presentación de Farmacity SA ante la Dirección de Farmacias de la Subsecretaría de Control Sanitario del Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires, por medio de la cual solicitó que se declare que Farmacity —tal su nombre comercial— puede ser propietaria de farmacias, autorizándosela a establecer, adquirir y/o explotar farmacias en la Provincia de Buenos Aires en cualquier ubicación autorizada por las normas de planeamiento urbano, y que se hiciera lugar a los pedidos particulares que en tal sentido se efectuaren. Paralelamente, solicitó la habilitación de una farmacia en un local ubicado en la localidad de Pilar, Provincia de Buenos Aires.

La primera fue rechazada por resolución 35/2012 del Ministerio de Salud, en tanto la segunda fue rechazada por el Director Provincial de Coordinación y Fiscalización Sanitaria por disposición 1699/11. En ambos casos, la decisión adversa se apoyó en que la requirente —por su forma de organización comercial— no se encuentra comprendida dentro de los tipos societarios taxativamente previstos por el art. 14 de la ley 10.606.

Luego de agotar las instancias administrativas, la accionante promovió demanda judicial contra la Provincia de Buenos Aires con miras a obtener la declaración de nulidad de la resolución 35/2012 del Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires, de la nota 1375/11 del Departamento Farmacia de la Dirección Provincial de Coordinación y Fiscalización Sanitaria en cuanto le negó el pedido de habilitación de una farmacia en la localidad de Pilar, y de la disposición 1699/11 que no hizo lugar a la revocatoria interpuesta.

Con la desestimación de la pretensión por parte del Juzgado en lo Contencioso Administrativo N° 2 del Departamento Judicial de La Plata, la homologación de la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo del Departamento Judicial de La Plata, y la senten-

cia de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires que rechazó el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto, el caso llegó a conocimiento de esta Corte Suprema de Justicia de la Nación a través del recurso de queja sometido a pronunciamiento.

2°) Que Farmacity SA solicita que se declare la inconstitucionalidad de los arts. 3° y 14 de la ley provincial 10.606, por entender que sus postulados resultan violatorios del decreto nacional 2284/1991, ratificado por ley 24.307, así como de los arts. 14, 16, 19 y 42 de la Constitución Nacional.

Para ello, señala que las disposiciones aludidas son inconstitucionales porque violan normas federales de mayor jerarquía y la distribución de competencias establecidas por la Constitución Nacional, por cuanto la única autoridad con atribuciones para legislar sobre la propiedad de las farmacias es, en virtud de lo dispuesto por el art. 75, inc. 12 de la Constitución Nacional, el Congreso Nacional, el cual en ejercicio de dichas funciones dictó la ley 24.307 por la cual se aprobó el decreto de necesidad y urgencia 2284/1991 que derogó las restricciones que existían sobre el punto en la ley 17.565.

Así, sostiene, frente a una ley nacional que expresamente autoriza a cualquier persona jurídica a ser propietaria de farmacias —art. 13 del citado decreto—, resulta inadmisible que se invoque una ley local jurídicamente improcedente para oponerse a ello —art. 14 de la ley provincial—.

Citó en apoyo de su postura el voto del juez Maqueda emitido en el precedente "Diócesis de San Martín de la Iglesia Católica Apostólica Romana" (Fallos: 333:1279).

A su criterio, el poder de policía local se limita a la habilitación, al control de la matrícula profesional y a la vigilancia de los recaudos a los que está sujeta la comercialización de los medicamentos, pero en modo alguno puede hacerse extensivo a las regulaciones atinentes a la propiedad de las farmacias, por tratarse de una materia cuya competencia para legislar le corresponde al Congreso Nacional.

Agregó que, además, al adherir al régimen de desregulación mediante la sanción del decreto 3942/1991 y de la ley 11.463 por la que se ratificó el Pacto Federal para el Empleo, la Producción y el Crecimiento, la Provincia de Buenos Aires se obligó —tal como surge de la cláusula Primera, inc. 10, apartado tercero—, a liberar al "sector comercial (libre instalación de farmacias, derogación del monopolio de mercados mayorista, horarios comerciales, etc.)", con lo cual —ya no por imperio de las normas nacionales sino por sus propias normas locales—, la provincia se encuentra impedida de restringir el acceso a la propiedad de farmacias a una sociedad anónima con sustento en una disposición legal que ha perdido operatividad.

Finalmente, cuestionó los argumentos que han sido desarrollados a lo largo del trámite de este expediente que procuraron justificar la razonabilidad de dicha limitación, señalando que la sola invocación del carácter de servicio público impropio y la naturaleza comercial de una sociedad anónima no alcanzan, en ausencia de puntual y concreto respaldo, para dar por fundada la restricción impuesta.

3°) Que en el trámite del presente se expidió la Procuración General de la Nación afirmando que las previsiones del art. 14 de la ley 10.606, al contener regulaciones sobre la titularidad o propiedad de los establecimientos farmacéuticos, avanzó sobre un elemento general del derecho como es la capacidad de las personas humanas y jurídicas para adquirir derechos y contraer obligaciones, cuya regulación es resorte exclusivo del Congreso de la Nación. Deriva de ello su inconstitucionalidad por resultar violatorio de los principios consagrados por los arts. 31 y 75, inc. 12, de la Constitución Nacional. Por otra parte, postuló el reenvío de las actuaciones a la justicia local a fin de que se expida expresamente sobre la tacha de inconstitucionalidad del art. 3° de la citada normativa, dado que su tratamiento se había declarado inoficioso frente al rechazo de la demanda intentada respecto del primero de los tópicos tratados.

También se presentaron, en calidad de amigos del Tribunal, diversos colegios, asociaciones, federaciones y profesionales de distintas especialidades —tanto vinculadas a la actividad farmacéutica como no— que argumentaron en contra de la inconstitucionalidad reclamada.

Del mismo modo, y en el mismo carácter, especialistas y profesionales de distintas disciplinas expusieron las razones por las cuales consideran que la pretensión debe ser receptada favorablemente.

4°) Que planteadas como se encuentran las cosas, el primero de los ejes en debate pasará por definir si la Provincia de Buenos Aires ha avanzado indebidamente sobre aspectos cuya regulación compete exclusivamente al Congreso Nacional.

Para ello, se ha de recordar que "...todo análisis de las atribuciones federales invocadas debe partir del canónico principio de interpretación según el cual la determinación de qué poderes se han conferido a la Nación y, sobre todo, del carácter en que lo han sido, debe siempre ceñirse a la lectura más estricta. Tal mandato interpretativo emana de la premisa que en-

sayó 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)...", (Fallos: 344:809).

En esa tarea, debe mencionarse que el art. 14 de la ley 10.606 "Régimen de Habilitación de Farmacias" establece —en lo que a la presente atañe— que "Serán autorizadas las instalaciones o enajenaciones de farmacias cuando la propiedad sea: a. De profesionales farmacéuticos con título habilitante; b. De Sociedades Colectivas o Sociedades de Responsabilidad Limitada, integradas totalmente por profesionales habilitados para el ejercicio de la farmacia; c. De Sociedades en Comandita Simple formadas entre profesionales habilitados para el ejercicio de la Farmacia y terceros no farmacéuticos, actuando estos últimos como comanditarios, no pudiendo tener injerencia en la dirección técnica. Este tipo de Sociedades podrá autorizarse en cada caso para la explotación de una farmacia y la comandita deberá estar integrada por personas físicas, quienes a los fines de la salud pública, deberá individualizarse ante la autoridad sanitaria. El o los socios comanditarios no podrán participar de más de tres Sociedades propietarias de Farmacias; d. De Establecimientos Hospitalarios públicos dependientes de la Nación, Provincia o Municipios; e. De las Obras Sociales, Entidades Mutualistas y/o Gremiales que desearen instalar una Farmacia para sus asociados...".

Por su parte, el art. 3° prevé "...Las farmacias por ser una extensión del sistema de salud, estarán racionalmente distribuidas en el territorio provincial, a fin de asegurar la atención y calidad de su servicio. Se autorizará la habilitación de una farmacia por cada 3.000 habitantes por localidad, tomándose como base los datos arrojados por el último Censo Nacional de Población. En aquellas localidades de menos de 6.000 habitantes se podrá habilitar una segunda farmacia cuando la población exceda los 4.000 habitantes. En todos los casos, deberá existir entre las farmacias una distancia no inferior a los 300 metros, medidos de puerta a puerta por camino peatonal...".

Una primera aproximación a la solución del punto surge de la propia literalidad de la norma, pues su lectura permite apreciar que si bien se hace mención a la "propiedad", el alcance que cabe asignarle a dicho término no puede extenderse más allá del contexto que lo informa y le da sentido: la norma no está regulando la propiedad en el sentido que le asigna el Cód. Civ. y Com. de la Nación sino en relación a los requisitos para la habilitación y el ejercicio de la actividad farmacéutica, señalando las exigencias que deben observarse para poder obtener autorización para su instalación o enajenación.

Sobre esto último, y en tanto "la inteligencia de las leyes debe practicarse teniendo en cuenta el contexto general y los fines que las informan, y a ese objeto la labor del intérprete debe ajustarse a un examen atento y profundo de sus términos, de tal modo que consulte la racionalidad del precepto y la voluntad del legislador..." (conf. Fallos: 302:973 y 310:799), resulta de utilidad dar vista del debate parlamentario que ilustra sobre los aspectos tenidos en cuenta por los legisladores a la hora de establecer las pautas fijadas.

En ocasión de darse la respectiva discusión, el miembro informante de la Comisión de Legislación General afirmó "hemos aceptado la teoría de que la propiedad de las farmacias es una modalidad del ejercicio profesional. Es decir, que el propietario de la farmacia tiene carácter accesorio en relación a la actividad y a la prestación del acto farmacéutico..." (conf. Cámara de Diputados de la Provincia de Buenos Aires, Diario de Sesiones del 2 de abril de 1987, p. 3562 y siguientes), y que "La propiedad de la farmacia no se rige por el dominio de la cosa ni de los bienes, sino por una titularidad de la habilitación de la oficina farmacéutica. La farmacia existe jurídicamente a partir del acto administrativo de habilitación, por eso es que afirmamos que es una modalidad del ejercicio profesional...el cual no se comprende sin que el farmacéutico tenga una farmacia donde actuar y donde actuar, poniendo en juego un factor fundamental que está dado por la idoneidad profesional que debe reunir quien pretende ejercer esa actividad relacionada con la salud" (Senado de la Provincia de Buenos Aires, Diario de Sesiones del 25 de noviembre de 1987, citado en los Considerandos de la Sentencia de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires).

Como se ve, la regulación adoptada es consecuencia de una política sanitaria que ubicó a la salud como un derecho humano esencial merecedor —como tal— de una protección especial, donde la relación entre los usuarios y el despacho farmacéutico se diera en un contexto donde la vulnerabilidad que implica su necesidad de acceso se encuentre a resguardo de un prevalente interés comercial.

De lo expuesto se sigue que los aspectos regulados por el art. 14 de la ley 10.606 nada dicen sobre la capacidad de las personas —humanas o jurídicas— para adquirir derechos o contraer obligaciones ni restringen las posibilidades de ser titulares de dominio alguno, sino que solo definen bajo qué formas societarias el profesional farmacéutico puede llevar a cabo una

de las funciones a las que se asignó particular atención: la dispensa de medicamentos al público. Se trata, lisa y llanamente, del derecho a ser propietario de la habilitación y no del derecho a ser propietario de un derecho real sobre la cosa.

Sin dudas, dicha potestad está comprendida dentro del poder de policía de competencia exclusiva del órgano local en tanto atañe a las pautas de cumplimiento necesarias para el ejercicio de la actividad farmacéutica, pues no caben dudas en punto a que en materia de profesiones liberales, las provincias tienen la atribución de reglamentar su ejercicio en sus respectivas jurisdicciones (Fallos: 308:403 y 315:1013), con la limitación natural que establece el art. 28 de la Constitución Nacional (Fallos: 304:1588 y 315:1013 voto del juez Moliné O'Connor). Y si el título habilita para ejercer la profesión, puede concebirse que las autoridades facultadas para reglamentar determinen, dentro de los citados parámetros, los requisitos destinados a asegurar la rectitud y responsabilidad con que aquella ha de ser ejercida (Fallos: 320:89 y 2964).

De allí que no pueda sostenerse con eficacia que el art. 14 de la ley 10.606 haya avanzado indebidamente sobre las competencias del Congreso Nacional, y menos aún derivar de ello que coexisten dos disposiciones contrapuestas regulando un mismo aspecto, pues las previsiones del decreto 2284/1991 no pueden anular las disposiciones adoptadas por la legislatura de la Provincia de Buenos Aires en ejercicio de las competencias no delegadas.

5°) Que, de otra parte, tampoco puede receptarse la pretensión sustentada en la vigencia del Decreto de Necesidad y Urgencia del Poder Ejecutivo Nacional 2284/1991 en el ámbito provincial pues el análisis del digesto normativo que rige la cuestión evidencia que sus pautas no han tenido efectiva recepción normativa en el compendio de disposiciones de la Provincia de Buenos Aires.

Por un lado, el citado decreto —dictado el 31 de octubre de 1991 y ratificado por ley 24.307—, fundado en la necesidad de "abaratar los precios de venta al público, la desregulación de la comercialización de medicamentos, facilitando la libre instalación de farmacias por parte de cualquier persona física o jurídica que reúna las calidades que se requieren para desempeñarse en esa actividad...", estableció en su art. 13 que "Cualquier persona física o jurídica de cualquier naturaleza podrá ser propietaria de farmacias, sin ningún tipo de restricción de localización...", agregando en su art. 119 que "...El presente Decreto es de aplicación obligatoria en el ámbito de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires. Invítase a las Provincias a adherir al régimen sancionado en el presente Decreto en lo que a ellas les competa...".

Por otro, por decreto 3942 del 13 de noviembre de 1991, la Provincia de Buenos Aires, con miras a eliminar restricciones, limitaciones y controles que impidieran una fluida circulación de bienes y servicios, mediante el art. 1° estableció que "La Provincia de Buenos Aires adhiere a los principios del régimen de desregulación estatuido por Decreto de Necesidad y Urgencia del Poder Ejecutivo Nacional número 2284/1991, disponiendo la ejecución de las medidas de carácter legislativo y administrativo conducentes a trasladar, en el marco de la competencia provincial, dicho régimen a este Estado, adecuado a las particularidades de las instituciones provinciales y con arreglo a derecho".

Puntualmente, en su art. 3° expresamente estableció que "A los fines precedentes indícanse a título enunciativo los cuerpos legislativos sobre los cuales deberán iniciarse estudios de inmediato: 1.- Leyes número 5177; 5678; 5920; 6682; 6983; 7014; 7020; 8119; 8271; 10.306; 10.307; 10.384; 10.392; 10.405; 10.411; 10.416; 10.606; 10.646; 10.746; 10.751; 10.765; 10.973 y sus modificatorias...".

Como se ha visto, la operatividad de sus cláusulas quedó supeditada a una condición suspensiva: el estudio de diversos cuerpos normativos —entre los cuales se incluyó expresamente la ley en análisis— con miras a receptar normativamente la política económica de emergencia establecida por el decreto 2284/1991.

Sin embargo, los hechos demuestran que el examen cuya tarea se encomendó no tuvo efectiva recepción normativa, pues no existió una actividad legislativa concreta que, en materia de salud y recogiendo los postulados de aquel, positivizara la desregulación comercial cristalizando la idea que animó su dictado.

Idéntico escenario se verificó en derredor de la ley provincial 11.463 mediante la cual la Provincia de Buenos Aires ratificó el Pacto Federal para el Empleo, la Producción y el Crecimiento. En el art. 3° se estableció que "El Poder Ejecutivo por intermedio de las áreas específicas, elaborará los proyectos legislativos que correspondan a fin de garantizar el cumplimiento de los compromisos asumidos por la Provincia mediante el Pacto suscripto", sin perjuicio de lo cual la regulación atinente a la actividad farmacéutica no se vio alterada.

Se observa así que, pese a las modificaciones introducidas a nivel nacional —centradas principalmente en la idea de afianzar y profundizar la libertad económica—, la política de Estado implementada por la Provincia de Buenos Aires en ejercicio de su competencia no delegada no tuvo modificaciones, manteniendo a lo largo de su proceso normativo una clara

orientación sanitarista en protección del derecho a la salud.

De allí que no corresponda atender los reclamos de la parte sobre el punto, pues ni por razones de operatividad plena ni por recepción normativa expresa corresponde proyectar sobre el ámbito de la Provincia de Buenos Aires las disposiciones del art. 13 del decreto 2284/1991.

6°) Que, descartado el conflicto normativo alegado, resta entonces examinar si las limitaciones impuestas para la habilitación del ejercicio de la actividad farmacéutica conculcan los derechos y garantías reconocidos por la Constitución Nacional.

Para ello, debe recordarse que "...la declaración de inconstitucionalidad de una ley constituye la más delicada de las funciones a encomendar a un tribunal de justicia y configura un acto de suma gravedad que debe ser considerado la *ultima ratio* del orden jurídico, por lo que no cabe formularla sino cuando un acabado examen de la regla o precepto en cuestión conduzca a la convicción cierta de que su aplicación conculca el derecho o la garantía constitucional invocados, lo que requiere descartar concienzudamente la posibilidad de una interpretación que compatibilice la regla impugnada con el derecho federal que la parte reputa conculcado (cf. doctrina de Fallos: 328:4542; 329:5567; 330:855; 331:2799, entre muchos otros)" (Fallos: 344:391).

Pues bien la ley 10.606 define a la farmacia como un "servicio de utilidad pública para la dispensación de los productos destinados al arte de curar..." —conf. art. 1°—.

En razón de ello, estableció una serie de condiciones bajo las cuales debe desarrollarse la dispensa de medicamentos, aludiendo a la necesidad de que sea exclusivamente a través de las farmacias, a las que definió como una extensión del sistema de salud —conf. art. 3°—.

En ocasión de elevarse al Cuerpo Legislativo el proyecto de ley, se consignó que "...el proyecto de referencia sitúa al quehacer farmacéutico en su verdadera dimensión fáctica y jurídica de 'servicio público', con las características generales y particulares que le son propias, tendiendo a su eficiencia, generalidad, regularidad y continuidad del mismo..." (conf. "Fundamentos de la Ley 10.606").

Dicha postura fue luego mantenida al sancionarse la ley 11.328 que reformó algunos aspectos de la ley 10.606, pero que, en lo que aquí interesa, reafirmó la necesidad de flexibilizar el régimen vigente "...sin caer en un régimen de liberalidad total que afectaría la filosofía y el espíritu que inspira a la ley reformada..." manteniendo "el sentido sanitarista que posee la legislación vigente, evitando introducir, en aspectos tan importantes para la salud de todos los bonaerenses, un criterio mercantilista puro que desnaturalice el fin de la norma" (conf. "Fundamentos de la Ley 11.328").

Poco tiempo después, el modelo fue plasmado en la cúspide de la estructura normativa provincial al reconocer que "El medicamento por su condición de bien social integra el derecho a la salud; la Provincia a los fines de su seguridad, eficacia y disponibilidad asegura, en el ámbito de sus atribuciones, la participación de profesionales competentes en su proceso de producción y comercialización" —art. 36, inc. 8 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires—.

Siguiendo los lineamientos de la política sanitarista implementada en protección del derecho a la salud —del cual las farmacias son su extensión, conforme establece el art. 3° de la ley 10.606—, el legislador entendió que solo determinadas formas societarias por sobre otras permitirían cumplir más adecuadamente los fines tuitivos fijados por las normas en protección de un bien social, general y básico como es el derecho a la salud. La elección de unas formas societarias por sobre otras para el desarrollo de la actividad farmacéutica no fue azarosa ni arbitrariamente excluyente, sino que encontró fundamento en una razonada elección de un modelo en el cual el conocimiento, la inmediatez, la responsabilidad y la individualización de quien lo dispensa prevalece por sobre todo interés comercial.

Es en tales preceptos —y no en el ánimo de lucro, del que todas las sociedades comerciales participan— en los que las autoridades locales han puesto especial atención a la hora de restringir la habilitación del despacho farmacéutico, entendiendo que ciertas formas jurídicas de asociación son, por su naturaleza, conformación o finalidad, las que mejor y más ampliamente garantizan el derecho a la salud al que le han otorgado lógica preeminencia.

No se opone a lo expuesto el criterio que emana del caso "Diócesis de San Martín de la Iglesia Católica Apostólica Romana" (Fallos: 333:1279). En tal oportunidad, esta Corte Suprema de Justicia de la Nación —por mayoría— hizo propios los argumentos de la Procuración General de la Nación que, en lo pertinente, hizo hincapié en que "...la garantía constitucional del art. 16 implica la igualdad para todos los casos idénticos y comporta la prohibición de establecer excepciones que excluyan a unos de lo que se concede a otros en idénticas circunstancias (Fallos: 123:106). Además, se atribuye a la prudencia del legislador una amplia latitud para ordenar y agrupar, distinguiendo y clasificando los objetos de la reglamentación, pero

ello es así en la medida en que las distinciones o exclusiones se basen en motivos objetivos razonables y no en un propósito de hostilidad contra determinada persona o grupo de personas o indebido privilegio personal o de un grupo (Fallos: 326:3142) ...Estimo que la diferenciación efectuada ab initio entre distintas entidades de bien público sin fines de lucro con objetivos similares, carece de razonabilidad y afecta la garantía de igualdad consagrada en el texto constitucional, en tanto no se advierte la existencia de un interés superior que autorice a excluir a la actora de lo que se concede a entidades similares en idénticas condiciones...".

De su lectura se desprende que el énfasis no estuvo puesto en la irrazonabilidad de todo tipo de exclusión societaria sino en la falta de motivos que justificaran la prevalencia de unas asociaciones sin fines de lucro por sobre otras, dada la identidad de objetivos. Como se ve, el modelo sanitarista al amparo del cual se establecieron las limitaciones no se puso en duda.

Las consideraciones efectuadas por los accionantes, e incluso por varios de los que se han presentado en el trámite del presente como amigos del Tribunal, así lo evidencian. Los esfuerzos por exponer las bondades de dicho sistema por sobre el mercantilista, los beneficios de este último por sobre el modelo provincial o el estado de situación en el contexto mundial son debates enriquecedores para el ámbito legislativo pero ajenos a la instancia de control constitucional bajo análisis.

Sobre la base de tales lineamientos, es claro que la regulación atacada supera el control de razonabilidad por cuanto evidencia que ha sido sustentada en fines legítimos y, en este punto, las alegaciones de la impugnante no logran demostrar más que el disenso con la política sanitaria adoptada por las autoridades provinciales sin poder evidenciar su repugnancia con la Constitución Nacional, a lo que cabe agregar que el derecho a ejercer toda industria lícita no se ve constitucionalmente afectado frente a disposiciones que, adoptadas en el ejercicio de las competencias que le son propias, imponen restricciones a determinada actividad motivadas en un interés general debidamente fundado.

Ello así porque nuestro ordenamiento jurídico no reconoce la existencia de derechos absolutos sino limitados por las leyes —lo que incluye las normas inferiores que válidamente las reglamenten—, con la única condición de que esa regulación sea razonable, es decir, que no los altere en su sustancia y que respete los límites impuestos por las normas de jerarquía superior (arts. 14, 28 y 31 de la Constitución Nacional y Fallos: 249:252; 257:275; 262:205; 296:372; 300:700; 310:1045; 311:1132; 316:188, entre muchos otros).

Esto significa, según este Tribunal, que la regulación debe perseguir un fin válido a la luz de la Constitución Nacional; que las restricciones impuestas deben estar justificadas en la realidad que pretenden regular; y que los medios elegidos deben ser proporcionados y adecuados para alcanzar los objetivos proclamados (arts. 14 y 28 de la Constitución Nacional; y doctrina de Fallos: 248:800; 243:449; 334:516 y 335:452, entre otros).

Como se ha visto, la preeminencia que se ha asignado al derecho a la salud como derecho humano básico, esencial y colectivo, justifica con suficiencia la mayor intensidad reglamentaria aplicada al ejercicio de la actividad farmacéutica y las restricciones impuestas para garantizar la efectividad de las garantías fundamentales en juego. Su proporcionalidad y razonabilidad superan ampliamente el control de constitucionalidad reclamado.

7°) Que la solución a la que se arriba en punto a las objeciones planteadas respecto de las limitaciones del art. 14 de la ley 10.606, torna abstracto el tratamiento de los cuestionamientos atinentes al art. 3° de la misma.

Por todo lo expuesto, y habiendo dictaminado la señora Procuradora Fiscal, se declaran formalmente admisibles la queja y el recurso extraordinario y se confirma la sentencia apelada. Con costas. Agréguese la queja al principal, reintégrese el depósito de fs. 3. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase. — *Martín Irurzun.*

Disidencia de la conjueza doctora *Sotelo de Andreau*

Considerando:

1°) Que la empresa Farmacity Sociedad Anónima demandó a la Provincia de Buenos Aires, planteando la inconstitucionalidad de los arts. 3° y 14 de la ley provincial 10.606 (t.o. ley 11.328) y solicitando la declaración de nulidad de la resolución 35/2012 dictada por el Ministerio de Salud Pública de la Provincia de Buenos Aires, así como de la nota 1375/11 y de la disposición 1699/11 de la Dirección Provincial de Coordinación y Fiscalización Sanitaria, teniendo por finalidad que se le permita ser propietaria, habilitar y explotar farmacias en la provincia mencionada, citándose como tercero interviniente al Colegio de Farmacéuticos de la Provincia de Buenos Aires.

En concreto, el planteo formulado por la actora contiene una petición general y un requerimiento particular. La petición general tiende a obtener la habilitación para ser propietaria de farmacias en el ámbito provincial, en cualquier ubicación autorizada por las normas de planeamiento urbano y —oportunamente— que se haga lugar a los pedidos particulares

de habilitación o adquisición de farmacias, estando estos establecimientos bajo la dirección técnica de un profesional farmacéutico con título habilitante y debidamente colegiado en el Colegio de Farmacéuticos de la Provincia de Buenos Aires. Por su parte, el pedido particular consiste en la habilitación de una farmacia en la localidad de Pilar.

2°) Que ambas pretensiones fueron denegadas a la actora, tanto en primera instancia como por la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo del Departamento Judicial de La Plata y por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, con base en lo dispuesto en el art. 14 de la ley 10.606.

En cuanto al fallo que da lugar al presente pronunciamiento, la Corte local ratificó, en definitiva, la constitucionalidad del artículo indicado.

Para resolver en tal sentido señaló, en primer lugar, que la enumeración de los sujetos que pueden ser propietarios de establecimientos farmacéuticos conforme la ley 10.606 es taxativa, según surge de una interpretación exegética de la norma y en virtud de considerar que se trata de la regulación de un servicio de utilidad pública: la actividad farmacéutica.

El tribunal sostuvo, asimismo, que el art. 13 del decreto nacional de necesidad y urgencia 2284/1991 —ratificado por el art. 29 de la ley nacional 24.307—, que desreguló la actividad farmacéutica, no era aplicable. Ello según se desprende de su propio cuerpo legal, cuyo art. 119 invita a las provincias a adherir a lo en él dispuesto.

A este respecto, si bien reconoce que la provincia adhirió a los principios del régimen de desregulación mediante el decreto 3942/1991, señala que tal adhesión no implica la derogación automática de lo establecido por el art. 14 de la ley 10.606, pues la incorporación al régimen local de aquella norma exigía actuaciones legislativas y administrativas para concretarse, lo que no tuvo lugar.

A continuación, la Corte provincial afirma que la norma nacional no puede regular de forma directa cuestiones que constituyen facultades propias de los estados locales, como lo es en el presente caso el poder de policía relativo al gobierno de las profesiones. En este sentido entiende que, al regular la propiedad de los establecimientos farmacéuticos, la Provincia de Buenos Aires determina una modalidad del ejercicio profesional, facultad que pertenece al orden local.

A su vez, funda la exclusión de las sociedades anónimas como titulares de farmacias que realiza la ley 10.606 en la potestad del poder de policía en materia de salubridad que —entiende el tribunal— corresponde a las provincias, mas no a la Nación; salvo en aquellos casos en que tal facultad le es conferida por la Constitución Nacional, supuesto que no se presentaría en autos.

Por otra parte, la corte provincial entiende que el art. 14 de la ley 10.606 no altera la potestad del Congreso de la Nación de dictar los códigos de fondo consagrada por el art. 75, inc. 12, de la Constitución Nacional, toda vez que considera que cuando la ley local se refiere a la propiedad de la farmacia no comprende a la capacidad o dominio sobre cosas o bienes, sino que refiere a la habilitación de una actividad profesional sujeta a una reglamentación en atención al bien jurídico de la salud (arts. 5°, 121 y 123 de la Constitución Nacional).

Para llegar a tal conclusión, afirma que la norma local ejerce la facultad de regular la propiedad de farmacias con base en la potestad de determinar las condiciones exigidas para el desarrollo de una actividad que necesita de autorización expresa en el ámbito local, cuestión que no integra el derecho común cuya regulación compete al Congreso Nacional, sino que es materia propia del poder de policía a cargo de la provincia.

De igual forma, y a fin de sustentar la constitucionalidad del art. 14 de la ley 10.606, el tribunal señala que la norma es razonable, siendo que se encuentra justificada por la existencia de un fin público, por la adecuación entre el fin perseguido y el medio utilizado y dada la falta de inequidad manifiesta, superando —por tanto— el test de constitucionalidad.

En otro orden de ideas, el fallo aquí atacado rechaza el argumento de que la salud pública resulte suficientemente protegida con el requisito del desempeño como director técnico de un farmacéutico, por considerar que tal criterio es una mera apreciación subjetiva de la actora que no alcanza a invalidar a aquel sostenido por el legislador local.

A mayor abundamiento, la corte local ratifica la validez de la limitación que impone la norma para ser titulares de farmacias a ciertos tipos societarios, entendiendo que hay una relación directa entre la organización de la actividad y la dirección técnica, y que los sujetos elegidos por la norma para ser propietarios de farmacias permiten individualizar claramente a las personas que prestan el servicio.

Vinculado con este punto, el tribunal afirma que las características que diferencian a las sociedades anónimas de las sociedades en comandita simple justifican un tratamiento normativo diferenciado, por lo que no se ve afectada la garantía de igualdad consagrada en el art. 16 de la Constitución Nacional.

Finalmente, y como corolario de la ratificación de la constitucionalidad del art. 14 de la ley 10.606, la corte local considera inoficioso pronunciarse sobre su art. 3°.

Cabe señalar que, en su voto, el juez Soria resalta que el art. 14 de la ley 10.606 se limita a establecer las modalidades del ejercicio de la profesión de farmacéutico, sin alterar las condiciones de comercialización de los productos vinculados. En consecuencia, considera que las potestades contenidas en la ley 10.606 son exclusivas del poder de policía local, no habiéndose extralimitado el legislador provincial en el ejercicio de sus facultades.

3°) Que, contra dicha decisión, Farmacity SA interpuso recurso extraordinario federal, el que habiendo sido denegado dio lugar a la presente queja.

La actora se agravia, en primer término, por considerar que el art. 13 del decreto nacional de necesidad y urgencia 2284/1991 derogó todas las restricciones a las sociedades comerciales para ser propietarias de farmacias.

Sostiene, a su vez, que lo dispuesto por el art. 119 de la norma mencionada —que invita a las provincias a adherir a su régimen— no se aplica a su art. 13 en tanto refiere a una materia cuya regulación es competencia propia de la Nación. Alega, en este sentido, que la única autoridad con potestad para legislar sobre la propiedad de las farmacias es el Congreso de la Nación, conforme las facultades otorgadas por el art. 75, inc. 12, de la Constitución Nacional que lo habilita a dictar los códigos de fondo; norma que tiene preeminencia frente a las facultades locales contrarias a sus disposiciones.

A continuación, la actora se agravia ante la falta de razonabilidad del art. 14 de la ley 10.606, en tanto es la dirección técnica y no la propiedad de la farmacia la que determina la correcta prestación del servicio. En este sentido, considera que la seguridad, eficacia y disponibilidad de los medicamentos resultan garantizadas con la exigencia de la obligatoriedad de contar con un director técnico profesional farmacéutico y no con la exclusión de la sociedad anónima como posible propietaria de una farmacia.

Acto seguido, expresa que el art. 14 de la ley 10.606 no guarda una relación adecuada entre el fin perseguido y el medio adoptado para procurar su obtención, el que —por lo demás— no fue correctamente tratado por la corte provincial.

Correlativamente, la quejosa se agravia por considerar que la disposición indicada viola el principio de igualdad, pues admite que otros tipos de sociedades comerciales que también persiguen fines de lucro puedan ser propietarias de farmacias, sin que se advierta un interés superior que autorice a excluir a las sociedades anónimas de la facultad que otorga a otras sociedades comerciales en idénticas condiciones.

Por otra parte, la actora indica que solicitó poner en funcionamiento una farmacia en la calle 12 de octubre 794 de la localidad de Pilar, solicitud que le fue denegada con base en el mencionado art. 3° de la ley 10.606, cuyo planteo fue declarado abstracto, agraviándose por ello.

4°) Que la Corte habilitó la intervención de *amicus curiae* y convocó a audiencia pública (fs. 184, 209 y 222 vta.) cuyo resultado consta en las actas incorporadas a fs. 349 vta. y 369.

5°) Que, analizada la cuestión, cabe concluir que el recurso extraordinario es admisible pues se cuestiona la validez de una ley provincial bajo la pretensión de ser contraria a la Constitución Nacional y a leyes federales, existiendo una decisión definitiva del superior tribunal de la causa que fue favorable a la validez de la legislación local (art. 14, inc. 2, de la ley 48).

6°) Que, declarada la admisibilidad del recurso extraordinario interpuesto, corresponde precisar —en primer lugar— que en el caso concreto se configura un conflicto que entendemos, es relativo al ejercicio del poder de policía de salubridad; puntualmente en lo que refiere a la regulación del ejercicio de la actividad farmacéutica y de los locales o establecimientos donde se ejerce tal actividad; esto es, en las farmacias.

Ubicar la cuestión en el marco del poder de policía del Estado responde a la esencia misma del dilema planteado, puesto que nos encontramos ante una limitación de derechos individuales contraviniendo normas de la Constitución Nacional.

Es oportuno señalar que, si bien entendemos junto a destacada doctrina que la denominación "poder de policía" no es una expresión exacta desde el punto de vista técnico jurídico, es la que ha sido utilizada en el derecho público para designar una de las atribuciones más importantes del legislador: la de regular el ejercicio de los derechos individuales.

Si bien la Constitución Nacional únicamente menciona el "poder de policía" en el art. 75, inc. 30, incorporado por la reforma de 1994, no lo desarrolla conceptualmente.

Debe recordarse, sin embargo, que nuestra Constitución receptó principalmente la influencia del derecho constitucional norteamericano. En lo que hace específicamente al presente caso, la expresión "poder de policía" (*police power*) fue utilizada por

el juez Marshall, presidente de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, en el caso "Brown vs. Maryland", que versó precisamente sobre la limitación del ejercicio de los derechos individuales en aras del interés general o de la comunidad.

De allí que, de forma concordante con la génesis histórica de nuestra Constitución, en su art. 14 se establece que los derechos no son de carácter absoluto, sino que pueden ser limitados en su ejercicio y controlados por el Estado en aquellos casos en que ello resulta necesario, y siempre y cuando la limitación sea razonable y se busque preservar el interés general por sobre los intereses individuales.

Es así que la regulación de la habilitación y funcionamiento de las farmacias, cuestionada en autos, constituye un aspecto de la protección de la salud pública; uno de los tres componentes de la trilogía tradicional del objeto del poder de policía que aparece desde su nacimiento, en el concepto denominado *narrow*, seguido por la doctrina internacional europea, juntamente con la seguridad y la moralidad.

La salud pública como ámbito de actuación del poder de policía se mantuvo con posterioridad en su evolución conceptual desde estos orígenes hasta a la concepción *broad and plenary* que nace en la doctrina norteamericana, donde no se trata solo de limitar o regular los derechos, sino también de promover la actividad de los particulares y del Estado con la finalidad de lograr el bienestar general, criterio que fue receptado por la jurisprudencia de esta Corte.

7°) Que una vez precisado el marco en el que debe ubicarse el presente caso, es necesario determinar si, como lo afirma la actora, el poder de policía en materia de salud pública es una facultad de competencia nacional, provincial o concurrente.

Al respecto, la Constitución Nacional no confiere atribuciones expresas o implícitas al gobierno federal para regular la salud pública en todo el territorio nacional, como tampoco se las confiere a las provincias en sus respectivos territorios.

Por ello, si partimos del análisis del sistema federal que consagra el art. 1° de nuestra Carta Magna, el concepto de autonomía de las provincias habilita a considerar que estas se encontraban facultadas para ejercer el poder de policía de la salud pública en su ámbito territorial. Este criterio ha sido entendido como válido tanto por la doctrina constitucional tradicional, como por los autores contemporáneos.

Ahora bien, esta facultad local coexiste con las potestades atribuidas al Congreso Nacional para ejercer el poder policía de la prosperidad según lo establece la Constitución en el art. 75, incs. 18, 19 y 23.

Por lo expuesto, corresponde concluir que tanto la Nación como las provincias ejercen el poder de policía de salubridad en el ámbito de sus respectivas jurisdicciones; sin perjuicio de lo cual, en caso de duda, debe primar el origen local y no delegado de esta potestad.

Este Alto Tribunal así lo ha entendido desde el fallo "Empresa Plaza de Toros vs. Provincia de Buenos Aires" (Fallos: 7:150) al sostener que "...es un hecho y también un principio de derecho constitucional, que la policía de las Provincias está a cargo de sus gobiernos locales, entendiéndose incluido en los poderes que se han reservado, el de proveer lo conveniente a la seguridad, salubridad y moralidad de sus vecinos, y por consiguiente, pueden lícitamente dictar leyes o reglamentos con estos fines".

En el caso "Saladeristas de Barracas" (Fallos: 31:273) esta Corte fundó su decisión, asimismo, en la consideración de que nadie puede tener un derecho adquirido para comprometer la salud pública con el uso que haga de su propiedad.

Este criterio ha sido mantenido sin variaciones hasta la actualidad. Así, en el año 2015 ha sostenido que "...la regla configurativa de nuestro sistema federal sienta el principio según el cual las provincias conservan los poderes que no fueron delegados al gobierno federal y todos aquellos que se reservaron en los pactos especiales al tiempo de su incorporación; y reconoce poderes concurrentes sobre ciertas materias que son de competencia tanto federal como de las provincias, y que por lo tanto son susceptibles de convenios o de acuerdos de concertación" ("Nobleza Piccardo", Fallos: 338:1110).

De lo hasta aquí expuesto queda claro que el gobierno federal no tiene vedada la intervención en las cuestiones sanitarias locales. Por el contrario, tiene injerencia mediante acuerdos celebrados con las autoridades de cada jurisdicción y leyes sanitarias, en ejercicio de una potestad eficaz y razonable para regular situaciones que trascienden los límites provinciales.

Sobre la concurrencia de competencias esta Corte sostuvo en la causa "Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c. Estado Nacional (Poder Ejecutivo Nacional)": "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" (Fallos: 344:309).

8°) Que, habiendo determinado el carácter concurrente del poder de policía entre el gobierno nacional y las provincias en materia de salubridad, corresponde precisar sus alcances en el caso concreto.

A tal efecto, debe delimitarse la cuestión traída a debate.

Adelantamos que desde un punto de vista constitucional el thema decidendum no se refiere a la comercialización de los medicamentos en todo el territorio de la República, cuestión de competencia nacional (art. 75, inc. 13, de la Constitución Nacional); ni a la regulación nacional relativa a la expedición de títulos habilitantes (art. 75, inc. 18, de la Constitución Nacional).

Tampoco es dable afirmar que implica la alteración de las normas de fondo en cuanto a la capacidad de las personas (art. 75, inc. 12, de la Constitución Nacional), ni que apunta a cuestionar lo conducente a la prosperidad del país, ni a la industria farmacéutica (art. 75, inc. 18, de la Constitución Nacional).

Por el contrario, se limita a determinar quién puede ser autorizado para ser propietario de una farmacia en la Provincia de Buenos Aires.

A su vez, desde una perspectiva infra constitucional, en el orden nacional se dictaron la ley 17.565 y sus modificatorias, las que contienen prescripciones referentes a la dirección técnica, las droguerías y herboristerías, las sanciones previstas para el caso de infracciones y el procedimiento dispuesto para su aplicación.

Por su parte, la Provincia de Buenos Aires estableció su regulación mediante la ley 10.606.

La actora alega, a este respecto, que la regulación de la actividad farmacéutica es de carácter nacional. Lo hace con fundamento en el proceso de desregulación implementado a partir del decreto de necesidad y urgencia 2284/1991, que modificó lo referente a la propiedad de los establecimientos farmacéuticos y dispuso, entre otras medidas, la desregulación del comercio interior de bienes y servicios. A su vez, el decreto nacional 240/1999 derogó expresamente en materia farmacéutica los arts. 14, 15 y 16 de la ley 17.565, por lo que la recurrente entiende que esta norma es de aplicación en todo el territorio de la Nación y, por ende, en la Provincia de Buenos Aires.

No es posible, empero, atender al fundamento alegado. Ello en tanto el art. 119 del decreto de necesidad y urgencia 2284/1991 estableció su aplicación obligatoria solo en el ámbito de la entonces Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, y en aquellas provincias que se adhiriesen a su régimen.

Si bien la Provincia de Buenos Aires dictó el decreto 3942/1991, por el cual se adhirió al régimen de desregulación, también dispuso que se ejecutasen las "...medidas de carácter legislativo y administrativo..." necesarias para aplicar el régimen legal a la provincia; condición que no se cumplió, por lo que entendemos no es aplicable lo allí dispuesto en el ámbito local.

Por otra parte, mediante la ley provincial 11.463 de ratificación del decreto 3942/1991, la Provincia de Buenos Aires se adhirió al Pacto Federal para el Empleo, la Producción y el Crecimiento, liberando las restricciones en materia de oferta de bienes y servicios, las intervenciones en los mercados y al sector comercial, entre los que incluye, dar libertad a la instalación de farmacias y reducción horaria entre otras medidas, argumento que la actora utiliza para abonar sus pretensiones. Sin embargo, esta norma no es aplicable al caso ya que el plan marco en el cual se firmó el pacto mencionado precedentemente tuvo vigencia durante el período 1993-1995.

9°) Que habiendo concluido que no corresponde la aplicación del decreto de necesidad y urgencia 2284/1991, debe analizarse la constitucionalidad del art. 14 de la ley provincial 10.606 a la luz de los principios de razonabilidad y de igualdad en cuanto excluye a las sociedades anónimas de aquellos sujetos que pueden ser propietarios de farmacias.

Ello puesto que, si bien está ampliamente reconocida la facultad del Estado a través del ejercicio del poder de policía de dictar normas legales con el fin de asegurar la salud pública de sus habitantes, esta amplitud se encuentra limitada por los derechos y garantías consagrados por la Constitución Nacional.

Así lo establece expresamente el art. 28 cuando prescribe que "Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio". Este mandato constitucional constituye un límite al legislador, quien no puede apartarse de él sin poner en riesgo el Estado de Derecho.

Ahora bien, la ley 10.606 regula en capítulos diferentes lo atinente a la propiedad de la farmacia (capítulo II. y su dirección técnica (capítulo IV).

En particular, el art. 14 de la norma dispone que: "Serán autorizadas las instalaciones o enajenaciones de farmacias cuando la propiedad sea: a) De profesionales farmacéuticos con título habilitante. b) De Sociedades Colectivas o Sociedades de Responsabilidad Limitada, integradas totalmente por profesionales habilitados para el ejercicio de la Farmacia. c) De Sociedades en Comandita Simple formadas entre profesionales habilitados para el ejercicio de la Farmacia y terceros no farmacéuticos, actuando estos últimos como comanditarios, no pudiendo tener injerencia en la dirección técnica. Este tipo de Sociedades podrá autorizarse en cada caso para la explotación de una farmacia y la comandita deberá estar integrada por personas físicas, quienes, a los fines de la salud pública, deberá individualizarse ante la autoridad sanitaria. El o los socios comanditarios no podrán participar de más de tres Sociedades propietarias de Farmacias. d) De Establecimientos Hospitalarios públicos dependientes de la Nación, Provincia o Municipios. e) De las Obras Sociales, Entidades Mutualistas y/o Gremiales que desearen instalar una Farmacia para sus asociados, las que deberán reunir los siguientes requisitos: 1. Una antigüedad mínima de cinco años en su actividad social reconocida. 2. Que se obliguen a mantener la dirección técnica efectiva personal de un farmacéutico y lo establecido en el art. 24° de la ley 10.606, cuyas condiciones de trabajo y remuneración mínima se fijarán por el Colegio de Farmacéuticos. 3. Estas Farmacias estarán destinadas exclusivamente al servicio asistencial de los asociados o afiliados de la Entidad o Entidades que las instalen y de las personas a su cargo, cuya nómina y vínculo deberá consignarse en el carnet que lleva el beneficiario, salvo que existiere convenio de reciprocidad de servicios con otras Obras Sociales, Entidades Mutuales y/o Gremiales. 4. Estas Farmacias no podrán tener propósito de lucro y no podrán expender medicamentos y demás productos farmacéuticos a precio mayor que el costo y un adicional que se estimará para cubrir gastos generales y que fijará el Ministerio de Salud. 5. El Balance de estas Farmacias debe estar integrado en el Balance consolidado de la entidad propietaria. 6. Estas Farmacias en ningún caso podrán ser entregadas en concesión, locación o sociedad con terceros, sea en forma declarada o encubierta. Cuando se constatare la transgresión a esta norma se procederá a la inmediata clausura del establecimiento sin perjuicio de otras sanciones que puedan aplicarse según el caso".

De esta forma la ley 10.606 excluye a las sociedades anónimas de aquellos sujetos que pueden ser propietarios de una farmacia.

Tal regulación legal establece una restricción que no aparece como razonable, pues no se advierte el cumplimiento de qué finalidad pública vinculada a la protección de la salud se persigue con el hecho de exigir que la propiedad de las farmacias sea exclusivamente de ciertos sujetos y no de otros, excluyendo tipos societarios.

Este Tribunal ha resuelto, en este sentido, que "...la reglamentación legislativa no debe ser, desde luego, infundada o arbitraria, sino razonable, es decir, justificada por los hechos y circunstancias que le han dado origen, y por la necesidad de salvaguardar el interés público comprometido y proporcionado a los fines que se procura alcanzar con ella..." ("Pedro Inchauspe Hermanos", Fallos: 199:483).

Por su parte, en el fallo aquí cuestionado la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires sostuvo que "...la delimitación de quienes pueden ser titulares de farmacias mantiene relación con aspectos fundamentales de la organización de la actividad (...) el legislador provincial ha tomado —en definitiva— la decisión de confiar tales materias únicamente a los profesionales farmacéuticos debidamente habilitados y a ciertas entidades estatales y de bien público, lo que, frente al ya mencionado propósito de asegurar un tratamiento humano y responsable de un bien social como el medicamento, en el que no predomine el ánimo de lucro, resulta razonable...".

Sin embargo, el argumento esgrimido no respalda la restricción normativa. En efecto, las cuestiones de administración y organización pueden ser eficazmente desempeñadas por personas que no sean de forma excluyente farmacéuticos o que integren otros tipos societarios.

Es que, conforme sus competencias profesionales específicas, el personal farmacéutico es esencial en la prestación del sistema de salud por las delicadas funciones que cumple dispensando y controlando el uso adecuado de los productos farmacéuticos destinados a la curación, prevención o diagnóstico de enfermedades de las personas, ya se trate de medicamentos que vienen elaborados previamente o cuando preparan o elaboran dichos productos. De igual manera, resulta esencial en la venta de los productos psicotrópicos, estupefacientes y prohibición de uso o venta de elementos tóxicos.

Ninguna de estas competencias, empero, hacen a la propiedad y administración del establecimiento farmacéutico, sino a la dirección técnica en la provisión de medicación e insumos de la salud a los ciudadanos y a su registro y control.

Si bien la calidad de propietario y la de director técnico se encuentran vinculadas al derecho a la salud y a la vida, no se advierte que estos derechos se vean asegurados mediante la exclusión de las sociedades anónimas del carácter de propietarios.

En este sentido, el art. 22 de la ley 10.606 garantiza el rol del profesional farmacéutico en el resguardo de la salud y la vida de la población al disponer que: "La dirección técnica de una farmacia, droguería, laboratorio de control, laboratorio de especialidades medicinales o herboristería, será ejercida por farmacéutico matriculado en la Provincia; que lo hará en forma personal y efectiva con bloqueo de título".

De la lectura del art. 34 de la ley se desprende que ninguna de las obligaciones que la norma pone en cabeza de los profesionales farmacéuticos se relacionan con la propiedad y administración general del establecimiento; sino con sus competencias profesionales específicas, las que ya fueron mencionadas previamente.

Tal falta de razonabilidad ya fue advertida por los propios legisladores (diputados) bonaerenses al momento de debatir la sanción de la ley 10.606.

Así, la diputada Cuezzo refirió que "...la interpretación actual confunde la propiedad de la farmacia con el ejercicio de la profesión del farmacéutico, interpretación a consecuencia de la cual solo los farmacéuticos diplomados en las universidades pueden ser propietarios de farmacias, siendo evidente que el interés de la salud pública se vincula no a la propiedad sino a la dirección técnica de la farmacia, siendo solamente esta última la que debe y conviene reservar a los profesionales graduados en las universidades, semejante a lo que ocurre, por ejemplo, con los sanatorios, laboratorios, droguerías y otros grandes establecimientos también atinentes a la salud pública pero cuya propiedad es libre...".

En el mismo sentido, el diputado Rampi sostuvo "Además, creemos entre otras cosas, (...) que por ejemplo es tan importante como la titularidad de una farmacia, la titularidad de una droguería, cosa que la ley que estamos tratando no contempla ni menciona en absoluto, salvo en el artículo 22 cuando determina que las droguerías tienen que tener un titular farmacéutico como director técnico, pero no habla de quien va a ser propietario de esa droguería..." (Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Legislatura de la Provincia de Buenos Aires, Sesión Extraordinaria del 2 de abril de 1987).

No puede soslayarse, conforme el sentido común y la experiencia, que si bien la posesión del título de farmacéutico se vincula con el tratamiento humano responsable de un bien social como el medicamento; no es razonable afirmar que tal tratamiento humano responsable se vea garantizado con mayor certeza exigiendo que el farmacéutico sea propietario y no meramente director técnico del establecimiento.

No queda claro entonces cómo se explicaría que la salud pública se vea afectada por el hecho de que una sociedad anónima sea propietaria de una farmacia, ni en cuánto incidiría en la salud de la población la conformación societaria de los propietarios.

En definitiva, no se advierte que el medio —exclusión de las sociedades anónimas de la posibilidad jurídica de ser propietarias de una farmacia— guarde una relación de adecuación y proporcionalidad con la finalidad declarada protegida en la Constitución Nacional y los tratados internacionales de proteger la salud y la vida de la población.

Concordantemente, este Tribunal tiene dicho que el Congreso "...se encuentra investido de la facultad de sancionar y establecer todas aquellas disposiciones razonables y convenientes, no repugnantes a la Constitución y que concurran a asegurar el bienestar social y económico de la República y sus habitantes..." ("Manuel Cornú c. José Ronco", Fallos: 142:68).

A contrario sensu, una disposición normativa que no satisfaga los recaudos indicados no cumple con los estándares mínimos que permiten sostener su constitucionalidad.

A continuación, la corte local afirma en el fallo recurrido que "...al no admitir que las sociedades anónimas sean titulares de farmacias, la ley 10.606 tiende a facilitar la individualización de las personas físicas que organizan la actividad, el trato personal y directo, procurando así una mayor visibilidad frente a las autoridades y la sociedad en general...".

Sin embargo, tal como se ha indicado precedentemente, no se ha acreditado la proporcionalidad entre el medio empleado y los fines perseguidos por la norma. Ello porque, conforme la legislación vigente, se puede determinar perfectamente quiénes son los sujetos responsables de la propiedad aun en el caso de las sociedades anónimas.

En efecto, la Ley General de Sociedades 19.550 presume la responsabilidad colectiva de todos los integrantes del órgano de administración de una sociedad que intervienen en la ejecución de una decisión imputable a ella, con base en su actuación conjunta, ya sea que estén presentes o ausentes.

Conforme lo dispuesto por el art. 274 de la mencionada ley, esta presunción de culpabilidad únicamente puede desvirtuarse cuando, una vez probada la culpa del órgano, no es necesario acreditar además la de cada uno de los administradores que lo integran.

Así, la conducta culposa del administrador es la que lo hace responsable, teniendo que responder por

los daños producto de su actuación, no ajustada a la esperada, o cuando viole la ley, el estatuto o el reglamento, o produzca daño por dolo, abuso de facultades o culpa.

Como ya se dijo anteriormente, siendo que la culpa recae sobre todos los miembros del órgano, bastará al reclamante probar la existencia del daño y su conexión con aquel, sin necesidad de acreditar la culpa de cada uno de los miembros, ya que la ley no impone tal requisito.

Respecto a la cuestión de si los sujetos que conforman una sociedad anónima, propietaria de una farmacia, pueden ser individualizados claramente, la ley 19.550 de Sociedades Comerciales determina en su art. 11 los requisitos que debe contener el contrato constitutivo de una sociedad anónima para su inscripción en el registro de sociedades comerciales a los fines de obtener su regularidad y obtener los beneficios del tipo societario. En el inc. 1 del mencionado artículo, se regula la individualización de los socios con sus datos personales. Es decir que del contrato constitutivo se puede determinar cuáles son los miembros que la integran.

En dicho contrato constitutivo o estatuto va a estar determinada, por el tipo societario, cuál es la responsabilidad societaria y de los socios que le atribuye la ley, en algunos casos limitada, en otros ilimitada, también puede ser solidaria o mancomunada y de simple mancomunación.

En el art. 54, último párrafo, la ley de sociedades regula la inoponibilidad de la personalidad jurídica que la hace extensible a todos aquellos que como fuera posible, socios, sociedades controlantes, etc. Además, el Cód. Civ. y Com. de la Nación en su reforma, lo regula del mismo modo en su art. 144, ampliando a los sujetos que alcanza.

A mayor abundamiento, la ley 27.401 regula el régimen de responsabilidad penal aplicable a las personas jurídicas privadas, ya sean de capital nacional o extranjero, por lo cual no puede afirmarse que no pueda determinarse la responsabilidad de las sociedades anónimas.

La innovación de esta ley es muy importante, porque permite que las personas jurídicas sean sujetos de imputación penal, que anteriormente no lo eran.

En conclusión, las sociedades anónimas responden en materia civil, comercial y penal conforme la legislación vigente (leyes 19.550 y 27.401), advirtiéndose una evolución en la materia desde la fecha de sanción de la ley 10.606 (1987), por lo que mal puede alegarse la imposibilidad de individualizar las personas responsables por acciones u omisiones dañosas de forma tal que habilite a excluir a este tipo societario de la propiedad de las farmacias.

10) Que lo dicho hasta aquí no va en desmedro de la importancia de la función del profesional farmacéutico, ni de la necesidad de que se encuentre al frente de la dirección técnica de las farmacias para cumplir con el cometido para el cual su título profesional lo habilita. Menos aún vulnera su derecho a trabajar y a ejercer una industria lícita.

11) Que el otro aspecto a considerar es la violación del principio de igualdad. Este principio constitucional impone un trato igual a quienes se encuentran en iguales condiciones.

Al respecto, el art. 14 de la ley 10.606 viola el principio de igualdad en tanto determina que algunas personas jurídicas se vean beneficiadas con la posibilidad de habilitar o ser propietarias de farmacias y otras no.

Máxime cuando el mismo sistema sanitario de la Provincia de Buenos Aires no impone restricciones análogas para el caso de asociaciones, clínicas, sanatorios o policonsultorios en los que se desempeñan los médicos y de los que pueden —sin embargo— ser propietarias las sociedades anónimas y personas físicas que no cuentan con títulos habilitantes para ejercer la medicina (v. decreto ley 7314/1967 modificado por la ley 11.600).

De allí que siendo el mismo bien jurídico protegido, la salud pública, la existencia de restricciones al tipo societario que puede ser propietario de una farmacia y la ausencia de tales restricciones respecto a la propiedad de asociaciones, clínicas, sanatorios y policonsultorios en los que se desempeñan otros profesionales de la salud pone de manifiesto la irrazonabilidad del art. 14 de la ley 10.606.

De igual manera, al regular los laboratorios de especialidades medicinales y preparaciones oficinales, el art. 70 de la ley 10.606 no impone restricciones sobre quienes pueden ser propietarios de los establecimientos, limitándose a exigir el ejercicio de la dirección técnica por parte de un farmacéutico.

Lo mismo ocurre en el caso de las herboristerías y su laboratorio de calidad, donde también se requiere que la dirección técnica este a cargo de un farmacéutico. En cuanto a quién puede ser propietario en cambio, el art. 73 establece expresamente que pueden ser de una o varias personas o cualquier tipo de sociedad regular.

Por ello, y siendo que el principio de igualdad no implica una igualdad absoluta, sino la igualdad de trato para quienes se encuentran en iguales condiciones, y atento a que en el presente caso los supuestos indicados precedentemente son sociedades comerciales, la ley debe amparar a todos los tipos societarios de la misma manera.

En este contexto no es dable sostener que exista un criterio razonable que permita excluir a las sociedades anónimas de la propiedad de las farmacias en aras de mejorar la prestación del servicio de salud pública.

En los precedentes de este Tribunal, encontramos fundamentos que abonan lo que sostenemos, así esta Corte (del voto de la mayoría) declaró la inconstitucionalidad del art. 14 de la ley 10.606, en tanto impedía a las entidades de bien público que no se encuentran expresamente mencionadas en él, ser propietarias de establecimientos farmacéuticos, sosteniendo que esa disposición carece de razonabilidad por ser contraria al principio de igualdad ante la ley (Fallos: 333:1279).

Así también, en Fallos: 306:400 esta Corte sostuvo que "en ejercicio de facultades discrecionales en manera alguna puede constituir un justificativo a su conducta arbitraria, pues es precisamente la razonabilidad con que se ejercen tales facultades el principio que otorga validez a los actos de los órganos del Estado y que permite a los jueces, ante planteos concretos de la parte interesada, verificar el cumplimiento de dicho presupuesto". Cuando se afirma que son facultades discrecionales las ejercidas en el marco del poder de policía local al regular los requisitos para la habilitación de la farmacia, si bien es cierto que cada jurisdicción puede establecer recaudos conforme a su propia realidad, esa regulación es válida siempre y cuando no sea arbitraria, como en el caso de autos.

12) Que finalmente, la Corte local alega en su fallo que la finalidad de la ley 10.606 sustenta la restricción hoy cuestionada y que así lo ha reflejado la voluntad de los legisladores, transcribiendo en este punto la opinión del legislador (senador) Ghiani (ver fs. 608 vta. y 609).

Sin embargo, no debe soslayarse que tal opinión fue seleccionada intencionalmente, pues de la lectura de la copia del diario de sesiones de la Cámara de Diputados de la Legislatura de la Provincia de Buenos Aires correspondiente a la sesión extraordinaria del 2 de abril de 1987 donde se debatieron los fundamentos para la aprobación de la actual ley 10.606, se advierte que en lo referido a la propiedad de las farmacias la opinión de los legisladores no fue unánime.

Se han transcripto precedentemente las opiniones de los diputados Cuezzo y Rampi que dan cuenta de ello.

13) Que, por los argumentos esgrimidos, al violentarse la razonabilidad y el principio de igualdad, queda clara la invalidez jurídica de la norma en este contexto.

Respecto a las demás pretensiones de la actora, de la declaración de inconstitucionalidad del art. 3° de la ley 10.606 de la Provincia de Buenos Aires que establece restricciones referidas a la cantidad de farmacias que pueden ser instaladas por una persona jurídica y la distancia que debe mantenerse entre ellas para su habilitación dentro del territorio de la mencionada provincia, no habiéndose expedido la instancia de anterior grado, corresponde devolver las actuaciones para que se resuelvan estas cuestiones por el superior tribunal de la causa (art. 14, ley 48).

Por todo lo expuesto, y oída que fuera la señora Procuradora Fiscal, se hace lugar a la queja, se declara parcialmente procedente el recurso extraordinario federal, se revoca la sentencia apelada en cuanto declara la validez del art. 14 de la ley 10.606 de la Provincia de Buenos Aires y se devuelven los autos al tribunal de origen para que se expida sobre los agravios pendientes de solución. Con costas. Reintégrese el depósito de fs. 3. Agréguese la queja a los autos principales. Notifíquese y remítase.— *Mirta G. Sotelo de Andreau.*

La *ratio decidendi* del caso "Farmacity": ¿innovación jurídica o aplicación clásica de doctrina jurisprudencial?

Juan B. Garda

Sumario: I. Introducción.— II. El caso "Farmacity".— III. Poder de policía: cuestiones esenciales. Una reformulación posible en el Estado de derecho constitucional.— IV. El *holding case* de "Farmacity": ¿doctrina clásica o innovación jurídica? Poder reglamentario y federalismo.— V. Consideraciones finales. Mi respuesta al interrogante.

FEDERALISMO Y NACIÓN...

"Pero las verdaderas democracias no se forman de pueblos adiestrados para tal o cual propósito particular, sino de espíritus y voluntades inspirados en ideales ermanentes de bien y armonía social o de civilización y cultura humanas. El primer paso, dice Joaquín V. González, de una conciencia educada, se dirige al bien, el segundo a la benevolencia, el tercero al amor: educar los pueblos es, por tanto, fortalecerlos por la unión, armonizarlos con sus vecinos y crear la gran unidad del género humano" (*).

I. Introducción

En los interesantes comentarios que se han escrito sobre el caso "Farmacity" es común afirmar que contiene sugestivas novedades de *índole jurídica*; pienso que en esa afirmación acecha un error. Dicho pensamiento, me llevará por un sendero constitucional, doctrinario y jurisprudencial que culminará en la respuesta al siguiente interrogante: la *ratio decidendi* del caso "Farmacity": *¿innovación jurídica o aplicación clásica de doctrina jurisprudencial?*

Dicho sendero se iniciará con el desarrollo de las circunstancias fácticas fundamentales del caso, con especial detenimiento en el fallo pronunciado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación **(1)** que lo resolvió.

Seguidamente, atento su estrecha vinculación con la sentencia del máximo tribunal, trataré aspectos originarios y conceptuales del poder de policía, proponiendo una reformulación posible de la noción históricamente utilizada respecto a este instituto jurídico. Inmediatamente se abordará en clave de federalismo, las soluciones que ha brindado la jurisprudencia y la doctrina especializada en lo concerniente a la competencia de la nación y los Estados interiores en dicha materia.

A continuación, abordaré el *holding case* a efectos de dilucidar si efectivamente la sen-

(*) Discurso del Dr. Alfredo L. Palacios en el Senado de la Nación, 25/9/1933, publicado en "Obras completas de Joaquín V. González", UNLP, vol. I, Bs. As. 1935, p. 19.

(1) CS, "Farmacity SA c. Fisco de la Provincia de Buenos Aires y otro s/ pretensión anulatoria - recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley", 30/06/2021, Fallos 344:1557.

tencia de la Corte federal posee la innovación jurídica que distintas voces analíticas han propuesto; inmediatamente trataré lo que, a mi criterio, son aspectos secundarios del caso, en donde se endilgará una particular visión sobre los hechos del caso.

Finalmente, expondré las conclusiones, en donde dejaré asentada la visión general del caso y mi respuesta particular al interrogante planteado.

Ante todo, corresponde aclarar que el caso en examen involucra diversas cuestiones vinculadas al federalismo, sus elementos y particularidades argentinas. Es que todo federalismo engloba relaciones de poder entre distintos órdenes de gobierno, nacional, provincial y municipal, las cuales se manifiestan en autoridades, competencias, dominios y jurisdicciones **(2)**. El caso "Farmacity" se desenvuelve en dicho marco institucional.

II. El caso "Farmacity"

II.1. Con fecha 28/05/2012 la firma Farmacity SA (que gira bajo el nombre comercial más conocido de "Farmacity") promovió demanda anulatoria contra la res. 35/2012 dictada por el Ministerio de Salud de la provincia de Buenos Aires que rechazó su solicitud para habilitar farmacias en jurisdicción provincial, proceso que tramitó por ante el Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo N° 2 de La Plata.

En el escrito de inicio, adicionalmente, la accionante requirió se reconociese en forma expresa su derecho a ser propietaria de farmacias, a que estas sean regularmente habilitadas, y a explotarlas en el ámbito de la citada provincia, dentro de cualquier ubicación autorizada por las normas de planeamiento urbano, siempre bajo la dirección técnica de un profesional farmacéutico con título habilitante y debidamente colegiado.

Para el caso de interpretarse que los arts. 3° y 14 **(3)** de la ley provincial 10.606 le prohibían acceder a lo peticionado, planteó la inconstitucionalidad de tales preceptos, por resultar a su entender violatorios de normas nacionales de mayor jerarquía (básicamente, del decreto nacional 2284/1991, ratificado por ley 24.307), así como también por entender que vulneraban lo establecido por los arts. 14, 16, 19, 42 y 75 de la CN.

Con base en idénticos fundamentos jurídicos, la sociedad actora impugnó también lo dispuesto en la Nota nro. 1375/2011, por medio de

(2) ÁBALOS, María G., "Fortalezas y debilidades del federalismo argentino", JA, Derecho Constitucional, 2015, pp. 1 y 2.

(3) El art. 14 de la ley provincial 10.606 de Farmacias (BO 09/12/1987), es una "norma clave" del juicio, la misma preceptúa: "Serán autorizadas las instalaciones o enajenaciones de farmacias cuando la propiedad sea: a) De profesionales farmacéuticos con título habilitante. b) De Sociedades Colectivas o Sociedades de Responsabilidad Limitada, integradas totalmente por profesionales habilitados para el ejercicio de la Farmacia. c) De Sociedades en Comandita Simple formadas entre profesionales habilitados para el ejercicio de la Farmacia y terceros no farmacéuticos, actuando éstos últimos como comanditarios, no pudiendo tener injerencia en la dirección técnica. Este tipo de Sociedades podrá autorizarse en cada caso para la explotación de una farmacia y la comandita deberá estar integrada por personas físicas, quienes, a los fines de la salud pública, deberá individualizarse ante la autoridad sanitaria. El o los socios comanditarios no podrán participar de más de tres [3] Sociedades propietarias de Farmacias. d) De Establecimientos Hospitalarios públicos dependientes de la Nación, Provincia o Municipios. e) De las Obras Sociales, Entidades Mutualistas y/o Gremiales que desearen instalar una Farmacia para sus asociados, las que deberán reunir los siguientes requisitos: 1. Una antigüedad mínima de cinco [5] años en su actividad social reconocida. 2. Que se obliguen a mantener la dirección técnica efectiva personal de un farmacéutico y lo establecido en el art. 24 de la ley 10.606, cuyas condiciones de trabajo y remuneración mínima se fijarán por el Colegio de Farmacéuticos. 3. Estas Farmacias estarán destinadas exclusivamente al servicio asistencial de los asociados o afiliados de la Entidad o Entidades que las instalen y de las personas a su cargo, cuya nómina y vínculo deberá consignarse en el carnet que lleva el beneficiario, salvo que existiere convenio de reciprocidad de servicios con otras Obras Sociales, Entidades Mutuales y/o Gremiales. 4. Estas Farmacias no podrán tener propósito de lucro y no podrán expender medicamentos y demás productos farmacéuticos a precio mayor que el costo y un adicional que se estimará para cubrir gastos generales y que fijará el Ministerio de Salud. 5. El Balance de estas Farmacias debe estar integrado en el Balance consolidado de la entidad propietaria. 6. Estas Farmacias en ningún caso podrán ser entregadas en concesión, locación o sociedad con terceros, sea en forma declarada o encubierta. Cuando se constatare la transgresión a esta norma se procederá a la inmediata clausura del establecimiento sin perjuicio de otras sanciones que puedan aplicarse según el caso".

la cual el Departamento Farmacia de la Dirección Provincial de Coordinación y Fiscalización Sanitaria había denegado el pedido de habilitación formulado con relación a un local sito en la Calle 12 de Octubre nro. 794 de la localidad de Pilar.

Relató que contra dicha Nota interpuso un recurso de revocatoria que a su turno fue desestimado por la disposición 1699, como así también un recurso jerárquico frente al cual la Administración mantuvo silencio luego de transcurridos treinta [30] días de solicitado pronto despacho, motivo por el cual sus embates fueron dirigidos, tanto contra ese segundo acto, como contra el rechazo derivado del silencio administrativo que estimó configurado.

II.2. Con fecha 19/08/2012 se tuvo por presentada la contestación de demanda por parte de la Fiscalía de Estado de la provincia de Buenos Aires, a través de la cual solicitó el rechazo de la acción instaurada promovida en mérito a los distintos argumentos que a ese fin desarrolló, destacando a su vez —en los términos de lo preceptuado por el art. 94 del Cód. Proc. Civ. y Com.— que en autos resultaba procedente la citación como tercero del Colegio de Farmacéuticos de la provincia de Buenos Aires. Atento lo expuesto, se le corrió traslado de la demanda como tercero coadyuvante (conf. art. 10 CPCA, ley provincial 12.008 y modif.), la que por su parte también se presentó y solicitó el rechazo íntegro de la acción deducida, abundando en diversas consideraciones sobre las cuestiones controvertidas.

II.3. Con fecha 01/04/2014 la jueza de primera instancia (JUCA 2 LP) desestimó tanto la pretensión anulatoria, como la de reconocimiento de derechos que habían sido articuladas por la accionante, imponiendo las costas en el orden causado. Contra el pronunciamiento referido en el punto anterior, dedujeron sendos recursos de apelación Farmacity y la Fiscalía de Estado, esta última únicamente en lo relativo a la imposición de costas.

Con fecha 09/12/2014 el tribunal de alzada dictó sentencia por la cual decidió rechazar el recurso incoado por la parte actora y confirmar la sentencia atacada en todo cuanta fuera materia de sus agravios, imponiendo las costas en ambas instancias a la vencida, de acuerdo con lo preceptuado por el art. 51 del CPCA.

Para resolver la contienda en el sentido indicado, el doctor De Santis, con cuya opinión luego coincidieron el resto de los integrantes de la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo de La Plata (magistrados Milanta y Spacarotel), esencialmente consideró que la naturaleza de servicio público impropio que define a la actividad de farmacia justifica la mayor intensidad reglamentaria a que esta se ve sujeta. Añadió que las restricciones establecidas por la ley local 10.606 se inscriben en un espacio preceptivo destinado a regular la profesión de los farmacéuticos, que en la provincia de Buenos Aires solo puede ser desempeñada por las personas físicas que cuenten con los títulos exigibles y se matriculen debidamente.

Sostuvo que la ley nacional de farmacias y el decreto de desregulación 2284/1991 carecen de vigor aplicativo en el ámbito provincial, porque el poder de policía del ejercicio profesional de la farmacia y las condiciones de habilitación del expendio de especialidades medicinales no integran los poderes delegados al gobierno federal por las provincias, sin que tampoco medien —en su visión— atribuciones concurrentes entre estos sobre tales materias. Más adelante, rechazó que la adhesión provincial al sistema del decreto recién citado implicara de por sí la derogación de la ley 10.606.

II.4. Ante el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley local interpuesto por la parte actora, a través de sentencia del día 27/10/2015, la Suprema Corte de la provincia de Buenos (causa A-73.939) resolvió confirmar la sentencia impugnada. En dicha sentencia votó en primer lugar la Dra. Kogan, voto al que adhirieron los magistrados Genoud y Pettigiani. A la misma solución, aunque con adición de fundamentos votó el Dr. Daniel Soria (al que adhirió el Dr. De Lázzari).

La Suprema Corte provincial expresó: "la exclusión de las sociedades anónimas como sujetos que pueden ser titulares de farmacias, consagrada implícitamente por el art. 14 de la ley 10.606, se revela, conforme lo señalé, como una manifestación del poder de policía en materia de salubridad, cuando de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte que integro, por principio, aquel es de jurisdicción local (conf. causas I. 1631, 'Labinca SA', sent. del 17/02/1998; I.

1983, 'Copetro', sent. del 20/03/2002; C. 91.806, 'Spagnolo', sent. del 19/03/2008)" **(4)**.

En cuanto a la supuesta relación del punto en discusión con la facultad del Congreso nacional para dictar los códigos de fondo y reglar así la propiedad (conf. art. 75 inc. 12 de la CN), en la sentencia del alto tribunal local se transcribió el debate del proyecto que dio origen a la ley 10.606 en la Legislatura provincial, en donde el senador Ghiani sostuvo: "...el criterio que sustentamos se refiere a que la titularidad del establecimiento o la propiedad de la farmacia es una modalidad inherente inseparable del ejercicio profesional. La propiedad de la farmacia no se rige por el dominio de la cosa ni de los bienes, si no por una titularidad de la habilitación de la oficina farmacéutica. La farmacia existe jurídicamente a partir del acto administrativo de habilitación, por eso es que afirmamos que es una modalidad del ejercicio profesional (...) el cual no se comprende sin que el farmacéutico tenga una farmacia donde actuar y donde actuar poniendo en juego un factor fundamental que está dado por la idoneidad profesional que debe reunir quien pretende ejercer esa actividad relacionada con la salud" **(5)**.

De lo anteriormente citado, a criterio de la SCBA, surgía con claridad que cuando la ley 10.606 habla de "propiedad de la farmacia" remite en verdad a las condiciones establecidas por el Estado para poder ser titular de una actividad que requiere de habilitación expresa, en tanto se halla sujeta a una intensa reglamentación y control, debido a los bienes jurídicos en juego.

También la SCBA expresó, respecto el recurso extraordinario local interpuesto por Farmacity: "El cuestionamiento señalado no se ajusta a una adecuada lectura del sistema de distribución de competencias que instaura la Constitución Nacional. La regulación del ejercicio profesional farmacéutico, así como las condiciones de habilitación del expendio de especialidades medicinales consagradas en la ley 10.606, involucran potestades reservadas de la provincia, que por tanto no fueron delegadas en el gobierno nacional" **(6)**.

II.5. Con fecha 11/08/2016 la empresa demandante interpuso recurso extraordinario federal contra la sentencia del máximo tribunal de la provincia de Buenos Aires, el que fue rechazado mediante resolución del 28/12/2016, ello así, en base a considerar que las cuestiones relativas a la aplicación e interpretación del derecho público local (como las planteadas por la recurrente) son privativas de los tribunales locales y, en principio, ajenas a la competencia federal **(7)**.

Disconforme con dicho pronunciamiento, la empresa actora interpuso recurso de queja que fue tratado por la Procuradora General de la Corte Suprema, la prestigiosa Dra. Laura Monti, que a través de resolución de fecha 11/04/2018 dictaminó que correspondía hacer lugar a dicho recurso, declarar procedente el recurso extraordinario federal interpuesto, revocar la sentencia apelada en cuanto declaró la validez constitucional del art. 14 de la ley 10.606, declarar la nulidad de los actos administrativos impugnados y devolver los autos al tribunal de origen, para que se pronuncie sobre la constitucionalidad del art. 3° de dicha ley local **(8)**.

(4) Voto de la Dra. Hilda Kogan, consid. IV. 2.a., p. 15 de la sentencia de la SCBA.

(5) Diario de sesiones, Senado de Buenos Aires, 25/09/1987.

(6) Voto del Dr. Daniel Soria, ap. 1, p. 27 de la sentencia de la SCBA.

(7) Textualmente, expresó la SCBA al rechazar el remedio extraordinario: "La presente vía no puede prosperar. En efecto, las cuestiones relativas a la aplicación e interpretación del derecho público local —como las aquí planteadas en torno a la ley 10.606— son privativas de los tribunales provinciales y ajenas como regla a la competencia federal por lo que, en estos casos, se torna particularmente exigible que la apelación cuente respecto de los agravios que la originan con fundamentos suficientes para dar sustento a la invocación de un supuesto de inequívoco carácter excepcional (art. 14, ley 48; conf. doct. Fallos 264:72; 297:410; 325:2192)".

(8) Esencialmente, la Dra. Monti sustentó su postura del siguiente modo: "considero que la regulación sobre la titularidad o propiedad de los establecimientos farmacéuticos se vincula con la capacidad de las personas humanas y jurídicas para adquirir derechos y contraer obligaciones, cuestión que no queda comprendida en el derecho público local, sino que se trata de un elemento general del derecho y, por lo tanto, del resorte exclusivo del Congreso de la Nación, en virtud de lo dispuesto por el art. 75, inc. 12, de la CN en cuanto constituye una facultad expresamente delegada por las provincias al Gobierno Federal. De tal modo, la inconstitucionalidad

II.6. Con fecha 30/06/2021 dictó sentencia la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la que resolvió declarar formalmente admisible la queja y el recurso extraordinario federal; en lo relativo a la cuestión sustancial o de fondo, declaró la validez constitucional del art. 14 de la ley provincial 10.606 y confirmar íntegramente la sentencia de la SCBA.

Voto de los Dres. Highton y Lorenzetti (voto y fundamento de la mayoría):

Rechazó la demanda, y se pronunció a favor de la constitucionalidad del art. 14 de la ley provincial 10.606 de Farmacias (BO 09/12/1987). Adoptó como fundamento liminar precisar que, conforme surge de la distribución de competencias previstas por la Constitución argentina, los poderes de las provincias son originarios e indefinidos (art. 121, CN) y los poderes delegados por las provincias a la nación son definidos y expresos (art. 75, CN), por lo tanto la regla de interpretación federal que se impone consiste en que las provincias pueden dictar normas promotoras del bienestar y la prosperidad con dos limitaciones concretas: a) las prohibiciones emergentes del art. 126 de la Constitución argentina y b) la razonabilidad sustancial (consid. 9). Como consecuencia de la regla expuesta, las leyes provinciales solo pueden ser formalmente invalidadas (consid. 10):

- Cuando la Constitución le otorga al Congreso en términos expresos y excluyentes una determinada facultad.

- Cuando el ejercicio de idénticos poderes ha sido expresamente prohibido a las provincias.

- Cuando se verifica una manifiesta e insalvable incompatibilidad entre una norma provincial y una norma emanada del Congreso.

Se agregó que el tema que se discute en la causa se vincula exclusivamente con el expendio de medicamentos en el territorio de la provincia de Buenos Aires y no la distribución y comercialización de medicamentos a nivel nacional que le corresponde de forma exclusiva al Estado federal. Como esta atribución no se encuadra en las competencias exclusivas y excluyentes del Congreso ni tampoco es una materia vedada a las provincias, aquella se subsume en la tipología de las competencias compartidas y concurrentes abarcando la regulación del ejercicio de la profesión de farmacéutico, las condiciones de habilitación de los locales y el poder de policía en materia de salubridad (consid. 11).

Voto del Dr. Irurzun (mayoría, pero por fundamentos propios):

El conjuez Dr. Irurzun, intervino en la causa por las excusaciones de los jueces Rosatti y Rosenkrantz. También confirmó la sentencia de la SCBA recurrida por la parte accionante. Pero desarrolló un voto propio, básicamente sustentó su posición en establecer que la norma local no regula la propiedad en el sentido asignado por el Cód. Civ. y Com., sino con relación a los requisitos exigibles para la habilitación de las farmacias y el ejercicio de la actividad farmacéutica. Se trata del derecho a ser propietario de la habilitación y no del derecho a ser propietario de un derecho real sobre la cosa. La regulación adoptada es consecuencia de una política sanitaria que ubicó a la salud como un derecho humano merecedor de una protección especial, donde la relación entre los usuarios y el farmacéutico se produce en un contexto donde la vulnerabilidad que implica la necesidad de acceso se encuentre a resguardo de un prevalente interés comercial (consid. 4).

Agregó que la potestad esgrimida por la provincia de Buenos Aires se ubica dentro del poder de policía de competencia exclusiva del órgano local, en tanto que se vincula con las pautas de cumplimiento necesarias para el ejercicio de la actividad farmacéutica en cuanto ejercicio de una profesión liberal cuya regulación corresponde a las provincias. Por lo tanto, a su criterio, el art. 14 de la ley 10.606 no avanzó indebidamente sobre las competencias del Congreso ni tampoco se verificó que coexistan dos disposiciones contrapuestas regulando un mismo aspecto (consid. 4).

---

del arto 14 de la ley 10.606 aparece así indudablemente configurada, pues la provincia demandada al legislar sobre la propiedad o titularidad de los establecimientos farmacéuticos avanzó indebidamente sobre un tema —la capacidad de las personas— cuya regulación uniforme en todo el país corresponde exclusivamente al Congreso de la Nación (Fallos 322:1442)" (véase ap. VIII, párrs. 3 y 4, del dictamen).

Asimismo, agregó que la aplicación del DNU nacional 2284/1991 no modificaba el criterio expuesto, por cuanto dicha norma, si bien estableció una desregulación respecto de la materia en litigio, sus disposiciones no tuvieron efectiva recepción normativa en la esfera local. La provincia de Buenos Aires adhirió en general al DNU 2284/1991 pero la operatividad de sus cláusulas quedó supeditada a una condición suspensiva (el estudio de diversos cuerpos normativos, entre los que se encontraba la ley 10.606, con miras a receptar la política económica de emergencia establecida en el DNU 2284/1991) que nunca se cumplió, puesto que no existió una actividad legislativa concreta que en materia de salud recogiera la desregulación comercial (consid. 5).

Voto de la Dra. Sotelo de Andreu (en disidencia):

La jueza que votó en minoría (que también intervino por la excusación mencionada *supra*) consideró que el *thema decidendum* se limitaba "a determinar quién puede ser autorizado para ser propietaria de una farmacia en la provincia de Buenos Aires".

Sostuvo como punto de partida, que la regulación de la habilitación y funcionamiento de las farmacias constituye un aspecto de la protección de la salud pública, la cual configura uno de los objetos del ejercicio del poder de policía (consid. 6). Dentro de este marco conceptual, tanto el Estado nacional como las provincias ejercen el poder de policía en el ámbito de sus respectivas jurisdicciones de manera concurrente, pero, en caso de duda, debe primar el origen local y no delegado de dicha facultad (consid. 7).

La cuestión que se debate se limita a determinar quién puede ser autorizado para ser propietario de una farmacia en la provincia de Buenos Aires. En este punto, descartada la aplicación del DNU 2284/1991 por no haberse implementado a nivel local, la provincia de Buenos Aires está habilitada formalmente a dictar una norma que tenga por objeto regular la habilitación y el funcionamiento de las farmacias (consid. 9).

Sin embargo, finalmente, esta disidencia estimó dar razón en voto solitario a la sociedad recurrente, por estimar que la norma impugnada violentaba la razonabilidad y el principio de igualdad.

III. Poder de policía: cuestiones esenciales. Una reformulación posible en el Estado de derecho constitucional

III.1. De la lectura de las cuatro sentencias dictadas en la causa "Farmacity" (la del JUCA 2 LP, luego CCALP y SCBA en sede local y, finalmente, la emitida por la CSJN en la instancia extraordinaria federal), se observa un hilo conductor de un tema que ha sido preponderante para definir la suerte del proceso, con carácter adverso a las pretensiones procesales de anulación y de inconstitucionalidad contenidas en la demanda **(9)**; dicho tema o instituto jurídico es el "poder de policía".

(9) Estimo adecuado, realizar algunas precisiones conceptuales respecto a los conceptos acción, pretensión procesal y demanda, en virtud que, en ocasiones, de modo inadecuado se los utiliza como sinónimos. Desde el punto de vista técnico-jurídico, la doctrina procesalista clásica italiana ha efectuado distinciones respecto a dichos términos (CARNELUTTI, Francisco, "Instituciones del nuevo proceso civil italiano", GUASP, Jaime (trad.), Bosch, Barcelona 1942, p. 34 y ss.). En esta dirección, conviene recordar respecto al concepto de "acción", que, siguiendo la huella del derecho romano, la doctrina inicialmente consideró que la acción y el derecho eran una misma cosa, y se llegó a decir que la acción era el derecho en movimiento, o el derecho elevado a una segunda potencia. Es decir que la conexión íntima de tales institutos se resolvía en una confusión de los dos conceptos. Esta concepción se mantuvo hasta comienzos del siglo XX (CHIOVENDA, Giuseppe, "Instituciones de Derecho Procesal Civil", Revista Derecho Privado, Madrid, 1936, vol. I, ps. 20/21). Sin embargo, tales antiguas construcciones fueron dejadas de lado y la ciencia procesal logró otorgarle autonomía a la noción conceptual de acción; incluso, de modo categórico se ha expresado que la separación mencionada constituyó en la ciencia del proceso un fenómeno análogo a lo que representó para la física la división del átomo (COUTURE, Eduardo J., "Fundamentos del Derecho Procesal Civil", Depalma, Buenos Aires, 1964, p. 63). La doctrina procesalista clásica, luego de la referida escisión de dichos institutos, terminó perfilando en el derecho moderno el concepto de acción, como la facultad de dirigirse al Estado para obtener Justicia, por lo que resulta fundamental el hecho que no se tiene jurisdicción sin acción, esto es, que la Justicia no se mueve si no hay quien la solicite (CALAMANDREI, Piero, "Instituciones de Derecho Procesal Civil", Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1962, vol. I, ps. 232/233). Si bien la sinonimia de "acción" y "derecho" se logró superar, y actualmente no hay confusión entre tales términos; no ocurre lo mismo con la existente entre "acción" y "pretensión", que en reiteradas ocasiones se utilizan como equivalentes. Se entiende por "pretensión procesal" el acto en cuya virtud se reclama ante un órgano judicial y frente a una persona distinta, la resolución de un conflicto susci-

Ello amerita un detenimiento en esta categoría jurídica, a efectos de recordar sus principios básicos conceptuales. Asimismo, trataré una reformulación posible (¿pendiente?) de dicha categoría en el marco del actual Estado de derecho constitucional y convencional que nos encontramos transitando en el umbral del siglo XXI. A posteriori de ello, en el capítulo siguiente, entraré de lleno en la tesis central de este trabajo, vinculado a la cuestión de *poder de policía y competencia en el federalismo argentino*. Continuemos.

III.2. El contenido y significado de "policía" ha variado con el tiempo. Dicho término, proviene del griego *politeia* que significaba gobierno o administración de la ciudad. La "policía" griega se refería a todas las formas diferentes de gobierno. Era un concepto de amplio contenido, equivalente a la actividad total del Estado; luego se limitó a la actividad total de la Administración pública, y actualmente solo implicaría una parte de la actividad de esta **(10)**.

Con relación a su origen, corresponde indicar que como institutos del derecho las expresiones "policía" y "poder de policía" poseen distinta fuente. La noción de "policía" aparece en Francia a principios del siglo XV. Se refieren a ella unas ordenanzas reales del año 1415, que hablan de la propiedad pública, del bienestar colectivo. A fines de dicho siglo esa expresión pasa a Alemania. La locución "poder de policía" se origina en el año 1827 en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos, a través de una sentencia de John Marshall, quien en su voto se refirió por primera vez al *police power.*

Concretamente me refiero al recordado caso "Brown vs. Maryland" **(11)**, caso en que se discutía si el Estado de Maryland podía exigir una autorización previa a un importador extranjero para vender pólvora dentro de su territorio. En esta ocasión, también se discutía la interpretación a la cláusula comercial de la Carta Magna, y la posibilidad que los Estados interiores impusieran restricciones al tránsito comercial. La sentencia resultó a favor del gobierno federal, ya que se estableció que la regulación del comercio interestatal pertenece íntegramente al Congreso. Este fallo, justamente, es famosamente recordado, dado que Marshall "habló allí por primera vez del *police power* (poder de policía), sosteniendo que el mismo constituye el poder remanente que los estados locales conservaron al sancionar la constitución" **(12)**. Sin perjuicio de lo expresado, cabe advertir que ya en el caso "Gibbons v. Odgen" (1824) Marshall se refirió al reconocido poder del estado para regular su policía **(13)**.

tado entre dicha persona y el autor de la reclamación. Así la pretensión procesal, consiste básicamente en una "petición principal" fundada en Derecho, que formula la parte actora ante un magistrado, la cual determina el objeto del pleito. La posibilidad que la pretensión sea planteada como contenido de la demanda obedece, precisamente, a la existencia de la acción como vehículo para acudir ante los tribunales. Esta última no es más que el poder jurídico de hacer valer la pretensión. Así en sentido estricto, si la acción es concebida como un derecho cívico o de petición, que es previo a la petición procesal determinante, la acción no puede erigirse en el contenido de la demanda que delimitará el objeto del proceso. La posibilidad que la pretensión sea planteada como contenido de la demanda obedece, precisamente, a la existencia de la acción como vehículo para acudir ante los tribunales. Esta última no es más que el poder jurídico de hacer valer la pretensión. En síntesis, en sentido jurídico estricto, corresponde aclarar los conceptos: a) la acción es concebida como un derecho cívico o de petición, que es previo a la petición procesal determinante; b) la pretensión procesal es el contenido de la demanda, petición principal determinante del objeto del proceso; y c) la demanda se erige como el acto procesal que generalmente inicia dicho proceso o causa judicial (CALAMANDREI, Piero, "Instituciones de Derecho Procesal Civil", Ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1962, vol. I, p. 222; HUTCHINSON, Tomás, "Código Procesal Contencioso Administrativo", Scotti, Avellaneda, 2005, p. 188; COUTURE, Eduardo J., "Fundamentos del Derecho Procesal Civil", Depalma, Buenos Aires, 1964, p. 68).

(10) MARIENHOFF, Miguel Santiago, "Tratado de Derecho Administrativo", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, 6ª ed., t. IV, p. 414; CASSAGNE, Juan C., "Curso de Derecho Administrativo, LA LEY, 2018, 12ª ed., t. II, p. 143.

(11) 25 U.S. (12 Wheaton) 419, 443 (1827); cita extraída de nota 173 de autor que cito en nota siguiente.

(12) BIANCHI, Alberto B., "Control de constitucionalidad", Ábaco, Bs. As., 2002, 2ª ed., t. 1, p. 85).

(13) En este caso, también célebre de la jurisprudencia americana, por primera vez fue interpretada la cláusula comercial de la Constitución de EE. UU.; siendo llamado por ello la proclamación de la emancipación del comercio norteamericano. La cláusula comercial mencionada, del art. I, sección 8, expresa: "El Congreso tendrá facultad ... Para reglamentar el comercio con naciones extranjeras, así como entre los Estados Unidos, y con tribus indígenas". En dicho país la competencia federal en materia de comercio exterior e interior refleja la importancia nacional de esa actividad y la necesidad de destrabar eventuales conflictos

III.3. Nuestra Constitución Nacional, al referirse a la regulación del ejercicio de los derechos esenciales del habitante, no emplea las expresiones "policía" o "poder de policía": el art. 14 solo expresa que todos los habitantes gozan de los derechos que luego se enumeran "conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio"; el poder de policía se particulariza, entonces, en la facultad del Congreso para regular el ejercicio de esos derechos individuales. La actual CN en el art. 75.30 utiliza la expresión "poder de policía", pero dicha mención no está referida, concreta y específicamente, a la reglamentación de derechos individuales en pos de intereses colectivos.

Bielsa expresaba que el poder de policía comprende como concepto un poder genérico de reglamentación general interna, dirigida a velar por la seguridad y el bienestar de los habitantes de la nación, las provincias, y los municipios **(14)**, según la esfera de que se trate **(15)**.

En su excelente definición, Segundo V. Linares Quintana afirma que el poder de policía es la potestad jurídica en cuya virtud el Estado, con el fin de asegurar la libertad, la convivencia armónica, la seguridad, el orden público, la moralidad, la salud, y el bienestar general de los habitantes, impone, por medio de la ley y de conformidad con los principios constitucionales, limitaciones razonables al ejercicio de los derechos individuales, a los que no puede alterar o destruir **(16)**.

Marienhoff define el "poder de policía" como una potestad reguladora del ejercicio de los derechos y del cumplimiento de los deberes constitucionales de los habitantes **(17)**.

Cassagne estima que es la actividad de limitación de derechos privados que se manifiesta a través del poder legislación mediante leyes y reglamentos que limitan el ejercicio y contenido de los derechos individuales para hacerlos compatibles con los derechos de otros o con los fines de interés público que persigue la comunidad **(18)**.

Balbín estima que es el poder de regulación, entendido como poder estatal de limitación de los derechos de las personas, siendo una facultad correspondiente claramente al poder legislativo **(19)**.

En la obra colectiva Gargarella-Guidi se expresa que todos los derechos constitucionales resultan inevitablemente recortados o restringidos por las normas que emite el Estado para el cumplimiento de sus cometidos; en eso consiste el poder reglamentador, llamado históricamente "poder de policía del Estado" **(20)**.

---

interjurisdiccionales que impidan la fluidez del comercio, sobre todo con barreras impositivas. El hoy inc. 13 del art. 75 de nuestra Carta magna, tuvo su fuente en la cláusula citada de la Constitución de Estados Unidos (conf. GELLI, María A., "Constitución de la Nación Argentina", LA LEY, 2018, 5ª ed., t. II, p. 216).

(14) Me permito recordar aquí que la autonomía municipal tiene sus raíces en el constitucionalismo provincial que le brindó reconocimiento necesario para su crecimiento, mucho antes que se incorporara en la Carta Magna nacional con la reforma de 1994. A ello contribuyó sin duda la perseverancia de la doctrina autonomista, como asimismo la creciente jurisprudencia de los tribunales, sobre todo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, principalmente a partir del fallo "Rivademar" (21/03/1989, Fallos 312:326, esp. cons. 8°) y, luego de la reforma de 1994, a través de los precedentes "Ponce" (2005, Fallos 328:175) en torno a la autonomía política. Asimismo, en los aspectos económicos financieros de los municipios en los casos "Municipalidad de La Rioja" (2014, Fallos 327:1263) y "Municipalidad de la Ciudad de la Banda" (23/8/2018); así lo explica en su trabajo sobre el tema la Profesora ÁBALOS, María G., "Los municipios y su autonomía a veinticinco años de la reforma de 1994", Revista de derecho Público, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2019, 2019-2, p. 97. Un esclarecedor tratamiento sintético de los fallos fundamentales sobre autonomía municipal, puede verse en ROSATTI, Horacio, "El municipio en la provincia. Conflictos y armonías de dos autonomías", Revista Civilidad tercera época nro. 31, Buenos Aires, 2012, p. 76 y ss.

(15) BIELSA, Rafael, "Derecho Constitucional", Depalma, Buenos Aires, 1959, 3ª ed., p. 798.

(16) LINARES QUINTANA, Segundo V., "La Constitución interpretada", Depalma, Buenos Aires, 1960, al iniciar cap. IV, p. 187.

(17) MARIENHOFF, Miguel S., ob. cit.

(18) CASSAGNE, Juan C., ob. cit., p. 148.

(19) BALBÍN, Carlos F., "Tratado de Derecho Administrativo", LA LEY 2015, 2ª ed., t. II, p. 399.

(20) Conf. interesante art. de SÁENZ, Juan I., "Poder de policía o poder de reglamentar los derechos. Sus límites", en GARGARELLA, Roberto - GUIDI, Sebastián (coords.) obra colectiva, Comentarios de la Constitución de la Nación Argentina, LLBA 2016, t. II, p. 647.

El panorama quedaría incompleto, si omitiéramos la posición crítica-negatoria del instituto abordada por Gordillo, quien estima que la noción de poder de policía es innecesaria y, además, perjudicial porque da lugar a una serie de dificultades para su comprensión y aplicación, precisamente por su misma ambigüedad e indefinición **(21)**.

III.4. En el terreno de la jurisprudencia, se vislumbran dos posturas acerca del contenido posible del poder de policía: el criterio "restringido" y el criterio "amplio". El primero, también llamado en inglés *narrow,* es típico de Europa, especialmente Francia e Italia; el segundo, llamado también en inglés *broad and plenary,* rige, actualmente, en Estados Unidos y también en Argentina.

De acuerdo con el criterio restringido (*narrow*), el poder de policía se limita a medidas tendientes a proteger la seguridad, moralidad y salubridad públicas. Esta postura restringida, fue la que aplicó originariamente nuestra Corte Suprema federal en el caso "La Empresa Plaza de Toros" del 13/04/1869. Allí expresó: "que es un hecho y también un principio de derecho constitucional, que la policía de las Provincias está a cargo de sus gobiernos locales, entendiéndose incluido en los poderes que se han reservado, el de proveer lo conveniente a la seguridad, salubridad y moralidad de sus vecinos" **(22)**.

Asimismo, como afirma la Dra. Ábalos, en materia de salud se reconoció a las provincias autonomía plena en el ejercicio de su poder de policía desde "Plaza de Toros" (1869) y "Saladeristas" (1887) hasta "Nobleza Piccardo" (2015); y también a la CABA (2021) **(23)**.

Siguiendo con los criterios sobre el "contenido" de la categoría jurídica, de acuerdo con el criterio amplio (*broad and plenary*), el poder de policía, aparte de los objetivos indicados, se extiende a la defensa de promoción de los intereses económicos de la colectividad y a su bienestar general. Partiendo de tales ideas, lúcidamente se ha expresado (con la claridad que caracteriza al gran maestro) que así como existe una policía de la "emergencia" también existe una policía de la "prosperidad"; para más adelante señalar: "...la Corte Suprema amplió su concepto sobre poder de policía, sosteniendo que el Estado no solo tenía la obligación de atender a la seguridad, salubridad y moralidad de los habitantes, sino que también tenía el deber de proteger los intereses económicos de la comunidad" **(24)**.

Efectivamente, el Máximo Tribunal del país abandona en el año 1922 la postura restringida, y adopta el criterio amplio en el caso "Ercolano" **(25)**; al expresar: "Hay restricciones a la propiedad y a las actividades individuales cuya legitimidad no puede discutirse en principio, sino en su extensión. Tales son, las que se proponen asegurar el orden, la salud y la moralidad colectivas; hay asimismo otras limitaciones, como son las que tienen a proteger los intereses económicos ... A esta categoría corresponden las reglamentaciones de precios y tarifas, inspiradas en el propósito de librar al público de opresiones o tiranías de orden económico" **(26)**.

Dicho criterio amplio se asentó, siendo la postura consolidada al respecto en la doctrina de la Corte nacional, concretamente a través

(21) GORDILLO, Agustín, "Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas", Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2014, 1ª ed., t. 2, p. V-18.

(22) Véase primer párrafo de la sentencia, en causa "La Empresa Plaza de Toros" (1869) Fallos 7:150.

(23) ÁBALOS, María G., "Desafíos del federalismo argentino. Provincias y municipios. Competencias concurrentes. Interpretación jurisprudencial", LA LEY del 29/9/2021, AR/DOC/2755/2021.

(24) MARIENHOFF, Miguel S., ob. cit., p. 419.

(25) CS, "Ercolano, Agustín c. Lanteri de Renslaw, Julieta", 1922. Fallos 136:161.

(26) Cabe recordar que en el caso se discutía la constitucionalidad del art. 1 de la ley 11.157, que estableció precios máximos en materia de alquileres y la parte impugnante consideró que dicha norma legal era inconstitucional, por ser contraria a los arts. 14, 17 y 28 de la CN, la CS por mayoría consideró que la ley era constitucional, aplicando el criterio amplio referido; la sentencia contó con la obvia disidencia del juez Dr. Bermejo, en virtud de su histórica y consolidada postura contraria a la regulación estatal de derechos económicos.

de los fallos "Avico" (1934) **(27)**, "Cine Callao" (1960) **(28)**, entre otros.

III.5. Dicho instituto, en virtud de las restricciones que apareja en los derechos de los ciudadanos y habitantes del país, es una potestad que corresponde al poder legislativo del Estado. Entiendo que dicho principio general, *de la potestad a favor del Poder Legislativo en el ejercicio del poder de policía es el que debe primar con absoluta claridad* **(29)**. Es que en el "Estado de policía" era el mismo monarca, en su función ejecutiva, quien dictaba las normas generales, en el "Estado de derecho", se produjo el traspaso del poder de policía del ejecutivo al legislativo. Dicho principio general, debe ser prístino y consolidado, a la hora de analizar los supuestos de excepción con carácter totalmente restringido.

Remarco entonces que el poder de regulación, entendido como poder estatal de limitación de los derechos de las personas, es claramente legislativo. Es que las materias reservadas al Legislador son básicamente, la potestad de ordenación, regulación y limitación de derechos. Ese poder es propio del Poder Legislativo según

(27) CS, "Avico, Oscar A. c. De La Pesa, Saúl s/ consignación de intereses", donde se discutió si la ley 11.741 sobre moratoria hipotecaria y reducción de intereses resultaba contraria a los arts. 14, 17 y a la cláusula de los códigos de la CN, 1934. Fallos 172:21. Recomiendo respecto este caso profundizar en un excelente comentario al fallo: CIANCIARDO, Juan - SACRISTÁN, Estela, "El caso 'Avico' y sus ecos, ochenta años después", LA LEY, 2014-C, 635/652.

(28) CS, "Cine Callao" (1960) Fallos 247:121. En el caso, en virtud de la crisis que sufría la industria del teatro y por consiguiente el trabajo de los actores, se obligó a una sala de cine a contratar personas ("números vivos") bajo apercibimiento de aplicarle sanciones, con motivo de la ley 12.921; constitucionalidad que aceptó la mayoría del Tribunal. La sentencia contó con una categórica disidencia del Dr. Luis Boffi Boggero: "Esta causa revela en esencia una fuerte y substancial restricción de la libertad de comercio y de la propiedad de los empresarios cinematográficos por parte del Estado ... se ven compelidos a realizar actividades que, aunque reconozcan alguna semejanza con aquéllos, son evidentemente distintas a las libremente elegidas por esas empresas ... ya que por una desocupación con la que no tienen vínculo alguno, se restringe la libertad de aquellas empresas". Evidentemente, en este caso particular, la CS incurrió en una extralimitación en materia de poder de policía, dado que el Estado hizo uso de esta herramienta con falta de razonabilidad. La doctrina especializada, también fue muy crítica al respecto: "Estimo que la decisión de la Corte Suprema no es plausible ... la prosperidad del país constituye una finalidad que ha de lograrse sobre la base del respetuoso acatamiento de lo que la Constitución dispone en el capítulo sobre declaraciones, derechos y garantías ... La "obligación" de contratar impuesta coactivamente por una ley de policía, implica un agravio al derecho de propiedad (derecho de usar y disponer de ésta), a la vez que una injuria a la "personalidad" (MARIENHOFF, Miguel S., ob. cit., p. 534, y nota 279 misma página).

(29) Esto nos retrotrae a los inicios mismos del constitucionalismo y a la formulación de la división de poderes. Este principio fue plasmado de modo formal por ARISTÓTELES en el Libro Sexto, cap. XI, "Teoría de los tres poderes en cada clase de gobierno: poder legislativo", cap. XII "Del poder ejecutivo", y cap. XIII "Del poder judicial" en su clásica obra "La Política" (utilizo Biblioteca de Clásicos Griegos y Latinos, Bs. As., Terramar Ediciones, 2014, ps. 201/213. En su formulación moderna es característica del liberalismo, surgió en Inglaterra en el curso de la resistencia contra los Estuardos y fue formulada por Locke en su segundo "Tratado sobre el gobierno" publicado en 1690, en que desarrolla el conocido cap. XII, "Del poder legislativo, ejecutivo y federativo del Estado". Allí, expresaba que puede ser una tentación demasiado grande para la fragilidad humana, proclive a aferrarse al poder, que las mismas personas que tienen el poder de hacer las leyes tengan también en sus manos el poder de ejecutarlas, en los Estados bien ordenados, donde el bien de la totalidad es considerado como se debe, el poder legislativo cuando restringe derechos de la comunidad debe ser depositado en manos de diversas personas. "El poder legislativo es aquel que tiene derecho de determinar cómo se empleará la fuerza del Estado para preservar a la comunidad y sus miembros" (LOCKE, John, "Segundo ensayo sobre el gobierno civil", publicado originalmente en 1690, he utilizado edición de Biblioteca Obras Maestras del Pensamiento, Bs. As., Losada, 2004, cap. XII, p. 104). En este antecedente se basó posteriormente Montesquieu, para crear en 1748 el paradigmático principio o teoría de la división de poderes tal como hoy lo conocemos; es que: "nos ha enseñado una experiencia eterna que todo hombre investido de autoridad abusa de ella. No hay poder que no incite al abuso, a la extralimitación", MONTESQUIEU, "Del Espíritu de las Leyes", obra del año 1748, he utilizado Colección Grandes Maestros del Derecho, Avellaneda, Heliasta, 2005, Libro XI, cap. IV, p. 180; luego en el cap. VI, formula la división de poderes, p. 181. Respecto a la teoría de la división de poderes: "el oráculo que siempre es consultado y citado sobre este particular es el célebre Montesquieu. Si este no es el autor de este inestimable precepto de la ciencia política, tiene al menos, el mérito de ostentarlo y recomendarlo del modo más eficaz a la atención de la humanidad" (conf. HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John, "El Federalista", (1787), he utilizado la versión publicada en Bs. As., Est. Tipográfico La Pampa, 1887, trad. Dr. D. Ildefonso Isla. El pasaje citado corresponde a MADISON, James, numeral XLVII).

el mandato constitucional que prevé el art. 14 de la CN. Es más, el Poder Constituyente, en sentido coincidente, exige en el campo de los derechos fundamentales y libertades públicas y económicas, el principio de legalidad.

El PE no puede limitar los derechos que prevé la ley o, en su caso, extender una situación gravosa o restrictiva para el interesado. Es decir, las disposiciones reglamentarias que dicte el Poder Ejecutivo deben limitarse a establecer reglas cuyo contenido sea la explicación y precisión conceptual de las leyes.

¿Pude sin embargo el PE excepcionalmente ejercer el poder de policía? Como principio general NO, dado que el Poder Constituyente estableció expresamente la competencia legal (*stricto sensu*) y, consecuentemente, el Legislador no puede delegar esos poderes en el Poder Ejecutivo. Sin embrago, parte de la doctrina expresa que el texto constitucional permite *una excepción.* El Legislador sí puede trasladar al Ejecutivo el poder de regulación de derechos determinados y de modo indirecto, cumpliéndose así las pautas de la carta magna (decretos delegados). Igual criterio podría seguirse tratándose de decretos de necesidad y urgencia dictados por el presidente en el marco constitucional vigente **(30)**.

Pero quiero dejar fijada claramente mi posición al respecto. El principio *generalísimo* en materia de ejercicio de poder de policía es que dicha potestad corresponde al legislador; dicha postura cobra relevancia a la hora de posicionarse hermenéuticamente frente a los reglamentos delegados (art. 76, CN) y a los reglamentos de necesidad de urgencia (art. 99.3, CN). La perspectiva respecto que a través de dichos instrumentos se ejercite el poder de policía, debe ser absolutamente restrictiva **(31)**.

Dicha interpretación taxativa respecto al ejercicio del poder de policía debe aplicarse no solo a los referidos instrumentos en jurisdicción nacional, sino también a técnicas jurídicas similares que adopten las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en materia del ejercicio del poder de policía. En esta cuestión, no hay diferencia alguna entre nación, estados locales y CABA, el norte, principio y clave hermenéutica es que los sujetos del federalismo solo pueden ejercer el poder de policía en el marco de sus competencias, a través de los poderes legislativos respectivos. La delegación de este instituto en el órgano ejecutivo para restringir derechos se presume contrario al principio de división de poderes, y por ende, a la Constitución Nacional, y a las Cartas Magnas locales **(32)**.

III.6. Para cerrar este capítulo, corresponde proponer una reformulación posible (¿pendiente?) del instituto analizado, y que resultó esencial para resolver el caso "Farmacity".

---

(30) BALBÍN, Carlos F., ob. cit., t. II, pp. 399/400).

(31) En materia de interpretación restrictiva por parte del PE de disposiciones de naturaleza legislativa (v. gr. DNU), nunca debe perderse de vista que la mera conveniencia de conseguir un determinado objetivo de gobierno, en modo alguno justifica la franca violación de la separación de poderes que supone la asunción por parte de uno de ellos de competencias que sin lugar a dudas le pertenecen a otro (Fallos 318:1154, voto del juez Boggiano, consid. 21 y su cita; la misma idea fue expresada en Fallos 323:1934, consid. 7). Como expresó la Dra. Argibay en el precedente "Massa" (Fallos 329:5913) la Constitución Nacional, establece como principio general que el Poder Ejecutivo no puede emitir disposiciones que corresponden al Congreso, bajo pena de ilegitimidad. El presidente por ser el funcionario que desempeña el Poder Ejecutivo (art. 87 CN) está especialmente alcanzado por esta prohibición. En este contexto, no es posible permitir el ejercicio de facultades legislativas omitiendo el cumplimiento de los requisitos del art. 99.3 CN, que dicha norma describe con rigor de vocabulario (Fallos 322:1726; Fallos 338:1048, causa nro. 799/2013, "Asociación Argentina de Compañías de Seguros y otros c. Estado Nacional - Poder Ejecutivo Nacional s/ nulidad de acto administrativo", cons. 9°, anteúltimo párr., sent. 07/10/2015; conf. votos de los jueces Highton de Nolasco, y a los Dres. Lorenzetti y Maqueda). En dicho precedente también se expresó que la Corte ya había sostenido que la admisión de facultades legislativas por parte del Poder Ejecutivo se hace bajo condiciones de rigurosa excepcionalidad y con sujeción a exigencias formales, que constituyen una limitación" (Fallos 338:1048, consid. 5°).

(32) Máxime teniendo en cuenta que cualquier disposición emitida por el Poder Ejecutivo que en principio es resorte del Parlamento federal, "debe reputarse prima facie inconstitucional" presunción que sólo puede ser abatida a través de una debida motivación del acto, demostrando "que se han reunido las condiciones para aplicar la única excepción admitida por la Constitución a la prohibición general antes sentada", a saber, la descripta en el párrafo tercero del art. 99, inc. 3°, de la CN (conf. Dra. Carmen M. Argibay, voto en causa "Consumidores Argentinos", 2010, Fallos 333:633, véase consid. 11°, segundo párr.).

Verdaderamente, hablar de "poder de policía" tanto de la nación como de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en el Estado de derecho constitucional del siglo XXI, no solo suena discordante a simple vista, sino que existen fundamentos de orden histórico, conceptual y jurídico que ameritan su superación, su evolución, cuando estamos en los albores de las tres décadas de la reforma constitucional del año 1994.

Es así como debemos tener en cuenta, que es tal vez solo por el origen del instituto y por tradición doctrinaria que seguimos hablando de "poder de policía" de la nación y de las provincias (o de CABA). Actualmente, no correspondería utilizar dicha expresión, pues este, nacido dentro de un contexto muy limitado (seguridad, salubridad y moralidad, "Plaza de Toros", 1869), fue expandiéndose a todo tipo de regulaciones y por ende ha terminado por confundirse prácticamente con el poder mismo de aquel, lo que ha provocado la llamada "crisis del poder de policía".

Sostiene Gordillo que debe suprimirse del concepto jurídico moderno la noción de poder de policía, ya que no es propia del Estado de derecho. Afirma que nos encontramos ante una conceptualización equivocada. Bajo esta mirada, es una noción inadecuada que supone como regla general la posibilidad que la nación y los Estados locales puedan limitar y restringir derechos; pero, por el contrario, en el Estado de derecho actual, la regla deben ser los derechos individuales, a los que en cada caso concreto y por expresa disposición del legislador, excepcionalmente, se los reglamentará. Antaño, "...la policía se limitaba a tutelar lo existente ... actuaba sobre los efectos, no sobre las causas, del derecho de la comunidad. Nada de todo eso es cierto hoy en día" **(33)**.

En el mismo sentido, para el Prof. Bianchi el poder regulador tradicional solo podía extenderse a materias como la seguridad, la salubridad y la moralidad; el poder de policía tenía un ámbito específico y cabía efectuar a su respecto un distingo del restante poder del Estado, pero una vez expandido a las materias económicas, ya no fue posible efectuar esta distinción. Por ello, expresa el autor respecto la noción de poder de policía: "...llegándose a sostener con excelentes argumentos, su crisis y la necesidad de su reformulación" **(34)**.

También Barra ha expresado que la noción de poder de policía está ligada al Estado del siglo XIX y que debe ser rechazada, pues en la actualidad se confunde con el *poder mismo* del Estado. Bajo su perspectiva, el poder de policía se traduce en el poder de dictar leyes de orden público, cuya característica es dotar a los funcionarios públicos de la potestad de actuar de oficio frente a las infracciones que contra ellas se cometan **(35)**.

Por todo lo expuesto, en el actual Estado de derecho constitucional, ya no corresponde abordar la cuestión de las potestades del Estado federal y de los Estados locales en cuanto a la posibilidad de limitar mediante una ley los derechos que reconoce la Constitución bajo el instituto anacrónico y discordante del "poder de policía".

Corresponde dejar atrás dicha noción, y proponer una *reformulación posible* (sustentada en la fundamentación esgrimida por la prestigiosa doctrina citada) y *pendiente* en el estado actual de nuestro Estado de derecho. En dicho marco, la nación y las provincias solo pueden reglamentar los derechos constitucionales, como principio rector mediante una ley, asimismo dicha ley, no puede omitir los principios de razonabilidad, juridicidad y dignidad humana **(36)**.

(33) GORDILLO, Agustín, ob. cit., p. V-16.

(34) BIANCHI, Alberto, ob. cit. p. 85.

(35) BARRA, Rodolfo, "El poder de policía y su ejercicio a la luz de la virtud de la justicia", ED, t. 75, p. 244.

(36) Debe hablarse de la Constitución Nacional Convencionalizada (conf. Prof. SAGÜÉS, Néstor, JA, 09/10/2013, p. 53 y ss.), en virtud de la sustancial importancia de los Pactos y Tratados Internacionales, muchos de los cuales poseen jerarquía constitucional a partir del año 1994 (art. 75.22 CN). Este nuevo paradigma impacta de manera profunda en muchos de los institutos del derecho administrativo, como es la noción del "poder de policía" en el federalismo argentino. En dicho marco, la Constitución (convencionalizada en 1994) está dotada de fuerza normativa y los derechos humanos que ella reconoce tienen vocación de efectividad: doct. CS, causas: "Vizzoti" (2004), Fallos 327:3677; RAD (2007) Fallos 330:3853. Estas reflexiones, poseen su clave de bóveda en la naturaleza del derecho y en el valor que este protege:

Aunque parezca una digresión impropia, se me hace difícil no poner de resalto (en el marco de la reformulación propuesta) que dichos principios emanan en todo caso de la moral. Aparte de que *todo razonamiento jurídico es una especie de razonamiento moral* **(37)**, grandes maestros como Joaquín V. González nos han enseñado hace mucho tiempo: "Deduciendo de esto que la moral es esencialmente diferente al derecho, ¿tendremos que afirmar también que no se deben relación alguna entre ambos? Si consideramos un instante que el fin humano de la perfección no es posible sino con el ejercicio del derecho y la moral externa; si reflexionamos que la moral es hasta cierto punto anterior, y más general que el derecho, y que este debe necesariamente subordinarse a la primera, al mismo tiempo que sostenerla y fortalecerla con máximas positivas, de tal suerte que el fin del derecho sea hacer práctica la moral universal, llegamos a la conclusión de que ambos principios, distintos por naturaleza, están destinados por su unión y mutuo auxilio a realizar el fin de la vida humana según su ley racional" **(38)**. En definitiva, no debemos perder de vista que los principios jurídicos que deben guiar la aplicación del instituto emanan de principios morales previos.

Por todo lo expuesto, debería conceptualizarse el instituto analizado bajo los nuevos parámetros desarrollados, y eventualmente denominarse "poder de reglamentar" o "poder de regulación" **(39)**. En mi caso particular, en virtud de la letra del art. 14 de la Carta Magna federal, propongo "poder reglamentario en el Estado de Derecho Constitucional".

IV. El *holding case* de "Farmacity": ¿doctrina clásica o innovación jurídica? Poder reglamentario y federalismo

IV.1. Luego de los hechos básicos del caso y de analizar los postulados doctrinarios y jurisprudenciales que hacen al "poder reglamentario en el Estado de Derecho Constitucional", llego al análisis de la cuestión central de este trabajo.

A lo largo del proceso "Farmacity" y en los comentarios al caso, se ha expresado que posee innovaciones o *nuevas* reflexiones de naturaleza jurídica e importantes tratamientos para resolver el caso en lo referente a la "capacidad" de las personas; en lo relativo a la jerarquía normativa para adherirse a un programa federal por parte de un estado local; a las atribuciones del Congreso nacional para dictar los códigos de fondo y legislar sobre el derecho de comprar y vender bienes (art. 75.12 CN); a la libertad de comerciar y ejercer industria lícita; a la perspectiva renovada que implica analizar el desenvolvimiento de empresas transnacionales y sociedades anónimas en el comercio actual de las grandes ciudades; entre otras cuestiones. Ello implicaría, bajo

la dignidad humana; dignidad que es el valor supremo: conf. CS, "Baldivieso" (2010) Fallos 333:405; "Gimbutas" (2017) Fallos 340:1236; y voto de Dr. Petracchi en causa "Q. C. S. Y. c. Gobierno CABA" (2012) Fallos 335:452; que debe gobernar la juridicidad del Estado constitucional. El profesor Sammartino, innovadora y lúcidamente, afirma de modo categórico que, en el Estado Constitucional Social de Derecho, debe primar una "tríada basal material" compuesta por la dignidad humana, los derechos humanos fundamentales y el principio pro persona; explica con relación a la tríada basal material mencionada que, sin Estado de derecho, sin Estado constitucional de derecho, no hay, ni podría haber, derecho administrativo (conf. SAMMARTINO, Patricio M. E., "La estabilidad del acto administrativo", RDA, 2019-125, p. 883 y ss., notas 181/183). Con relación al principio pro homine, la Corte ha expresado 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; conf. voto de los Dres. Elena Highton de Nolasco y Juan Carlos Maqueda en "Nobleza Piccardo" (2015) Fallos 338:1110.

(37) Se ha expresado al respecto: "Estas razones nos inclinan a proponer que la última fuente de inteligibilidad de todo discurso normativo, jurídico y moral, justo o injusto, conclusivo o determinativo, son los llamados por Finnis "principios pre-morales" del razonamiento práctico" (conf. ZAMBRANO, Pilar, "Interpretar es conocer. Una defensa de la teoría referencialista de la interpretación", en CIANCIARDO, Juan; ETCHEVERRY, Juan B. (coords.), obra colectiva, Filosofía práctica y derecho, UNANM, México 2016, p. 59).

(38) GONZÁLEZ, Joaquín V., "Obras completas de Joaquín V. González", UNLP, Bs. As., 1935, vol. I, cap. III, p. 204.

(39) En sentido similar: BALBÍN, Carlos F., ob. cit., que lo denomina "Poder de regulación estatal", pp. 396 y 399; SÁENZ, Juan I., ob. cit., que propone "Poder de reglamentar los derechos" o "poder reglamentador", en GARGARELLA, Roberto - GUIDI, Sebastián (coords.), obra colectiva Comentarios de la Constitución de la Nación Argentina, p. 647.

dichas perspectivas, que el caso fue *decidido* a través del tratamiento horizontal de un conglomerado de cuestiones bajo una perspectiva novedosas, y que la Corte Suprema nacional ha debido *resolver* el caso a través de una "innovación jurídica".

Tengo para mí, que corresponde realizar un análisis crítico de dichas posiciones interpretativas.

Entiendo que *la piedra angular en que se sustentó el caso se encontraría únicamente desde la perspectiva jurídica en la simbiosis compuesta por poder reglamentario y federalismo.* O más precisamente, en la debida aplicación del principio general y la excepción que en materia de competencia del poder reglamentario rige entre la nación y los Estados locales.

Realizo un pequeño paréntesis. Obsérvese que reiteradamente me he referido a "Estados locales" o "Estados interiores" y *no* a "provincias". Antes de entrar en profundidad en la cuestión central de este trabajo, y dado la propia índole de los temas que estoy analizando, estimo adecuado recordar prestigiosa (y querida) doctrina, que ha reflexionado lúcidamente al respecto.

En efecto, Rafael Bielsa expresaba al respecto que, si bien en diferentes cláusulas constitucionales se habla de "provincias", en el sistema político-jurídico de la Constitución de 1853, perfeccionado en la reforma de 1860 (a lo que actualmente podría agregarse: y reforzada en la reforma del año 1994, a través de los arts. 123, 124, 125 *in fine* y 129 CN), *las provincias son verdaderos Estados,* como los llamaba con razón Vélez Sarsfield en su Cód. Civil, *Estados interiores,* pero Estados al fin.

Todos los elementos constitucionales del Estado en su acepción jurídica, se reúnen en el sistema federal de la Constitución: territorio, y población como elementos físicos o naturales, y ejercicio de potestad política y jurídica, o sea en el derecho público político, administrativo y fiscal, que consiste principalmente en el poder de darse la Constitución y ponerla en vigor directamente; elegir sus gobiernos sin intervención del Estado federal (lo mismo que los Estados Unidos que forman la Unión norteamericana), además de organizar la administración y el régimen impositivo.

En definitiva: "Existen, pues, en el estado nacional o general, los Estados interiores, llamados impropiamente provincias" **(40)**. Como puede vislumbrarse, bajo la superficie de una mera cuestión terminológica, emergen aspectos sustanciales de naturaleza jurídico-constitucional que hacen a la esencia del federalismo y de las autonomías de los "Estados interiores".

En sentido similar, se ha indicado que si se compara el sistema de la Confederación Argentina (en la Constitución de 1853, la jurisprudencia y la práctica política de nuestro país), con el de la Constitución de Filadelfia, la jurisprudencia y la tradición política de Estados Unidos, se aprecia claramente que las "soberanías estaduales", o más propiamente dicho en términos contemporáneos, la "autonomía política de los Estados locales" es mucho más fuerte en los Estados Unidos que en nuestro país **(41)**.

---

(40) BIELSA, Rafael "Derecho Constitucional", Depalma, Bs. As., 1959, 3ª ed., p. 785. A quien se ha llamado "el padre del Derecho Administrativo argentino", sigue expresando: "La misma denominación de 'provincia' es ilógica e inconciliable con la propia tradición histórica, no solamente con la estructura jurídica y política. Las provincias son las herederas de los cabildos, entes que tenían cierta autonomía y personalidad. Los cabildos se convirtieron en salas capitulares, éstas en legislaturas y las legislaturas en provincias ... Nosotros no admitimos que por eso pueda hablarse de soberanía, pues hay Estados no soberanos, como las provincias precisamente, que son Estados interiores, los que forman la Unión americana del Norte, según ya se dijo. Pero tampoco admitimos como denominación lógica, en nuestro sistema, la de provincia, concepto que significa histórica y etimológicamente algo que es inconciliable con el concepto institucional y real de nuestras provincias. La acepción lógica que da Festo proviene del verbo "provinco". "Provinciae appellantur quod romanus eas provicit, hoc est, antevicit", como si dijera que: provincias eran para los romanos los países que antes habían sido vencidos o sometidos. Y en efecto, así llamaban ellos a los pueblos vencidos y sometidos a la autoridad romana". Y concluye el gran autor de modo categórico: "Esta concepción, incompatible con la idea de autonomía, o sea, de gobierno propio, como lo es en nuestro sistema, podrá ser sostenida por escepticismo o conformismo, como en realidad lo ha sido, para querer justificar la intervención en las provincias por el Poder ejecutivo, como si ellas fuesen susceptibles de ser por procónsules o agentes suyos" (misma obra, pág. 786).

(41) EKMEKDJIAN, Miguel Ángel, "Tratado de Derecho Constitucional", Abeledo Perrot, Bs. As., 2016, 3ª ed.,

Actualmente, moderna doctrina en la voz de la profesora Ábalos expresa que en el marco federal la autonomía provincial se pone de manifiesto en la potestad de dictarse su propia Carta Fundamental (arts. 5 y 123 CN), de darse sus propias instituciones locales, regirse por ellas y de elegir sus autoridades sin intervención del Gobierno federal. De esta forma, los Estados locales argentinos gozan de una autonomía de primer orden, con todos los rasgos característicos del concepto de autonomía, lo cual involucra la descentralización política, de legislación, de autoorganización y autogobierno, pero con subordinación a un ente superior **(42)**.

Pero avancemos: ¿cuál es la *ratio decidendi* del caso "Farmacity"?

IV.2. Entiendo que el "alma de la decisión" de la sentencia de la Corte federal, se encuentra con gravitante centralidad al tratar los enunciados que surgen de la Carta Magna federal y la interpretación que de ellos ha realizado la propia Corte, con relación a la regulación de las jurisdicciones nacional y provincial, en materia de competencias concurrentes en el ejercicio del "poder reglamentario" del Estado.

Concretamente, la mayoría (votos de Highton y Lorenzetti), despliega el *holding case* en los siguientes hontanares:

1) no se discute en autos la comercialización y distribución de medicamentos, sino solo su expendio en establecimientos situados en el territorio de la provincia de Buenos Aires (consid. 11, primer párr., p. 12 del fallo);

2) el bienestar de los ciudadanos, el federalismo, la descentralización institucional, y la aplicación efectiva de los derechos involucrados "constituyen una estructura de principios suficiente para sustentar la competencia concurrente" (consid. 11, p. 14);

3) siendo una facultad compartida con la nación por su objeto, la autoridad provincial ejerce la porción del poder estatal que le corresponde; el poder de policía en su ámbito propio implica reconocer a la provincia una atribución reglamentaria, cuya modelación para promover el bien común permite reconocer un grado de valoración estatal local con relación al fin especial que persigue, la protección de la salud (consid. 11, p. 14);

4) asentado lo anterior, y dado que ambas jurisdicciones han regulado sobre la misma materia, *debe examinarse si existe una incompatibilidad absoluta e inconciliable entre la norma local y la nacional,* lo que llevaría a declarar la invalidez de la primera (consid. 12, primer párr., p. 15);

5) ahora, la anhelada *ratio decidendi* del caso: "El Tribunal ha sostenido, desde sus orígenes, que el simple hecho de que ambas jurisdicciones regulen el asunto de maneras diferentes no es suficiente para invalidar la norma local, sino que es necesario que haya una 'repugnancia efectiva', un 'conflicto irreparable', lo que ocurre cuando la aplicación de la legislación provincial provoca un 'óbice al imperio y a los objetivos de la ley nacional de protección', de modo tal que el único camino a transitar por esta Corte sea el de restar validez a las normas locales en orden a restablecer la precedencia del derecho federal" (consid. 12, p. 16 del fallo);

6) lo hasta aquí expuesto permite concluir que el art. 14 de la ley local impugnada no invade las competencias atribuidas a la nación en el art. 75 de la CN, "pues la norma solo define, dentro del ámbito de los poderes locales, quiénes se encuentran habilitados para el ejercicio de la actividad farmacéutica mediante la dispensa al público de medicamentos en un local situado en esa jurisdicción" (consid. 13, primer párr., p. 18);

7) finalmente, en el *íter argumentativo* de la citada mayoría se concluye: la norma en cuestión regula el ejercicio de la actividad profesional en el ámbito local, sin alterarse las condiciones bajo las que se comercializan los bienes (art. 75, inc. 13, CN) ni la regulación nacional en materia de expedición de títulos (art. 75, inc. 18, CN). "Por las razones expresadas, cabe concluir que

t. V, p. 557.

(42) ÁBALOS, María Gabriela, "Desafíos del federalismo argentino. Provincias y municipios. Competencias concurrentes. Interpretación jurisprudencial", LA LEY del 29/9/2021, pp. 5 y 6, y notas 22 y 24; AR/DOC/2755/2021.

el art. 14 de la ley 10.606 no configura un indebido avance provincial sobre la atribución del Congreso Nacional para dictar los códigos de fondo y legislar sobre el derecho de comprar y vender bienes" (consid. 13, último párr., p. 19 de la sentencia).

IV.3. La "innovación jurídica" alegada desde ciertos sectores se va diluyendo, a poco que se observe que la Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió el caso "Farmacity" bajo los mismos principios pretorianos que aplicara para delimitar las competencias entre el gobierno central y el provincial en materia de poder de policía, *con motivo de la primera declaración de inconstitucionalidad de una ley provincial en la historia argentina*, me refiero al caso "Mendoza", del 05/12/1865 **(43)**. La misma postura que adoptara hace más de un siglo y medio, fue aplicado sin fisuras en el caso "Farmacity" del 30/06/2021.

Y digo sin fisuras, porque la postura interpretativa respecto a poder reglamentario y federalismo, que se iniciara en 1865, *es una doctrina constitucional pacífica y consolidada que se reitera en Fallos 137:212 (1922); 239:343 (1957); 289:315 (1974); 300:402 (1978); 333:1088 (2010) y, finalmente, 344:1557 (2021), según vimos.*

Ahondemos en el *holding case* de dicha secuela de causas, para profundizar el camino propuesto:

1) En la causa "Mendoza" (1865), Fallos 3:131, la sentencia estableció tres parámetros para establecer si una ley provincial afectaba la competencia nacional: "Que en virtud de estas disposiciones y los más sanos principios de la razón, los actos de la legislatura de una provincia, no pueden ser invalidados, sino en aquellos casos que: (primer parámetro) la Constitución concede al Congreso Nacional en términos expresos un exclusivo poder, o (segundo parámetro) en los que el ejercicio de idénticos poderes ha sido expresamente prohibido a las provincias, o (tercer parámetro) *cuando hay una directa y absoluta incompatibilidad en el ejercicio de ellos por estas últimas;* fuera de cuyos casos, es incuestionable que las provincias retienen una autoridad concurrente con el Congreso" **(44)**.

2) En el caso "Griet" de 1922 **(45)**, en la misma dirección se expresó, como cuestión central del caso, que los actos de las Legislaturas provinciales no pueden ser invalidados sino en los casos en que: a) la Constitución concede al Congreso Nacional, en términos expresos, un poder exclusivo; o b) en que el ejercicio de idénticos poderes ha sido expresamente prohibido a las provincias; o c) *cuando hay una absoluta y directa incompatibilidad en el ejercicio de ellos.*

3) En sentido similar, en la causa "Giménez Vargas" de 1957 **(46)** se siguió con igual línea jurisprudencial, al indicarse que el poder de policía, dejando a salvo el ámbito de la legislación común y el debido respeto a las garantías constitucionales, corresponde a las provincias. Ello no obsta a que, de acuerdo con lo preceptuado por los arts. 67, inc. 16 (es decir, actual art. 75 inc. 18, donde se plasma la "cláusula de prosperidad" a decir de Bidegain, o la "cláusula del progreso" en terminología de Bidart Campos) de la Constitución Nacional, tanto el Congreso como las provincias tengan el poder de dictar leyes sobre promoción de la industria, esto es, funciones concurrentes que, manteniéndose en sus propias esferas jurisdiccionales, permitan su coexistencia legislativa.

Se agregó en este fallo que el poder de policía de las provincias es irrenunciable y su pretendida delegación es extraña a las atribuciones del Poder Ejecutivo o de las legislaturas provinciales. Los poderes no delegados o reservados por las provincias no pueden ser transferidos al Gobierno de la Nación, en tanto no lo sean por la voluntad de las provincias expresada en Congreso General Constituyente. Así, el convenio celebrado el 16 de abril de 1949 entre el Consejo Económico Nacional y el Poder Ejecutivo de Mendoza, aprobado por decreto del 14 de junio

(43) CS, "Don Domingo Mendoza y hermano y otro, contra la Provincia de San Luis, sobre derechos de exportación" (1865) Fallos 3:131.

(44) Causa cit., Fallos 3:131; especialmente consid. 2, 2° párr., p. 136, t. 131 de Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

(45) CS, "Griet Hermanos c. Provincia de Tucumán" (1922) Fallos 137:212.

(46) CS, "Giménez Vargas Hnos., Soc. Com. e Ind. c. Prov. de Mendoza" (1957) Fallos 239:343.

del mismo año, que dispone la competencia de los ministerios nacionales de Hacienda y de Industria y Comercio en todo lo relacionado con la industrialización del vino, su comercialización y proceso de elaboración, no puede entenderse como renuncia del poder de policía de la provincia en esa materia a favor de la nación.

4) En el caso "Pravaz" de 1974 **(47)** se expresó que la facultad atribuida al Congreso para dictar normas generales relativas a las profesiones cuyo ejercicio es consecuencia de los títulos habilitantes otorgados por las Universidades Nacionales, no puede considerarse exclusiva ni excluyente de la legislación provincial, en todo cuanto se relaciona con el régimen de organización y control de las profesiones, que están comprendidas en las funciones de seguridad, higiene y salud pública, la retribución razonable y adecuada, la ética y aun la elevación en el nivel del ejercicio, todo lo que es parte de las facultades reservadas a las provincias.

5) En el caso "Schaffhausen" de 1978 **(48)** en términos idénticos al utilizado en el cons. 12, cuarto párr. de "Farmacity" (2021), se expresó que los aspectos que puede presentar el poder de policía hacen que el de la nación pueda entrar ocasionalmente en colisión con el de las provincias, sin delegar en aquella. Pero ello no obsta al principio de la concurrencia de ambos poderes, cuyo ejercicio puede considerarse incompatible *solo cuando media una repugnancia efectiva entre una y otra facultad,* lo que no ocurría en este precedente.

6) En el caso "Día Argentina" de 2010 **(49)** se dejó establecido que corresponde rechazar la demanda si la actora debió haber descripto con precisión el conflicto que según ella se verifica entre la ley local y las normas nacionales y, si fuese un conflicto de hecho, probar que *la aplicación de la ley provincial provoca un severo entorpecimiento de las políticas nacionales,* de modo tal que el único camino a transitar por la Corte fuera el de restar validez a las normas locales en orden a establecer la procedencia del derecho, ya que no se trata de una ley que verse sobre temas propios de la legislación nacional, sino del poder para dictar normas que reglamentan la habilitación de cierto tipo de locales destinados al comercio minorista y que, por consiguiente, está dentro de las facultades de las provincias establecer el modo de ejercicio de los derechos individuales en general y, en especial, para regular la práctica del comercio que se lleva a cabo dentro de su territorio.

7) Finalmente, en la causa "Farmacity" de 2021 **(50)**, remarco que el argumento central para resolver el caso fue: "El Tribunal ha sostenido, desde sus orígenes, que el simple hecho de que ambas jurisdicciones regulen el asunto de maneras diferentes no es suficiente para invalidar la norma local, sino que es necesario que haya una 'repugnancia efectiva', un 'conflicto irreparable', lo que ocurre cuando la aplicación de la legislación provincial provoca un 'óbice al imperio y a los objetivos de la ley nacional de protección', de modo tal que el único camino a transitar por esta Corte sea el de restar validez a las normas locales en orden a restablecer la precedencia del derecho federal".

La respuesta al interrogante inicial se va perfilando.

IV.4. En el mismo sentido que la línea de precedentes referida, prestigiosa doctrina constitucionalista (Dra. Gelli) al analizar casos con plataforma fáctica similar a la de "Farmacity", ha desarrollado la denominada "regla de no interferencia" en el marco de la cláusula para el progreso, consistente en que la competencia de regulación pertenece en principio a los Estados locales, excepto que se configurara cualquiera de las siguientes dos alternativas: a) que el Congreso Federal prohibiese de modo inequívoco el

(47) CS, "Pravaz, Juan Carlos c. Instituto Neuropático Clínica de Reposo" (1974) Fallos 289:315; esp. consid. 13, 2° párr.; al rechazar la tacha de inconstitucionalidad de la ley 4853 de la Provincia de Córdoba, que creó el Consejo de Médicos local, y estableció en su art. 19 inc. i) la facultad de la junta directiva de establecer aranceles mínimos.

(48) CS, "Schaffhausen Sociedad Inmobiliaria c. Nación" (1978) Fallos 300:402.

(49) CS, "Día Argentina SA y otra c. Buenos Aires, Provincia de s/ acción de inconstitucionalidad" (15/06/2010) Fallos 333:1088; esp. voto de Dra. Carmen Argibay.

(50) CS, "Farmacity SA c. Fisco de la Provincia de Buenos Aires y otro s/Pretensión anulatoria - recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley", 30/06/2021, Fallos 344:1557; esp. voto concurrente Highton y Lorenzetti, cons. 12, cuarto párr., p. 16 de la sentencia.

ejercicio, por parte de las provincias, de la misma atribución o, b) que, en caso de no existir tal veda inequívoca, se demuestre que la puesta en ejercicio de la atribución local, *dificulta o impide* el cumplimiento de los propósito contenidos en la normativa federal.

Se agrega que el criterio empleado por la Corte Suprema nacional desde sus orígenes para delimitar las competencias entre el gobierno central y el provincial en materia de poder de policía siguió el cauce interpretativo de la primera declaración de inconstitucionalidad de una ley provincial en la historia argentina.

Expresa la autora: "En efecto, en 'Mendoza v. Provincia de San Luis' la Corte Suprema estableció tres criterios para determinar cuándo una ley local afectaba la distribución de competencia federal: a) en los casos en que la Constitución, en términos expresos, concediera al Congreso Nacional un exclusivo poder; b) en los que el ejercicio de idénticos poderes hayan sido expresamente prohibidos a las provincias o, c) en la hipótesis *de que existiese una directa y absoluta incompatibilidad en el ejercicio de ellos por estas últimas;* fuera de estos casos, es incuestionable que las provincias retienen una autoridad concurrente con el Congreso" **(51)**.

Asimismo, la Dra. Ábalos ha explicado con relación a la distribución de competencias bajo análisis, que son las provincias las que conservan todo el poder no delegado por la Constitución Nacional al Gobierno federal (art. 121 CN). Por lo que, en principio, el gobierno federal es un gobierno de facultades delegadas, *limitadas y excepcionales,* en tanto que los gobiernos locales detentan facultades reservadas o conservadas. Sin embargo, son tantas y de tal magnitud las facultades delegadas que el concepto de "excepción" o "limitación" adquiere una especial dimensión, a lo que se suma que, si bien estos poderes son "solamente" los delegados, en su ámbito, son supremos (art. 31 CN).

También advierte la Prof. Ábalos, el aumento de facultades compartidas entre nación y provincias, con intervención de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en forma expresa en algunas. Ello supone fortalecer las relaciones de coordinación que implica la distribución de las funciones estatales y competencias entre nación y provincias, agregándose CABA, sobre la base de una clara delimitación constitucional de competencias. En definitiva, las competencias concurrentes suponen materias respecto de las cuales se autoriza la cogestión de la nación y las provincias (en muchos casos también CABA **(52)** y los municipios), lo que implica que cada gobierno reglamenta en "su orden" respectivo actividades referidas a la Constitución, y que confluyen dirigidos por un fin de bien superior.

Al referirse a la "interpretación jurisprudencial" en el marco de las autonomías provinciales y facultades concurrentes, expresa con toda claridad: "se impone la interpretación restrictiva para las potestades puestas en cabeza de la nación, excepto en los casos en que, en términos explícitos, la Constitución le concede al Congreso nacional un poder exclusivo, o se ha prohibido expresamente a las provincias, o cuando existe una absoluta y directa incompatibilidad o repugnancia efectiva en el ejercicio de facultades concurrentes por estas últimas" **(53)**.

Por su parte, el Dr. Gil Domínguez ha indicado que, en la intersección del entramado concurrente, el límite de la regulación local ante la legislación nacional sobre una materia *se verifica cuando existe una manifiesta e insalvable incompatibilidad entre una norma provincial y una norma emanada del Congreso.* En otras

(51) GELLI, María A, "La cláusula para el progreso y los límites al poder de policía provincial", p. 29. En idénticos sentido de la misma autora, "Constitución de la Nación Argentina", LA LEY 2018, 5ª ed., t. II, p. 239.

(52) Es que de la Constitución Nacional fruto de la reforma de 1994 surge con claridad que el estatus autonómico de la Ciudad la eleva al mismo lugar del sujeto del federalismo como ostentan las provincias. De ahí que para el funcionamiento fluido de las relaciones de la Ciudad con la Nación y con las provincias es primordial procurar un juego armónico de los sujetos que son parte de la Nación (conf. ÁBALOS, María Gabriela, "La Ciudad Autónoma de Buenos Aires en el federalismo argentino: el desafío de las relaciones institucionales", EDCO, 18/07/2014, nro. 13.527, ap. V "Conclusiones" y nota 64).

(53) ÁBALOS, María Gabriela, "Desafíos del federalismo argentino. Provincias y municipios. Competencias concurrentes. Interpretación jurisprudencial", LA LEY del 29/09/2021, p. 10 y nota 41 donde justamente cita el fallo "Farmacity"; AR/DOC/2755/2021.

palabras, una "repugnancia efectiva" que torne totalmente incompatible lo dispuesto por la norma local en comparación con la norma nacional, en el ámbito concurrente que comparten **(54)**.

IV.5. En base a todo lo expuesto, me permito clarificar la cuestión, en materia de poder reglamentario en el Estado de derecho constitucional, a través del siguiente esquema:

Principio general: el poder reglamentario del Estado (históricamente abordado como "poder de policía") por principio general corresponde a las provincias, por tratarse de una potestad que estas se reservaron al constituir la unión nacional.

Excepción: excepcionalmente, dicho poder le corresponde a la nación cuando esta ejercite atribuciones que la Constitución le otorga expresamente., o implícitamente, o cuando el ejercicio de idénticas atribuciones por las provincias resulta incompatible con igual ejercicio por parte de la nación **(55)**.

Pero entonces, en el *holding case* de "Farmacity", ¿hubo aplicación de doctrina clásica o innovación jurídica? Pasemos a las consideraciones finales...

V. Consideraciones finales. Mi respuesta al interrogante

V.1. En los comentarios al caso analizado es común afirmar que ha existido una importante "innovación jurídica" de variada índole, pienso que en dicha afirmación acecha un error. Ello, a la luz de la doctrina desarrollada y, sobre todo, a la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que hemos tratado.

V.2. El instituto del "poder de policía" ha sido fundamental para la resolución del caso. Entre las varias definiciones que ha desarrollado la doctrina, resalto la de Segundo V. Linares Quintana, quien afirma: "el poder de policía es la potestad jurídica en cuya virtud el Estado, con el fin de asegurar la libertad, la convivencia armónica, la seguridad, el orden público, la moralidad, la salud, y el bienestar general de los habitantes, impone, por medio de la ley y de conformidad con los principios constitucionales, limitaciones razonables al ejercicio de los derechos individuales, a los que no puede alterar o destruir" **(56)**.

V.3. Verdaderamente, hablar de "poder de policía" tanto de la nación como de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en el Estado de derecho constitucional del siglo XXI, no solo suena discordante a simple vista, sino que existen fundamentos de orden histórico, conceptual y jurídico que ameritan su superación, su evolución, a casi tres décadas de la reforma constitucional del año 1994.

Corresponde dejar atrás dicha noción, y proponer una *reformulación posible* (sustentada en la fundamentación esgrimida por la prestigiosa doctrina citada) y *pendiente* en el estado actual de nuestro Estado de derecho. La nación y las provincias solo pueden reglamentar los derechos constitucionales, como principio rector mediante una ley, asimismo dicha ley, no puede omitir los principios de razonabilidad, juridicidad y dignidad humana. Es que como expresa Linares Quintana, dicho poder se debe ejercer "de conformidad con los principios constitucionales", según vimos.

En virtud de la *letra* del art. 14 de la Carta Magna federal, debería conceptualizarse el instituto analizado bajo los nuevos parámetros desarrollados, y eventualmente propongo "poder reglamentario en el Estado de Derecho Constitucional".

Ello implica que dicho poder reglamentario, en materia de competencias en el federalismo debe sujetarse a la Carta magna, debe haber una supremacía de la Constitución, por ser la "Ley de leyes" [conforme feliz expresión alberdiana **(57)**]; "en torno a la cual gravitan como

(54) GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, "Federalismo, salud y poder de policía", LA LEY del 02/09/2021, AR/DOC/2478/2021.

(55) Conf. doct. CS, "Mendoza" (1865) Fallos 3:131; "Farmacity" (2021) Fallos 344:1557.

(56) LINARES QUINTANA, Segundo V., ob. cit., p. 187.

(57) ALBERDI, Juan Bautista, "Sistema económico y rentístico de la Confederación argentina según su Constitución de 1853", en "Obras selectas", Buenos Aires, 1920, t. XIV, cap. III, p. 722.

los astros en torno del sol, todas las fuerzas parciales que componen el mundo de la democracia" **(58)**.

V.4. Se ha expresado por algún sector, que el art. 14 de la ley local 10.606 resultó un avance inadecuado sobre la atribución del Congreso nacional para dictar los códigos de fondo; entiendo, respetuosamente, que dicha posición involucra una inadecuada interpretación del sistema de distribución de competencias que instaura la Carta magna federal.

V.5. Respecto las novedades, en un interesante comentario al caso (que se escribió *antes* del dictado de la sentencia, cuando la CSJN tenía el caso para su resolución), se ha expresado que la tensión entre el mundo del libre comercio y el mundo de las profesiones universitarias en el ámbito bonaerense, respecto la actividad farmacéutica, tomó un giro contundente con la nueva regulación en la década de los años 80 del siglo XX. Se indicó, que pasamos de tener una regulación liberal a tener una regulación precisa y celosa de la actividad profesional, a través de la cual se protegía a esta de toda influencia mercantilista.

Se sigue expresando en dicho comentario, que resulta novedoso en el esquema actual es la presente realidad de los fondos de inversión y su incursión en todo tipo de actividades. "Evidentemente estamos ante una controversia que involucra tres mundos: las profesiones universitarias liberales, el comercio, y las finanzas corporativas" **(59)**.

De ello y de lo desarrollado a lo largo de este trabajo, deduzco: la "novedad" *está en los hechos...*

V.6. La *ratio decidendi* del precedente analizado se vincula al standard de interpretación que corresponde aplicar en materia de competencias entre la nación y las provincias. Resulta en definitiva la aplicación del esquema propuesto: por principio general el poder reglamentario en el Estado de derecho constitucional (históricamente conocido como "poder de policía") corresponde a las provincias, por tratarse de una potestad que estas se reservaron al constituir la unión nacional. Excepcionalmente, dicho poder le corresponde a la nación cuando esta ejercite atribuciones que la Constitución le otorga expresamente., o implícitamente, o cuando por el ejercicio de idénticas atribuciones por las provincias resulte "una directa y absoluta incompatibilidad" (CS, 1865) o que haya "una repugnancia efectiva, un conflicto irreparable" (CS, 2021), incompatible con igual ejercicio por parte de la nación. Este fue el *holding* del caso. Y este, a mi entender, es el criterio competencial que corresponde aplicar en el marco de "Poder reglamentario y federalismo" **(60)**.

V.7. La doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia de la competencia del poder reglamentario de los Estados locales puede estimarse claramente pacífica y consolidada en materia de facultades concurrentes con el Estado federal, tan consolidada que desde hace más de siglo y medio no ha sufrido variantes al respecto, dicha posición ha sido reiterada en el caso analizado.

Incluso cabe resaltar que, de los magistrados que intervinieron en todo el proceso, *doce [12] jueces resolvieron el caso a favor de la constitucionalidad de la norma provincial,* concretamente: 1) Dra. María Ventura Martínez (JUCA 2 LP); 2, 3, 4) Dres. Spacarotel, Milanta y De Santis (jueces de la CCALP); 5, 6, 7, 8 y 9) magistrados Genoud, Kogan, Pettigiani, de Lázzari y Soria (SCBA); 10, 11 y 12) magistrados Highton, Lorenzetti, e Irurzun.

(58) ECHEVERRÍA, Esteban, "Dogma socialista", Universidad Nacional de La Plata, La Plata, 1940, p. 206.

(59) URRISTI, Ramiro, "Farmacity: el tema, ¿es el tema?", RDA 2018-118, 724 y ss.

(60) El esquema propuesto resulta conforme a la estructura de fallos y doctrina comentada: CS, "Mendoza" (1865) Fallos 3:131; "Griet" (1922) Fallos 137:212; "Giménez Vargas" (1957) Fallos 239:343; "Pravaz" (1974) Fallos 289:315; "Schaffhausen" (1978) 300:402; "Día Argentina" (2010) Fallos 333:1088; "Farmacity" (2021) Fallos 344:1557; GELLI, María A., "Constitución de la Nación Argentina", LA LEY 2018, 5ª ed., t. II, p. 239; ÁBALOS, María Gabriela, "Desafíos del federalismo argentino. Provincias y municipios. Competencias concurrentes. Interpretación jurisprudencial", LA LEY del 29/09/2021, p. 10 y nota 41; GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, "Federalismo, salud y poder de policía", LA LEY del 02/09/2021, AR/DOC/2478/2021; MARIENHOFF, Miguel Santiago, "Tratado de Derecho Administrativo", Abeledo Perrot, Bs. As., 2011, 6ª ed., t. IV, p. 428, y abundante doctrina y jurisprudencia citada en nota 44.

Solo dos juristas de los que intervinieron en el caso estimaron que el art. 14 de la ley 10.606 de la provincia de Buenos Aires era contraria a la CN: Dras. Laura Monti y Sotelo de Andreau.

V.8. Esta doctrina ya estaba presente en el caso "Mendoza" de mediados del siglo XIX (05/12/1865) que inició la línea jurisprudencial analizada, y concluye con "Farmacity" en la segunda década del siglo XXI (30/06/2021). Siglo y medio ha transcurrido, y no se vislumbra al respecto *innovación jurídica*, por el contrario, observo la aplicación de una doctrina tan consolidada, que puede denominarse clásica.

Llegamos, finalmente, a responder el interrogante que inició este trabajo: la *ratio decidendi* del caso "Farmacity" no plantea una "innovación jurídica"; a nuestro entender, fue resuelta por aplicación de clásica doctrina jurisprudencial. ¿La novedad?... la novedad está en los hechos **(61)**.

(61) El genio de la literatura universal en su magnífico ensayo titulado "El Libro" (1979) nos ilustra: "Platón dice que los libros son como efigies (puede haber estado pensando en esculturas o en cuadros), que uno cree que están vivas, pero si se les pregunta algo no contestan. Entonces para corregir esa mudez de los libros, inventa el diálogo platónico. Es decir, Platón se multiplica en muchos personajes para encontrar respuestas: Sócrates, Gorgias y los demás" (BORGES, Jorge Luis, "El Libro. Obras completas 4, 1975-1988", Sudamericana, Bs. As., 2011, 1ª ed., p. 172). Espero haber brindado alguna respuesta sobre los interrogantes planteados, a quien se acerque a la lectura de estas páginas.

PROCESOS COLECTIVOS

Impugnación de resoluciones del ENERGAS. Regla temporal de asignación de competencia. Fuero federal. Jueces con asiento en la provincia.

Con nota de José Ignacio López

1. — En virtud de la aptitud jurisdiccional de los juzgados federales con asiento en las provincias y los dispuesto Reglamento de Actuación en Procesos Colectivos aprobado por la acordada 12/2016 de la Corte Suprema en cuanto a la regla de la prevención conducen a la conclusión de que resulta competente para entender en la acción de amparo colectivo iniciada contra el Estado Nacional para que se declare la nulidad de las res. 300 a 309/2018 dictadas por el ENARGAS, el Juzgado en lo Civil, Comercial y Contencioso Administrativo Federal de La Plata, por cuanto es el juzgado que inscribió el proceso en el registro dispuesto por el Reglamento citado.

2. — Cabe revocar la decisión que consideró que la acción de amparo colectivo iniciada contra el Estado Nacional para que se declare la nulidad de las res. 300 a 309/2018, dictadas por el ENARGAS correspondía a la competencia de la justicia nacional en lo contencioso administrativo federal y no la justicia federal con asiento en la provincia en razón de que los actos administrativos impugnados habían sido dictados por una autoridad pública con asiento en la Capital Federal, pues no se advierte la exclusividad material que el pronunciamiento recurrido pretendió atribuir a la referida ley 13.998 al justificar la competencia del fuero contencioso administrativo federal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para entender en el proceso colectivo.

3. — La circunstancia de que los tribunales federales con asiento en las provincias ejerzan su jurisdicción contencioso-administrativa sobre actos dictados por entidades de la administración que tienen su sede en la ciudad de Buenos Aires fomenta el federalismo, la descentralización institucional y la aplicación efectiva de los derechos de los usuarios y consumidores de servicios públicos y resulta del ejercicio de potestades constitucionales exclusivas del Congreso de la Nación.

4. — Cabe revocar la decisión que consideró que la acción de amparo colectivo iniciada contra el Estado Nacional para que se declare la nulidad de las res. 300 a 309/2018, dictadas por el ENARGAS correspondía a la competencia de la justicia nacional en lo contencioso administrativo federal y no la justicia federal con asiento en la provincia, pues el a quo desconoció los principios elementales de la organización constitucional (arts. 108 y 116) y legal de la justicia federal y que su decisión conllevaría, efectivamente, el vaciamiento de las competencias asignadas a la justicia federal con asiento en las provincias frente a la promoción de procesos colectivos como el que dio origen a estas actuaciones.

5. — La regla de la preferencia temporal establece que los tribunales que intervengan en las acciones colectivas deberían unificar su trámite en el que hubiera prevenido en la materia, de manera tal de conjurar el peligro de que grupos de personas incluidas en un colectivo obtengan el beneficio de ciertas pretensiones y otras, que también lo integran, resulten excluidas.

CS, 28/10/2021. - EN – M° Energía y Minería c. CEPIS s/ inhibitoria.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/168817/2021]

CAF 029310/2018/1/RH001

Suprema Corte:

- I -

Contra la decisión de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (sala 111), que declaró la competencia del juzgado N° 3 de ese fuero para entender en los autos "CEPIS c/ ENARGAS y otros s/ amparo ley 16.986" (expte. 27.529/2018), la parte actora dedujo el recurso extraordinario previsto en el arto 14 de la ley 48 (v. fs. 6/23) que, al ser denegado, dio origen a esta presentación directa.

- II -

Cabe recordar que es jurisprudencia reiterada del Tribunal que las decisiones judiciales sobre determinación de la competencia -como sucede en el *sub lite*- no autorizan, como regla, la apertura de la instancia del arto 14 de la ley 48 por no estar satisfecho el recaudo de sentencia definitiva. Sin embargo, este principio admite excepciones en supuestos en que medie denegación del fuero federal (Fallos: 310:1425; 323:189; 324:533), u otras circunstancias extraordinarias permitan equiparar estos interlocutorios a pronunciamientos definitivos, entre ellas cuando la decisión atacada desconoce un especifico privilegio federal, o cuando lo resuelto conduce a configurar un

supuesto de privación o denegación de justicia de imposible o tardía reparación ulterior (Fallos: 314:1368; 329:5648; 330:1895, entre muchos otros).

Estimo que en el sub lite no se encuentra configurada ninguna situación excepcional que permita apartarse de la regla, toda vez que, por un lado, la resolución apelada no es una sentencia definitiva ni puede ser equiparada a tal, si se tiene en cuenta que ella no deniega el fuero federal y, por otra parte, tampoco coloca al recurrente en una situación de privación de justicia que afecte -en forma directa e inmediata la defensa en juicio, ya que aquel queda sometido a la jurisdicción de un tribunal determinado en el que puede seguir defendiendo sus derechos (doctrina de Fallos: 311:2701; 325:3476; y 329:5094).

A ello se suma la doctrina de la Corte que enseña que la ausencia de sentencia definitiva no puede ser suplida por la invocación de garantías constitucionales supuestamente vulneradas ni por la pretendida arbitrariedad de la decisión o la alegada interpretación errónea del derecho que exige el caso (Fallos: 325:3476; 326:1344 y 1663; 327:312 y 2048, 329:4928; 330:1447, entre tantos otros), ni cabe predicar en el caso la existencia de un supuesto de gravedad institucional, dada la ausencia del serio y concreto desarrollo al que V.E. ha supeditado la admisión de tal extremo (Fallos: 328: 1400 y sus citas) .

- III -

Por ello, opino que corresponde desestimar la queja interpuesta. Buenos Aires, 1 de noviembre de 2018. *— Laura M. Monti.*

Buenos Aires, 28 de octubre de 2021

Considerando:

1°) Que según surge del expediente FLP 27529/2018/1/RH1 "CEPIS c/ ENARGAS y otros s/ amparo ley 16.986", el 3 de abril de 2018, la asociación civil "Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad" (CEPIS), en representación de "todo/a usuario/a del servicio público de gas natural", promovió una acción de amparo colectivo con fundamento en el art. 43 de la Constitución Nacional contra el Estado Nacional (Ente Nacional Regulador del Gas –ENARGAS– y Ministerio de Energía y Minería de la Nación) con el objeto de que se declarara la nulidad de las resoluciones 300 a 309/2018, dictadas por el ENARGAS. La demanda fue interpuesta ante la justicia federal con asiento en la ciudad de La Plata.

La asociación actora consideró, en síntesis, que dichas resoluciones, en cuanto autorizaron la aplicación del cuadro tarifario correspondiente al servicio de gas natural por redes a partir del 1° de abril del año 2018, contrariaron el resto del ordenamiento vigente que había establecido que dichos aumentos debían aplicarse a partir del 1° de mayo de ese año.

El encuadramiento procesal otorgado a esa pretensión fue el de proceso colectivo y, por tanto, la actora peticionó que, con arreglo a las disposiciones del Reglamento de Actuación en Procesos Colectivos aprobado por la acordada 12/2016 de esta Corte Suprema (en adelante, el "Reglamento"), se ordenase "sin dilación alguna (…) la inscripción de los presentes autos en el Registro de Procesos Colectivos" (fs. 101 vta. y 124 vta.; en adelante, "Registro").

2°) Que el señor juez subrogante del Juzgado en lo Civil, Comercial y Contencioso Administrativo Federal de La Plata n° 2, entendió que, prima facie, la acción reunía los requisitos exigidos por las acordadas 32/2014 y 12/2016 de este Tribunal para ser considerada como un proceso colectivo y requirió al Registro que informase si existían juicios inscriptos que guardasen semejanza con los derechos invocados por la asociación actora (fs. 130).

Recibida la respuesta negativa por parte de dicho Registro, el 19 de abril de 2018, el señor juez titular de primera instancia dictó resolución en los términos del punto V del Reglamento y, consecuentemente: i) identificó la composición del colectivo (considerando II, apartado 1º); ii) delimitó el objeto de la pretensión (ídem, apartado 2º); iii) consignó a los sujetos demandados (apartado 3º); y iv) ordenó la inscripción como proceso colectivo (fs. 131/132).

El 24 de abril del mismo año se dejó constancia de que la inscripción en el Registro había sido realizada y se requirió a los demandados la confección del informe que exige el art. 8° de la ley 16.986 (fs. 133).

3°) Que, paralelamente, según puede verse en la causa CAF 29310/2018/1/RH1 "EN – M° Energía y Minería c/ CEPIS s/ inhibitoria", el 25 de abril, el Estado Nacional, planteó –en términos de los arts. 20 de la ley 26.854 y 7° y 8° del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación– inhibitoria ante la justicia nacional en lo contencioso administrativo federal con sede en esta Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Sostuvo que en razón de que los organismos demandados poseen sus domicilios en esa jurisdicción la acción debió tramitar ante el referido fuero (fs. 2/11).

La pretensión fue acogida en la primera instancia y se requirió al juzgado federal de La Plata la remisión del expediente o, en su caso, la elevación al tribunal competente para dirimir la contienda de competencia (fs. 145/147).

El señor juez federal de La Plata rechazó la inhibitoria requerida y remitió las actuaciones a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal con arreglo al art. 20 de la ley 26.854 (fs. 343/349 del expediente FLP 27529/2018). Por su parte, CEPIS apeló esa resolución, peticionó la declaración de inconstitucionalidad de aquella norma y la Sala II de la Cámara Federal de La Plata desestimó ese recurso (fs. 382/384).

4°) Que una vez recibidos los expedientes en la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, la Sala III se pronunció en la causa CAF 29310/2018 "EN – M° Energía y Minería c/ CEPIS s/ inhibitoria" y declaró la competencia de ese fuero para entender en los autos FLP 27529/2018 "CEPIS c/ ENARGAS y otros s/ amparo ley 16.986". En este último expediente, asimismo, dejó constancia de que la cuestión ya había sido resuelta en aquel (fs. 169/170 y 389/391 de los respectivos expedientes).

Para decidir de ese modo, consideró que toda vez que los actos administrativos impugnados habían sido dictados por una autoridad pública "con asiento en la Capital Federal", resulta competente dicho fuero en razón de la materia, según lo establecido por el art. 45, inciso a, de la ley 13.998.

Señaló, por último, que su competencia encuentra fundamento en que los efectos de los actos cuestionados no se circunscriben a una única jurisdicción, sino que se proyectan sobre la totalidad del territorio nacional.

5°) Que la asociación actora dedujo sendos recursos extraordinarios contra la decisión de la cámara federal –con asiento en esta ciudad– en ambos expedientes, que fueron denegados por no estar dirigidos contra sentencias definitivas y por ausencia de arbitrariedad, lo que dio lugar a los correspondientes recursos de queja ante esta Corte.

CEPIS sostiene que la resolución apelada es equiparable a definitiva porque deviene en una virtual supresión del fuero federal con asiento en las provincias al vaciarlo de competencia e implica una denegación de justicia de imposible o tardía reparación posterior para las personas que no cuentan con recursos materiales para litigar en la Ciudad de Buenos Aires. Afirma que el Estado Nacional, en cambio, tiene los medios suficientes para defenderse adecuadamente en todos los puntos del territorio nacional, con lo cual también se está vulnerando el derecho a la igualdad.

Asevera que existe cuestión federal suficiente en términos del art. 14 de la ley 48 porque lo decidido retrasa y virtualmente niega el acceso efectivo a la jurisdicción por parte de un grupo sensible y desventajado de la sociedad, de modo que se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva.

En otro orden de ideas, considera que la sentencia recurrida es arbitraria toda vez que el art. 45, inc. a, de la ley 13.998 es inaplicable al caso, pues si bien el fuero contencioso administrativo federal con asiento en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires entiende en la materia, no resulta el fuero excluyente para tratar cuestiones relacionadas con normas emanadas de autoridades nacionales con sede en dicha jurisdicción.

Puntualiza que por tratarse de cuestiones de incidencia colectiva los efectos de las decisiones de la administración se exteriorizan en todo el territorio nacional donde exista suministro de gas por red y lo decidido frustra derechos y garantías de los integrantes del colectivo que se ven obligados a litigar en un fuero lejano.

Subraya, por último, que la cámara omitió aplicar el Reglamento, por el cual se consagran reglas claras de atribución de competencia, pues en su punto IV establece la competencia del Juzgado que ha prevenido en una causa en la cual se dirime la afectación de derechos de incidencia colectiva. De dichas reglas, además, se colige que los tribunales federales de todo el país se encuentran habilitados para tratar cuestiones contencioso administrativas.

6°) Que la conocida regla de que los pronunciamientos que deciden cuestiones de competencia no justifican habilitar la vía del art. 14 de la ley 48 por no constituir sentencia definitiva reconoce excepciones.

En este caso, la decisión adoptada por la cámara resulta asimilable a definitiva por dos razones.

En primer lugar, desarticula la estructura institucional diseñada para la tramitación de una determinada clase de causas judiciales correspondientes a la competencia federal, pues –en casos como el de autos– implica virtualmente privar a la Justicia Federal con asiento en las provincias de la competencia contencioso administrativa atribuida por el Congreso de la Nación. Y, en segundo lugar, la cámara ha desconocido las precisas reglas atributivas de competencia en los procesos colectivos que han sido establecidas por esta Corte Suprema en el Reglamento mencionado (conf. doctrina de la sentencia CSJ 22/2012 (48-P)/CS1 "Pipet, Luisa y otros c/ Shell CAPSA y otros s/ daños y perjuicios", fallada el 15 de mayo de 2014).

7°) Que, equiparada a definitiva la resolución recurrida, los recursos extraordinarios son formalmente admisibles dado que en el caso existe cuestión federal por cuanto lo decidido remite a la interpretación de las disposiciones de la Constitución Nacional re-

ferentes a las acciones colectivas como herramienta para profundizar la garantía de la tutela judicial efectiva y a la competencia de la justicia federal (Fallos: 342:1747). Asimismo, se han invocado causales de arbitrariedad que son inescindibles de los temas federales en discusión y que serán examinadas conjuntamente (Fallos: 323:1625; 331:1255; 342:1747, entre muchos otros).

8°) Que con relación a la circunstancia enunciada en primer término en el considerando 5° precedente, los debates parlamentarios de las leyes arquitectónicas de la organización de la justicia nacional dictadas por el Congreso de la Nación en ejercicio de la atribución conferida por el art. 75, inc. 20 de la Constitución Nacional, muestran la inequívoca importancia y la trascendente función que cumplen los tribunales federales del interior del país en esa organización.

Al discutirse el proyecto que culminaría en la ley 27, puntualmente el art. 14 que proponía la instauración de al menos un juzgado seccional en cada provincia, el diputado Gorostiaga expuso que lo "menos que puede hacerse para que haya justicia federal, es establecer un juez en cada provincia" (Cámara de Diputados de la Nación, sesión del 10 de octubre de 1862, pág. 261) y que "en un país democrático como el nuestro", la justicia debe ser "barata y pronta", pues de lo contrario "solo estableceríamos justicia federal para los hombres que tuvieran fortuna para sostener sus derechos, y la mayoría de los pueblos quedaría sin justicia" (ídem, pág. 264). En esa misma línea, el diputado Zavaleta afirmó que "la justicia debe estar al alcance de todos, y es preciso proporcionarse todas las facilidades posibles, a fin de que todos los agraviados aun aquellos que no tengan recursos para moverse, tengan una autoridad ante quien quejarse de los agravios que reciban" (ídem, pág. 262).

La ley 48, por su parte, estableció que "Los Jueces Nacionales de Sección", contemplados en el capítulo III de la ley 27, conocerán en primera instancia en "todo pleito que se inicie entre particulares, teniendo por origen actos administrativos del Gobierno Nacional" (art. 2º, inc. 4º).

En ocasión de debatirse el texto que luego sería la ley 4055 —el proyecto solo contemplaba la creación de dos cámaras con asiento en la Capital Federal—, en cuyo art. 12 se dispuso la creación de la Cámara Federal de La Plata, el diputado Alfonso indicó que "la actual organización no se encuentra en estado de hacer prácticos los beneficios de la justicia federal que nuestra constitución promete a los habitantes del interior de la República" (Cámara de Diputados de la Nación, sesión del 9 de diciembre de 1901, pág. 503). El diputado Gómez agregó que "lo que se está discutiendo es si debemos seguir aglomerando aquí, en esta capital" y que había "razones de verdadero peso, razones institucionales y de gobierno que aconsejan distribuir la justicia federal en las provincias, descentralizándola, no solo por razones de política, sino por razones hasta de instrucción" (págs. 507/508).

En el ámbito de la Cámara de Senadores, el senador Palacio aseveró que siempre "se ha tenido en vista la conveniencia de descentralizar por este medio la justicia [...] Es, entonces, necesario, aproximar los tribunales de apelación a los lugares donde se ventilan estas cuestiones, facilitando y amparando si se quiere su resolución para tener algún día una justicia correcta, una justicia esparcida que alcance a los pobres y a los ricos" (Cámara de Senadores, sesión del 28 de diciembre de 1901, pág. 580).

De los debates de las leyes subsiguientes se advierte que la voluntad del Congreso de la Nación, en ejercicio de la facultad asignada por el art. 75, inc. 20, en consonancia con el art. 108 de la Constitución Nacional, fue sostenidamente la de instaurar progresivamente más tribunales federales a lo largo y a lo ancho del territorio nacional.

En efecto, es una praxis legislativa habitual la de crear juzgados federales con asiento en las provincias nominándolos explícitamente con competencia en materia contencioso administrativa como es el caso del Juzgado en lo Civil, Comercial y Contencioso Administrativo Federal nº 2 de La Plata (ver, asimismo, leyes 23.735, art. 2º, in fine; 23.937, art. 14; 23.866, art. 1º; 26.246, art. 1º) o bien con diversas secretarías en razón de la materia como, por ejemplo, contencioso administrativa (leyes 24.164 y 24.174, arts. 1º).

9°) Que, por otra parte, el a quo invocó el art. 45, inc. a, de la ley 13.998, que establece que "Los juzgados federales números 3 y 4, de la Capital Federal, creados por la ley de presupuesto del año 1948, a que se refiere el artículo 6° de la Ley 13.278, y los juzgados creados, para la Capital Federal, por la Ley 12.833, se denominarán: Juzgados Nacionales de Primera Instancia en lo Contencioso administrativo, de la Capital Federal. Serán competentes para conocer: a) De las causas contenciosoadministrativas [...]".

La cámara de dicho fuero, vale rememorar, fue creada debido a la "notoria necesidad teórica y práctica de un órgano de competencia especial para conocer en los numerosos y cada vez mayores casos judiciales, extraños al derecho común, que afectan activa o pasivamente al Estado en su calidad de poder público" (según consta en el mensaje remitido por el Poder Ejecutivo Nacional; Cámara de Diputados, 33º reunión, 25º sesión ordinaria, 31 de agosto de 1949, pág. 2967). Es decir, se erigió un tribunal con "una base firme de la especialidad", en palabras del

senador Basaldúa (Cámara de Senadores, 22 de septiembre de 1950, 50º reunión – 44º sesión ordinaria, pág. 1246). Sin embargo, por el art. 55 de esa ley 13.998 se estableció que los jueces federales con asiento en las provincias conservarían su competencia (énfasis añadido), más otras tantas que allí se especificaron.

Desde esa perspectiva, no se advierte la exclusividad material que el pronunciamiento recurrido pretendió atribuir a la referida ley al justificar la competencia del fuero contencioso administrativo federal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para entender en el presente proceso colectivo.

10) Que tampoco es acertada la remisión efectuada por el *a quo* en la sentencia recurrida, en términos absolutos, al precedente "Nación Argentina (Ministerio de Economía)" (Fallos: 315:1738) en el sentido que de allí surgiría la doctrina de que "lo atinente a la revisión en sede contenciosa de actos administrativos adoptados por autoridades nacionales, debe tramitar ante los tribunales del lugar de la autoridad de la que emanan".

Esa pretendida regla de derecho no es aplicable al *sub lite,* porque dicho antecedente difiere notablemente del caso de autos en cuanto al derecho –incluso a nivel constitucional– y a las circunstancias fácticas y procesales involucradas.

Cabe recordar que en aquel precedente en el marco de una acción de amparo promovida ante la justicia federal con asiento en la Provincia de Tucumán, el Estado Nacional interpuso una inhibitoria ante el fuero contencioso administrativo de la entonces Capital Federal "con fundamento en la jurisdicción ratione territoriae convenida en la cláusula décima del convenio en el que se funda la demanda y en el lugar de exteriorización del acto atacado —Capital Federal—" (considerando III del dictamen del señor Procurador General de la Nación, al que remitió el Tribunal).

En dicho caso, signado además por otras tantas particularidades que allí se destacaron y justifican la diferenciación sustancial apuntada previamente, se ponderó que "desde que la decisión atacada emana del Ministerio de Economía" y "ha sido comunicada a la D.G.I. y a Papel Tucumán S.A. –respecto de la cual la actora invoca su carácter de inversionista— todos ellos con sede en esta capital", con arreglo al art. 4° de la ley 16.986, "el acto cuestionado ha sido exteriorizado en forma inmediata y produce efectos directos en esta ciudad" (apartado IV, párrafos 7° y 8°, del referido dictamen).

Otro aspecto conducente para acoger la inhibitoria planteada estuvo dado por la circunstancia de que el contrato en el que se fundaba la demanda se había pactado que cualquier controversia o divergencia acerca de su interpretación o aplicación, "debería resolverse de común acuerdo entre las partes y en su defecto, someterse a la decisión de la jurisdicción federal competente en la Capital Federal, con renuncia expresa a otro fuero o jurisdicción" (ídem, párrafos 13 a 15).

Y si bien es cierto que el pasaje transcripto por la cámara fue incluido en el dictamen fiscal (ídem, párrafo 11), aunque en rigor de verdad remite a otro precedente anterior ("Unión Obrera Metalúrgica de la República Argentina", Fallos: 310:2335), fue uno de los diversos y singulares argumentos que se tuvieron en cuenta para decidir de este modo.

11) Que, asimismo, en otro orden de ideas, el sistema legal diseñado para la defensa de la Administración Pública Nacional concretamente establece que "[...] el Estado nacional y sus entes descentralizados serán representados y patrocinados ante los tribunales judiciales y organismos jurisdiccionales y administrativos nacionales y locales, por letrados integrantes del Cuerpo de Abogados del Estado dependientes de los servicios jurídicos de los respectivos ministerios, secretarías, reparticiones o entes descentralizados. En el interior de la República, cuando el organismo interesado carezca en el lugar de los servicios referidos, la citada representación será ejercida por Delegados del Cuerpo de Abogados del Estado dependientes de la Procuración del Tesoro de la Nación y designados por el Poder Ejecutivo; en su defecto, la ejercerán letrados integrantes del Cuerpo de Abogados del Estado dependientes de otros servicios jurídicos" (art. 66 de la ley 24.946, vigente por indicación del art. 89 de la ley 27.148, énfasis añadido).

La interpretación efectuada por la cámara desconoce el mecanismo diseñado por el Congreso de la Nación para la defensa estatal a punto tal de presumir su inconsecuencia, criterio que —de acuerdo a constante jurisprudencia de esta Corte— resulta inadmisible (Fallos: 329:3564; 343:140 y 1434, entre muchos otros).

12) Que la circunstancia de que los tribunales federales con asiento en las provincias ejerzan su jurisdicción contencioso administrativa sobre actos dictados por entidades de la administración que tienen su sede en esta ciudad fomenta el federalismo, la descentralización institucional y la aplicación efectiva de los derechos de los usuarios y consumidores de servicios públicos (doctrina de Fallos: 337:530) y resulta del ejercicio de potestades constitucionales exclusivas del Congreso de la Nación.

Contrariamente a ello, el a quo desconoció los principios elementales de la organización constitucional

(arts. 108 y 116) y legal de la justicia federal y su decisión conllevaría, efectivamente, el vaciamiento de las competencias asignadas a la justicia federal con asiento en las provincias frente a la promoción de procesos colectivos como el que dio origen a estas actuaciones.

13) Que una vez determinado que, tanto la justicia federal de La Plata como el fuero contencioso administrativo federal de esta ciudad tienen aptitud jurisdiccional para intervenir en las presentes actuaciones, corresponde —para solucionar el conflicto— aplicar las precisas reglas atributivas de competencia en los procesos colectivos que han sido establecidas por esta Corte Suprema en el Reglamento mencionado y que se fueron gestando desde el leading case "Halabi" (Fallos: 332:111).

Cabe recordar que ya desde ese precedente este Tribunal advirtió que ante la ausencia de pautas adjetivas mínimas que regulen la materia, existía riesgo de que por la multiplicación de procesos colectivos con un mismo objeto se dictaran sentencias disímiles o contradictorias sobre una misma materia (ver considerando 20); criterio que fue reiterado posteriormente en la causa "Consumidores Financieros Asoc. Civil" (Fallos: 337:753, considerando 8°).

Frente a la inminencia de ese riesgo, con la finalidad de evitar el escándalo jurídico que podría representar aquella circunstancia y por razones de economía procesal con miras a facilitar el acceso a la justicia, este Tribunal dispuso la creación del Registro (ver causa "Municipalidad de Berazategui", Fallos: 337:1024 y específicamente la acordada 32/2014). En aquel precedente se hizo especial hincapié en la importancia de la preferencia temporal y su gravitación en los procesos colectivos (considerandos 6º de la sentencia y 9º del voto de la jueza Highton de Nolasco).

Esta regla de la preferencia temporal fue observada en precedentes posteriores y se estableció que los tribunales que intervengan en este tipo de acciones deberían unificar su trámite en el que "hubiera prevenido en la materia, de manera tal de conjurar el peligro de que grupos de personas incluidas en un colectivo obtengan el beneficio de ciertas pretensiones y otras, que también lo integran, resulten excluidas" (causa CSJ 4878/2014/CS1 "García, José y otros c/ PEN y otros s/ amparo ley 16.986", fallada el 10 de marzo de 2015). Y en un caso de marcada analogía con el que aquí se examina, esta Corte reiteró nuevamente las consecuencias que podría provocar la falta de inscripción de las causas de esta especie en el Registro y la importancia de unificar todas ellas en aquel tribunal que hubiera prevenido en la materia ("CEPIS", Fallos: 339:1077, en especial considerandos 34 a 39 del voto de la mayoría y del voto concurrente del juez Maqueda, y 31 a 35 del voto concurrente del juez Rosatti).

En ese contexto, y en razón de que a lo largo del tiempo este Tribunal observó un dispar cumplimiento de la obligación de informar al Registro la existencia de este tipo de procesos por parte de los tribunales inferiores y que, incluso a pesar de la información brindada oportunamente por el Registro, en múltiples casos se había mantenido la radicación ante distintos tribunales de procesos colectivos en los que se ventilaban pretensiones idénticas o similares —problemática que podría conducir a situaciones de gravedad institucional— se dictó la acordada 12/2016, por medio de la cual aprobó el ya citado Reglamento (ver considerandos 3° a 6° de dicha acordada).

Allí, asimismo, se puso énfasis nuevamente en la referida importancia temporal que debe asignarse a los procesos de esta especie, a los fines de la unificación de su trámite en aquel tribunal que hubiera prevenido en la materia (considerando 7º) y, por tanto, se concluyó que resultaba imperioso definir el criterio con arreglo al cual se determinaría dicha preferencia temporal (considerando 8º).

Ese criterio es la regla de la prevención, que se encuentra contemplada, implícita y explícitamente, en diversos puntos del Reglamento (ver puntos II, inciso 2, párrafo 2°, apartado d; III; y IV).

Concretamente, en el punto VI se previó que "[U]na vez registrado el proceso, no podrá registrarse otro que presente una sustancial semejanza en la afectación de los derechos de incidencia colectiva".

En el punto VII, asimismo, se consignó que "la inscripción a la que se refiere el punto anterior producirá la remisión a dicho tribunal de todos aquellos procesos cuya pretensión presente una sustancial semejanza de los derechos de incidencia colectiva".

14) Que, no obstante, la revocación de la sentencia recurrida, decisión que a esta altura es inevitable en mérito de las razones hasta aquí expuestas, corresponde que este Tribunal se expida sobre el punto que en definitiva se encuentra en discusión, toda vez que, de continuar este debate en las instancias inferiores, se podrían generar agravios de muy dificultosa reparación ulterior (doctrina de Fallos: 342:1747).

Es facultad y deber de este Tribunal actuar ante manifestaciones litigiosas deformadas y arbitrar lo que razonablemente corresponda disponer para superar los escollos, corregir y encauzar la tramitación de la causa (Fallos: 326:1512, entre otros).

15) Que las consideraciones expuestas sobre la aptitud jurisdiccional de los juzgados federales con asiento en las provincias y acerca del Reglamento conducen a la inexorable conclusión de que resulta competente para entender en estos autos el Juzgado en lo Civil, Comercial y Contencioso Administrativo Federal de La Plata n° 2 por cuanto, según lo expuesto, es el juzgado que inscribió el proceso en el Registro.

Por ello, habiendo dictaminado la señora Procuradora Fiscal, se resuelve admitir las quejas, hacer lugar a los recursos extraordinarios, dejar sin efecto la sentencia apelada y declarar que resulta competente para conocer en las presentes actuaciones el Juzgado en lo Civil, Comercial y Contencioso Administrativo Federal de La Plata n° 2. Con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Acumúlense ambas causas y agréguense las quejas a los principales. Notifíquese y, oportunamente, remítase. Hágase saber lo decidido a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal mediante oficio de estilo. — *Horacio Rosatti. — Carlos F. Rosenkrantz. — Juan Carlos Maqueda. — Elena I. Highton de Nolasco. — Ricardo L. Lorenzetti.*

La competencia colectiva contencioso-administrativa de los jueces federales con asiento en las provincias

José Ignacio López

Sumario: I. Introducción.— II. La causa que motivó la decisión.— III. El fallo comentado.— IV. A modo de cierre: la importancia de la decisión.

I. Introducción

Esta nota tiene por objeto poner de resalto el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación "Estado Nacional c. Cepis" **(1)** que definió un asunto que reviste notable importancia jurídico institucional en nuestro país: la competencia para conocer en pleitos colectivos donde se impugnan decisiones administrativas cuyos efectos se extienden en más de una jurisdicción.

La cuestión y su recorrido judicial provocó nuestra temprana atención **(2)** por su relevancia y consecuencias procesales futuras. En tal sentido, en aquel entonces, advertimos sobre el criterio que sostuvo que la impugnación de actos del Poder Ejecutivo nacional, cuyos alcances operan en todos los puntos del país, debe tramitar ante la Justicia en lo Contencioso Administrativo Federal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con fundamento en que dichos actos emanan de órganos con sede en dicha Ciudad. Señalamos que esa interpretación era

(1) CSJN, sentencia del 28 de octubre de 2021 en las causas CAF 29310/2018/1/RH1 y FLP 27529/2018/1/RH1.

(2) Nos referimos a López, José Ignacio. "La competencia de los jueces federales del interior del país para conocer en causas donde se cuestiona la suba tarifaria del gas natural", RDA, 118, julio/agosto 2018, así como también, DÍAZ, Juan Francisco y LÓPEZ, José Ignacio, "La centralización de los pleitos colectivos contencioso administrativo federales y sus puntos críticos en materia de acceso a la justicia", RDA, 120, noviembre/diciembre 2018.

alejada de las pautas normativas que gobiernan la competencia en los procesos colectivos.

Ahora, afortunadamente, el máximo tribunal ha zanjado la cuestión a favor de la competencia de los jueces federales con asiento en las provincias para conocer y resolver en litigios donde se impugnan decisiones administrativas y cuyos efectos se extienden en todo el territorio nacional.

En este artículo abordaremos —con los límites de su formato— el caso de referencia y la decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

II. La causa que motivó la decisión

La asociación civil Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad (CEPIS) dedujo una acción de amparo colectivo ante la Justicia Federal de La Plata en la que cuestionó las resoluciones del Ente Nacional Regulador del Gas (ENARGAS) que autorizaron la aplicación de cuadros tarifarios del gas a partir del 1° de abril de 2018 cuando, según su posición, la normativa establece que los aumentos debían disponerse a partir del 1° de mayo de ese año. El titular del Juzgado Federal N° 2 de esa ciudad, Adolfo Gabino Ziulu, previo dictamen fiscal y de efectuar la consulta respectiva en el Registro de Procesos Colectivos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, certificó la causa **(3)**, la inscribió **(4)** y la comenzó a tramitar como litigio colectivo de alcance nacional, corriendo los respectivos traslados **(5)**.

Frente a ello, el entonces Ministerio de Energía y Minería de la Nación (demandado en esas actuaciones) concurrió a esa sede bonaerense, contestó el informe previsto en el art. 4° de la ley 26.854 y denunció haber iniciado una inhibitoria ante el fuero Contencioso Administrativo Federal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires **(6)**.

La jueza a cargo del Juzgado en lo Contencioso Administrativo Federal N° 3, Claudia Rodríguez Vidal, en ocasión de expedirse sobre el asunto, declaró que ese fuero es competente para tramitar el precitado proceso colectivo y le requirió al magistrado platense que le remita las actuaciones. Para decidir en ese modo, la magistrada acogió el argumento del Ministerio de Energía que sostiene, básicamente, si los actos cuestionados emanan del Poder Ejecutivo nacional con sede en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, los tribunales competentes en razón del territorio son los del Fuero Contencioso Administrativo Federal con sede en esta última Ciudad.

La magistrada basó su decisión en las previsiones de la añeja ley 13.998 **(7)** en cuanto dispone que los "Juzgados Nacionales de Primera Instancia en lo Contencioso administrativo de la Capital Federal (...) serán competentes para conocer: a) De las causas contencioso-administrativas (...)" **(8)** y, de este modo, concluyó que frente al cuestionamiento de "actos que emanan de autoridades nacionales con asiento en la Capital Federal y que sus efectos no se circunscriben a una única jurisdicción, sino que se producen en la totalidad del territorio nacional", corresponde el conocimiento de la causa a la Justicia en lo Contencioso Administrativo Federal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

De otro lado, el titular del Juzgado Federal N° 2 de La Plata mantuvo su criterio en cuanto a la competencia territorial y material del órgano judicial a su cargo y rechazó la inhibitoria que le cursó su par del Fuero Contencioso Administrativo Federal.

(3) JFed. La Plata N° 2, "Cepis c. Enargas y otro s/ amparo colectivo", Expte. FLP 27579/2018, resolución del 19/04/2018.

(4) La referida causa fue inscripta el día 23 de abril de 2018, a las 8:27 horas, en el Registro de Procesos Colectivos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

(5) La identificamos como "Cepis II" para distinguirla del caso que promovió la misma organización civil y que motivó la anulación judicial de las resoluciones que disponían la suba del gas de 2016 con alcance a todos los usuarios residenciales del país, caso al que llamaremos "Cepis I".

(6) La presentación fue realizada el 3 de mayo del 2018 y allí se indicó el planteo de incompetencia por la vía de inhibitoria en el expediente CAF 29.310/2018, iniciado el 25 de abril del mismo año.

(7) Sancionada el 29 de septiembre de 1950, promulgada el 6 de octubre de ese año.

(8) Se remitió también a su análoga decisión en "ENM Energía y Minería c. Emprendimiento Aguas Abiertas s/ inhibitoria", Expte. CAF 58160/2016, resolución del 13/12/2016

La decisión del juez federal platense se basó en un triple orden de razones que, brevemente, consignaremos.

Por un lado, señaló la pauta contenida en la Ley de Amparo en cuanto dispone: "será competente para conocer de la acción de amparo el juez de Primera Instancia con jurisdicción en el lugar en que el acto se exteriorice o tuviere o pudiere tener efecto" y agrega, en el último párrafo, que "cuando un mismo acto u omisión afectare el derecho de varias personas, entenderá en todas esas acciones el juzgado que hubiese prevenido, disponiéndose la acumulación de autos, en su caso" **(9)**.

De otro lado, indicó que las normas impugnadas fueron dictadas por una autoridad nacional, y si bien el lugar de emisión es el asiento del organismo en la Capital Federal, estas poseen alcance nacional en tanto causan efectos respecto de la totalidad de los usuarios residenciales del servicio de gas natural de red de todo el país; por ende, producen efecto inmediato en los partidos de la Provincia de Buenos Aires que conforman la jurisdicción de este Juzgado Federal N° 2 de La Plata, que es el que previno, donde también tiene domicilio la parte actora.

Finalmente, acudió a las normas que gobiernan los procesos colectivos y reseñó que oportunamente examinó la competencia de su juzgado, consideró que el caso era propio de ella y así lo declaró, ordenó su inscripción en el Registro Público de Procesos Colectivos y de ello se deriva la regla de la absorción de todo planteo por parte del juez que previno en el litigio.

Planteado este escenario, la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal fue llamada a dirimir la contienda positiva de competencia.

La Sala III del referido tribunal, con voto de los vocales Jorge Esteban Argento, Sergio Gustavo Fernández y Carlos Manuel Grecco, declaró la competencia de ese fuero con un argumento idéntico al que sostuvo la jueza de grado. Postuló que tratándose de un proceso colectivo donde se demandó al Estado nacional, que involucra a todos los usuarios del gas natural por redes y en el que se impugnan resoluciones del ENARGAS —que dispusieron las subas tarifarias— que emanan de una autoridad pública con sede en la Capital Federal, ello determina la competencia del Fuero Contencioso Administrativo Federal de esa ciudad.

El tribunal fundó su decisión en la ley 13.998, como también hizo la jueza de grado, y citó criterios concordantes adoptados en tres casos al dirimir contiendas de competencia entre ese fuero y la Justicia Federal con asiento en las provincias **(10)** y un precedente de la Corte Suprema **(11)**. Sin embargo, nada aludió respecto a las normas procesales que gobiernan los procesos colectivos en nuestro derecho, sino que se afincó en la idea que los actos emanan de órganos con sede en la Capital "y que sus efectos no se circunscriben a una única jurisdicción, sino que se producen en la totalidad del territorio

(9) Se trata del art. 4 del decreto-ley 16.986.

(10) Se trata de los casos "Protectora Asociación Civil de Defensa del Consumidor", FMZ 10266/2016/CA003 del 14/07/2016, "Municipalidad de San Martín", FSM 46667/2016 del 31/10/2017 y "EN-M Energía y Minería c. Emprendimiento Aguas Abiertas s/ inhibitoria", CAF 58160/2016 del 31/10/2017. En los dos primeros cabe subrayarse el voto en disidencia del juez Jorge Alemany, en cuanto a la competencia de los jueces federales con asiento en las provincias, con el cual coincidimos.

(11) Se trata de la sentencia "Nación Argentina (Ministerio de Economía) c. Juzgado Federal de la Provincia de Catamarca" de 1992 (Fallos 315:1738) que zanjó una cuestión de competencia en favor del Fuero Contencioso Administrativo Federal en un caso en el que una firma cuestionó una decisión administrativa, que le fue notificada en la Capital Federal, ante la Justicia Federal de Catamarca. En dicho fallo, el máximo tribunal, por remisión al dictamen del procurador general Oscar Eduardo Rogger, señaló que "lo atinente a la revisión en sede contenciosa de actos administrativos adoptados por autoridades nacionales, debe tramitar ante los tribunales del lugar de la autoridad de la que emanan". Este criterio no puede ser interpretado en forma categórica dado que, con solo verificar las causas en lo contencioso-administrativo que actualmente tramitan en la Justicia Federal con asiento en las Provincias, reconoce de las más diversas excepciones. La Corte Suprema, en el fallo aquí comentado, dejó expresamente constancia de la indebida invocación de este precedente por diferir en cuanto al derecho, los hechos y circunstancia de la causa "Cepis".

nacional" **(12)** para determinar la competencia de ese fuero y así declararla **(13)**.

La asociación CEPIS dedujo entonces recurso extraordinario federal. Lo hizo tanto en el marco del expediente principal **(14)** y de las actuaciones derivadas de la inhibitoria planteada por el Estado nacional **(15)**. Ambos recursos fueron denegados por la Cámara Contencioso Administrativo Federal con base en la jurisprudencia que indica que las decisiones sobre competencia no constituyen sentencias definitivas.

Frente a ello, concurrieron directamente por la vía de la queja ante los estrados de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Sostuvieron, centralmente, que la decisión se equipara a sentencia definitiva por cuanto representa una supresión del fuero federal con asiento en las provincias y dificulta el acceso a la justicia de las personas que no cuentan con recursos materiales para litigar ante los tribunales federales de la Ciudad de Buenos Aires, situación antagónica a la del Estado nacional que cuenta con suficientes medios para defenderse en todos los tribunales del país.

Asimismo, también postularon que la competencia contencioso-administrativa federal no es exclusiva de los tribunales porteños, sino que la organización judicial también asignó esa atribución a diversos juzgados con asiento en las provincias para tratar las cuestiones que operen en su ámbito territorial.

Por último, CEPIS también se agravió de ausencia de aplicación por parte de los tribunales del fuero contencioso administrativo federal de la Ciudad de Buenos Aires de las pautas contempladas en el Reglamento de Procesos Colectivos, norma procesal que los gobierna y que contiene pautas de atribución de competencia que reconoce que los tribunales del país.

Sobre estos puntos se basó la cuestión federal planteada ante el máximo tribunal.

III. El fallo comentado

La Corte Suprema de Justicia admitió la queja del Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad (CEPIS), revocó la decisión de la Cámara Contencioso Administrativo Federal de la Capital y definió la competencia de la Justicia Federal de La Plata para conocer en el asunto.

El máximo tribunal —en voto unánime de los jueces Rosatti, Maqueda, Lorenzetti, Highton y Rosenkrantz— afirmó la competencia contencioso-administrativa federal que cuentan los jueces federales con asiento en las provincias para tramitar litigios de carácter colectivo.

En lo que sigue, haremos un repaso de los argumentos de la Corte para resolver en el sentido que lo hizo **(16)**.

III.1. La organización de la Justicia de la Nación en el país. La importancia de los tribunales federales con asiento en las provincias

La Corte Suprema puso el acento en la organización del Poder Judicial como atribución

(12) Cabe precisar que, al momento de escribir esta nota, no existe ninguna norma que en nuestro derecho positivo establezca que si los efectos de una decisión administrativa exceden el ámbito de una jurisdicción ello determine, inevitablemente, la competencia del fuero en lo contencioso administrativo federal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

(13) CNFed. Cont. Adm., Sala III, "EN - M. Energía c. Cepis s/ inhibitoria", cit.

(14) FLP 27529/2018.

(15) CAF 29310/2018.

(16) El máximo tribunal señaló que la decisión recurrida era asimilable a definitiva por dos razones. "En primer lugar, desarticula la estructura institucional diseñada para la tramitación de una determinada clase de causas judiciales correspondientes a la competencia federal, pues —en casos como el de autos— implica virtualmente privar a la Justicia Federal con asiento en las provincias de la competencia contencioso administrativa atribuida por el Congreso de la Nación. Y, en segundo lugar, la cámara ha desconocido las precisas reglas atributivas de competencia en los procesos colectivos que han sido establecidas por esta Corte Suprema en el Reglamento mencionado (conf. doctrina de la sentencia CSJ 22/2012 (48-P)/CS1 "Pipet, Luisa y otros c. Shell CAPSA y otros s/ daños y perjuicios" fallada el 15 de mayo de 2014)". Asimismo, la Corte refirió la presencia de "cuestión federal" en el caso por remitir a normas constitucionales en torno a las acciones colectivas como "herramienta para profundizar la garantía de la tutela judicial efectiva y a la competencia de la justicia federal (Fallos 342:1747)". Finalmente, la invocación de "causales de arbitrariedad" vinculadas con inescindiblemente con los temas federales en análisis.

del Congreso de la Nación en el marco de la atribución conferida por el art. 75 inc. 20 de la CN **(17)**. En tal sentido, trajo los debates iniciales de las leyes que cumplieron ese cometido institucional y que —en palabras del máximo tribunal— "muestran la inequívoca importancia y la trascendente función que cumplen los tribunales federales del interior del país en esa organización".

Con cita a figuras emblemática de nuestra historia parlamentaria, indicó que la voluntad del Congreso fue sostenidamente la de instaurar progresivamente más tribunales federales a lo largo y a lo ancho del territorio nacional. Así, precisó como práctica habitual la de "crear juzgados federales con asiento en las provincias nominándolos explícitamente con competencia en materia contencioso-administrativa (...) o bien con diversas secretarías en razón de la materia como, por ejemplo, contencioso-administrativa".

Por otra parte, la Corte se hizo cargo del cuestionamiento en torno a la aplicación de la ley 13.998 que hizo la Cámara Contencioso Administrativo Federal. De ese modo, indicó que la creación de aquel tribunal **(18)** (en 1950) por la norma de mención se debió a la "notoria necesidad teórica y práctica de un órgano de competencia especial" pero se estableció que los jueces federales con asiento en las provincias conservarían su competencia.

Con estos elementos, concluyó que no existe una exclusividad en torno a la competencia material de del fuero contencioso administrativo federal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para tratar la causa colectiva analizada.

III.2. El sistema legal de defensa del Estado nacional

Otro argumento que la Corte trajo a colación es lo referido a la estructuración del sistema de representación en juicio del Estado nacional. En tal sentido, haciendo mérito del agravio planteado por CEPIS, sostuvo que el criterio plasmado en la sentencia recurrida llevaba a la inadmisible conclusión de presumir su inconsecuencia.

Ello debido a que el Administración nacional cuenta para su defensa con los letrados del Cuerpo de Abogados del Estado nacional dependientes de los servicios jurídicos de los respectivos ministerios, secretarías, reparticiones o entes descentralizados. Asimismo, en el interior del país, cuando el organismo interesado carezca en el lugar de los servicios referidos, la citada representación será ejercida por delegados del Cuerpo de Abogados del Estado dependientes de la Procuración del Tesoro de la Nación y designados por el Poder Ejecutivo; en su defecto, la ejercerán letrados integrantes del Cuerpo de Abogados del Estado dependientes de otros servicios jurídicos.

En ese orden, el máximo tribunal cuestionó la sentencia recurrida por desconocer el sistema de defensa del Estado nacional, establecido por el Congreso de Nación en la ley 24.946.

III.3. La competencia de los jueces federales con asiento en las provincias sobre actos de autoridades nacionales emitidos en la Ciudad de Buenos Aires

El máximo tribunal, una vez reafirmada la competencia material con que cuentan los magistrados federales con asiento en las provincias, remarcó que la circunstancia de que estos "ejerzan su jurisdicción contencioso administrativa sobre actos dictados por entidades de la administración que tienen su sede en esta ciudad fomenta el federalismo, la descentralización institucional y la aplicación efectiva de los derechos de los usuarios y consumidores de servicios públicos (doctrina de Fallos 337:530) y resulta del ejercicio de potestades constitucionales exclusivas del Congreso de la Nación".

La cita del párrafo se justifica por la importancia de lo subrayado: federalismo, descentra-

(17) "Corresponde al Congreso: (...) 20. Establecer tribunales inferiores a la Corte Suprema de Justicia (...)".

(18) La Ley 13.998 transformó la Cámara Federal de Apelaciones de la Capital Federal —creada por ley 4.055— en la Cámara Nacional de Apelaciones de la Capital Federal en lo Civil, Comercial y Penal Especial y Contencioso Administrativo (art. 33). Véase RATTI, Florencia, "Origen y evolución de las Cámaras Federales de Apelación en la República Argentina", Revista Historia del Derecho nro. 60, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires, 2020, Disponible en línea.

lización institucional y aplicación efectiva de los derechos de usuarios y consumidores como corolario lógico de la razonable conclusión en torno a que los ciudadanos puedan litigar ante los tribunales federales de su domicilio contra los actos emitidos por las autoridades nacionales —con sede en Buenos Aires— cuyos efectos se materializan en sus territorios, incluso si aquellos se extienden a otras jurisdicciones, como el caso de los procesos colectivos.

La decisión de la Cámara Contencioso Administrativo Federal de la Capital —en palabras de la Corte Suprema— "desconoció los principios elementales de la organización constitucional (arts. 108 y 116) y legal de la justicia federal y su decisión conllevaría, efectivamente, el vaciamiento de las competencias asignadas a la justicia federal con asiento en las provincias frente a la promoción de procesos colectivos como el que dio origen a estas actuaciones".

III.4. Las reglas que gobiernan los procesos colectivos: el principio de prevención

Otro aspecto clave que la Corte consideró para definir el asunto fue lo relativo a las normas que rigen los procesos colectivos en nuestro derecho.

En ese sentido, sabido es que fue el señero precedente "Halabi" **(19)** de la Corte Suprema de Justicia en 2009 el que delineó, más allá de su reconocimiento constitucional de 1994, la fisonomía y articulación de los procesos colectivos en nuestro país.

Dicho criterio abrió un novedoso escenario que, más tarde, llevó a la necesidad de la reglamentación por parte de la Corte Suprema ante el silencio del Congreso de la Nación, pese a la exhortación del máximo tribunal en el precitado fallo, en regular esta especial materia.

Fue así como en septiembre del 2014 la Corte advirtió, en el caso "Municipalidad de Berazategui" **(20)**, sobre "un incremento de causas colectivas con idénticos o similares objetos que provienen de diferentes tribunales del país", generando un "dispendio jurisdiccional y el riesgo cierto de que se dicten sentencias contradictorias y de que las decisiones que recaigan en uno de los procesos hagan cosa juzgada respecto de las planteadas en otro".

Ante ello, tomó una medida de central importancia: creó un registro de acciones colectivas para el Poder Judicial de la Nación por medio de la Acordada 32/2014 en octubre de ese año. En dicho registro se estableció que deben inscribirse "todos los procesos de esa naturaleza que tramiten ante los tribunales del país" **(21)**.

Dos años más tarde, a través de la Acordada 12/2016, aprobó el "Reglamento de Actuación en Procesos Colectivos", que fija reglas que ordenan el trámite de este tipo de procesos en los tribunales nacionales y federales de todo el país, a fin de asegurar la eficiencia práctica del Registro Público de Procesos Colectivos **(22)**.

Con este panorama, corresponde precisar que los procesos colectivos se regulan en nuestro orden jurídico por el art. 43 de la CN, las Acordadas 32/2014 y 12/2016 de la Corte Suprema **(23)** y los precedentes en la materia.

Las pautas que confieren esas normas indican, sintéticamente, que cuando un juez está frente a un proceso colectivo (previa consulta de que no se encuentre otro análogo previamente inscripto) así lo debe declarar, mediante la respectiva resolución de certificación, y posteriormente inscribirlo en el Registro de Procesos Colectivos a los fines de su adecuada publicidad **(24)**.

De este modo, cuando un proceso colectivo es debidamente inscripto ante el registro, la consecuencia es que todas aquellas causas que guar-

(19) Fallos 332:111.

(20) Fallos 337:1024.

(21) Consid. 1° de los fundamentos de la Acordada 32/2014.

(22) Se puede encontrar un análisis a la norma en Verbic, Francisco y Sucunza, Matías, "Postulación de pretensiones colectivas a la luz de la reciente Acordada de la Corte Suprema" en LA LEY del 18/05/2016.

(23) Un trabajo detallado que analiza la normativa puede verse en Malizia, Franco E. "Reglamentación de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre procesos colectivos. La pauta de prevención y algunos aspectos procesales potencialmente conflictivos" en LA LEY Supl. Adm. 2018 (mayo).

(24) Conf. puntos III y V Acordada 12/2016.

den sustancial semejanza deben ser remitidas a dicho órgano judicial **(25)** para que concentre el trámite de ellas. Se trata, concretamente, del principio de prevención y que constituye un elemento central para definir la competencia del tribunal que va a conocer en los litigios de estas características.

Esta breve reseña tiene razón de ser debido a que la Corte acudió a este recorrido jurisprudencial y normativo para definir definitivamente la competencia en el caso que aquí comentamos. Lo hizo más allá de considerar que las razones constitucionales y legales antes invocadas —tratadas aquí en los puntos III.1, III.2 y III.3— conducían a la revocación de la sentencia, pero correspondía zanjar el asunto para evitar agravios de difícil reparación ulterior que podría ocasionar continuar el debate en instancias inferiores.

Concretamente, el máximo tribunal indicó en su análisis que para conocer la causa en cuestión —recordemos que es la impugnación de resoluciones administrativas emitidas por autoridades nacionales con impacto en la tarifa del gas natural— son materialmente competentes tanto el fuero contencioso administrativo federal de la Capital como el fuero federal de La Plata pero correspondía acudir a las normas que gobiernan los procesos colectivos para solucionar en forma definitiva el conflicto de competencia planteado.

En tal sentido, con base en el principio de prevención y siendo que el Juzgado Federal N° 2 de La Plata fue el primero que inscribió la causa de referencia en el Registro, corresponde a aquel la competencia para tramitar y resolver en el proceso colectivo en cuestión.

IV. A modo de cierre: la importancia de la decisión

La decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en "Estado Nacional c. CEPIS" merece ser destacada por la trascendencia de sus implicancias **(26)**. Si bien un lector desprevenido podría considerar que se trató de un simple asunto de competencia, una mirada atenta revela la sustancia del fallo y sus implicancias futuras.

La sentencia pone en su justo lugar a la organización de nuestro Poder Judicial de la Nación y reafirma la competencia con que cuentan los jueces federales con asiento en las provincias para tratar impugnaciones a decisiones administrativas de autoridades nacionales, aun cuando se emitan en la Ciudad de Buenos Aires, siempre que los efectos se materialicen en estos territorios provinciales e incluso en el caso que aquellos se extiendan a otras jurisdicciones, como el caso de los procesos colectivos.

El máximo tribunal también se hizo cargo de "actuar ante manifestaciones litigiosas deformadas y arbitrar lo que razonablemente corresponda disponer para superar los escollos, corregir y encauzar la tramitación de la causa". Así, objetó la decisión de la Cámara Contencioso Administrativo Federal que conducía a la centralización de los pleitos en los tribunales porteños y —tácitamente— los planteos del Estado nacional en ese sentido **(27)** que conducían a vaciar la jurisdicción de los tribunales federales de las provincias y lesionar el acceso a la justicia de miles de ciudadanos argentinos.

En tal sentido, también se puntualizó en las normas que rigen los procesos colectivos y la importancia del principio de prevención para definir la competencia en las causas que tramitan asuntos de esa naturaleza.

Nuestro país tiene una extensión territorial que lo destaca en el mundo, las acciones del Gobierno nacional —aunque naturalmente

(25) Conf. Punto IV Acordada 12/2016.

(26) Cabe referir que la Sala I de la Cámara Contencioso Administrativo Federal —con voto de Clara María Do Pico, Eduardo Rodolfo Facio y Liliana María Heiland— se había pronunciado en el mismo sentido que, ahora, hizo la Corte nacional. La decisión tuvo lugar en "EN-M Energía s/ inhibitoria", Expte. FLP 578/2018, resolución del 21/02/2019. A dicha sentencia la comentamos en sentido positivo en LÓPEZ, José Ignacio y DÍAZ, Juan Francisco, "El reconocimiento de la competencia de los jueces federales con asiento en las provincias para tramitar causas colectivas nacionales en materia de tarifas de servicios públicos", RDA, 122, 2019.

(27) Alertamos sobre el uso irrazonable de una útil herramienta para la defensa estatal, como es, la inhibitoria y los criterios judiciales que lo había admitido. V. LÓPEZ, José Ignacio, "La inhibitoria en las causas que interviene el Estado Nacional", Revista del Cuerpo de Abogados del Estado nro. 5, Procuración del Tesoro de la Nación, 2021, disponible en línea.

se emitan a través de decretos o resoluciones administrativas dictadas en la Capital Federal— son susceptibles de impactar en cualquier punto de su geografía y los ciudadanos tienen el derecho a acudir, en pos del real acceso a la justicia, ante el juez federal de su domicilio en busca de una tutela judicial efectiva.

El fallo en comentario tiene una importancia central al reafirmar nuestro esquema de organización constitucional con eje en el federalismo que se proyecta, en este caso, en la posibilidad de que ciudadanos o asociaciones pueden cuestionar actos de autoridades nacionales —emitidos en la Capital Federal— cuyos efectos impactan en sus centros de vida ante los jueces federales de su domicilio, ello incluso como proceso colectivo en caso que dichos efectos se extiendan en más de una jurisdicción o en todo el territorio nacional.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR LA MUERTE DE UN ADOLESCENTE

Niño institucionalizado. Padecimiento psiquiátrico y de adicción. Influencia del sobreseimiento penal de los profesionales de la comunidad terapéutica donde se encontraba el joven. Actuación de la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia (SENNAF).

Con nota de Yenifer Lozano Loayza

1. — El alojamiento en un instituto que no era el adecuado para el cuidado y tratamiento de cuadros como el padecido por un adolescente que se habría suicidado en su habitación, y en donde hay pruebas del ingreso de sustancias prohibidas, revela una clara falta de servicio por apartarse de la conducta debida en el caso.

2. — Aun asumiendo que el fallecimiento del adolescente resultó de su propio accionar (ello, para ser coherente con los resultados infructuosos del proceso penal donde no se descartó el suicidio), no es válido soslayar el contexto en que el deceso ocurrió: esto es, con aquel alojado en instalaciones de una comunidad terapéutica dependiente del Estado, institución que debía brindarle atención especializada para su cuadro y protegerlo del modo en que lo ordena el bloque de normatividad aplicable a sujetos de preferente protección. El menor representaba un riesgo para sí, con lo que los profesionales intervinientes debían atenderlo en consecuencia y arbitrar los medios para neutralizar o hacer desaparecer dicho riesgo.

3. — La Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia (SENNAF) es responsable por la muerte de un adolescente por las notables deficiencias en la omisión de arbitrar el alojamiento en un centro adecuado, y la desatención del menor que condujo a su muerte. Esto patentiza de modo más que suficiente la negligencia administrativa por "falta de servicio". No exculpa a la institución demandada el recurso de direccionar el reproche contra el tribunal actuante, el que razonablemente ordenó el alojamiento del menor en un ámbito en el cual se diera tratamiento a su problemática.

4. — La absolución en la causa penal de la que fueron parte las funcionarias intervinientes en la guarda de un adolescente que se habría suicidado no resulta exculpatorio de la responsabilidad patrimonial del Estado por los hechos y omisiones en que incurrió la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia (SENNAF), como repartición que opera bajo la órbita del Ministerio de Desarrollo Social de la Nación. La ausencia de condena penal carece de incidencia para obstar a que sea conducente y quede configurada la responsabilidad patrimonial basada en una falta de servicio, en tanto esta no requiere delito del orden criminal, bastando a tal efecto la constatación de una anormalidad sobre el servicio regularmente concebido o una irregularidad por apartamiento de estándares razonables del despliegue de la función administrativa de que se trate.

CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO

El hecho dañoso:

Muerte del hijo.

Referencias de la víctima:

Observaciones: El adolescente fue abusado y no pudo determinarse si realmente se había suicidado.

Componentes del daño:

Daño extrapatrimonial

Daño moral genérico: $1.000.000

Daño psíquico: $200.000

Daño patrimonial

Valor vida: $140.000

Daños varios: Tratamiento psicológico: $81.000

CNFed. Contenciosoadministrativo, sala II, 24/09/2021. - M., J. H. y otros c. EN - Ministerio de Desarrollo Social - SENNAF s/ daños y perjuicios.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/146782/2021]

COSTAS

A la vencida.

Expte. n° CAF 023202/2009/CA001

2ª Instancia.- Buenos Aires, 24 de septiembre de 2021.

¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?

La doctora *Caputi* dijo:

I. Que, el Sr. J. H. M. y la Sra. A. F. M. (cuyos demás datos filiatorios y de identidad han sido precisados y

obran en las constancias de autos) promovieron demanda contra el ESTADO NACIONAL – MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL– SECRETARÍA NACIONAL DE NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y FAMILIA (de ahora en más: SENNAF) y quien resultase civilmente responsable por la violación y muerte de su hijo menor de edad GHM, ocurrida el 11 de enero de 2007, en el INSTITUTO MANUEL ROCCA – de ahora en más: "IMR"–, institución dependiente de la SENNAF (ver escrito de inicio y su ampliación incorporados al sistema de gestión judicial Lex100 con fecha 22/7/2020).

En escueta síntesis, solicitaron percibir una suma dineraria en concepto de indemnización de daños y perjuicios, por los rubros de valor vida, daño moral, daño y tratamiento psicológico.

Respecto de las vicisitudes que dieron origen al caso y sus antecedentes, manifestaron que, tal como quedó acreditado en la causa penal y en el Incidente Tutelar, tramitado por ante el juzgado federal de Morón (el cual había tenido inicio el 22 de agosto de 2005), su hijo menor de edad –quien contaba con 16 años a esa fecha–, presentaba múltiples trastornos psicológicos y psiquiátricos, además de una patología adictiva, situación que requería de específico y cuidadoso tratamiento.

Sobre el contexto de la situación, refirieron que las condiciones de indigencia del grupo familiar, descriptas desde el primer informe socio ambiental (suscripto por la Sra. Licenciada María E. MARTINENA DE BARCELÓ, prosecretaria administrativa del juzgado interviniente), exigían de los organismos oficiales una intervención imprescindible para asistir al joven. Según reseñaron, del informe indicado surgía, por ejemplo, que los aquí coactores tenían ocho hijos, el mayor de 20 años y la menor de solo 3 años de edad, y que vivían en una casilla sin baño ni comodidades, dependiendo para su sustento de la asistencia social estatal.

Asimismo señalaron que, desde esa preliminar entrevista, la licencianda actuante había señalado que GHM parecía "presentar ciertos desajustes psicológicos", con "pensamientos inusitados y extraños", toda vez que temía mirar la gente a los ojos porque creía que así le robarían "los pensamientos y la voluntad", y presentaba signos de sentirse poco querido e insatisfecho. Es por ello que, la profesional indicó la concurrencia del menor al HOSPITAL DE HURLINGHAM, y al CENTRO PREVENTIVO ASISTENCIAL en adicciones, a los efectos de iniciar los correspondientes tratamientos.

En el mismo sentido, destacaron que la Sra. Licenciada MARTINENA DE BARCELÓ había evaluado, mensualmente, al menor, y las respectivas sesiones dieron cuenta de cómo, pese a las señaladas dificultades materiales derivadas de una situación de pobreza estructural, se había cumplido el tratamiento pautado y el niño había logrado retomar la escuela, cursando 8º y 9º año de la EGB; sin embargo, indicaron que en el informe fechado el 29 de marzo de 2006, la Sra. Psicóloga había señalado que GHM era un joven muy limitado, y presentaba "un Yo débilmente estructurado, con poca tolerancia a la frustración, atención lábil, ideación y juicio disminuidos".

Sin perjuicio de ello, expresaron que, con fecha 8 de mayo del 2006, la madre y el padre se habían presentado ante la licenciada sin el menor, para poder conversar respecto de la necesidad de internarlo en una comunidad terapéutica, debido al incremento del consumo de sustancias estupefacientes, circunstancia que se había agregado a la problemática preexistente. Ello así, refirieron que, con fecha 20 de octubre de 2006, la co-actora había concurrido en los estrados judiciales de Morón, con la referida licenciada, a fin de informarle que el menor había sido detenido en la vía pública aspirando las emanaciones de un pegamento, y que también consumía "paco", circunstancias que lo habían llevado a tener conductas autolesivas, por lo que temían que su hijo se suicidara.

Frente a la circunstancia planteada, indicaron que la respuesta institucional había consistido en "alojar preventivamente al menor en el IMR, a fin de evaluarlo y derivarlo a un lugar adecuado a su problemática". Ahora bien, en cuanto a las vicisitudes posteriores, descubrieron que, una vez efectuada dicha internación, con fecha el 23 de octubre del 2006, la mencionada Sra. Licenciada MARTINENA DE BARCELÓ había encontrado al menor en el Instituto señalado, sucio y con la misma ropa con que había sido detenido –según se refirió– tres días antes. Asimismo, sostuvieron que, en la referida fecha, el Sr. DEFENSOR PÚBLICO ad hoc, Dr. Juan Manuel NICOLOSI LÓPEZ, había dictaminado que la internación en el INR "….solo podía ser autorizada con carácter provisional y por un período no mayor de 72 horas, al solo efecto de su evaluación".

En virtud de esta situación, la parte actora relató que el Sr. DEFENSOR PÚBLICO había solicitado con carácter urgente la realización de la evaluación psicológica y psiquiátrica, y la consiguiente derivación del menor al CONSEJO NACIONAL DE LA NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y FAMILIA (de ahora en más: CONNAF), en un plazo no mayor de 24 hs., a fin de evaluar su traslado a una Comunidad que, a juicio de los médicos, debía ser bajo un "Régimen Cerrado".

Como consecuencia de la evaluación de los profesionales, los accionantes refirieron que, unos tres meses antes de la muerte de su hijo, dos funcionarios

judiciales ya habían estimado que el menor era peligroso para sí y que, por ello, debía ser asistido con particular atención.

Sin perjuicio de ello, relataron también que el informe solicitado al CUERPO MÉDICO FORENSE había sido reemplazado por una constancia a mano casi ilegible, suscripta por el médico psiquiatra Anselmo Enrique BONAZZI, del IMR, quien en la misma fecha que los anteriores profesionales –23 de octubre de 2006–, había dictaminado en contradicción con todo lo observado hasta ese momento. En definitiva, alegan que, dicho cuerpo, había sostenido que "no se evidenciaban alteraciones del pensamiento ni síntomas psicóticos o depresivos" en GHM.

Luego de reseñar diferentes informes efectuados por distintos profesionales (incluido el CUERPO MÉDICO FORENSE), los actores indicaron que, recién con fecha 21 de noviembre del 2006, el CONNAF había otorgado una plaza para la internación de GHM en la COMUNIDAD TERAPÉUTICA SAN VICENTE (de ahora en más: COMUNIDAD TERAPÉUTICA SV), de esa localidad Sin embargo, las perspectivas allí no fueron satisfactorias, por lo que el menor terminó escapando dos veces de la mencionada COMUNIDAD TERAPÉUTICA SV, con el fin de regresar a su hogar. Sobre el punto, resaltaron que, en razón de la segunda oportunidad de escape, el co-actor (padre del joven) había concurrido al Juzgado interviniente con el fin de informar que el menor se encontraba con ellos. Fue así como en dicha instancia, se solicitó al tribunal interviniente que permitiera que el adolescente pudiera pasar las fiestas de Navidad y Año Nuevo en el hogar familiar, hasta tanto se le otorgara una plaza en un establecimiento de "Régimen Cerrado".

Ahora bien, contrariamente a su pedido, refirieron que el Sr. Juez a cargo del JUZGADO FEDERAL EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL N° 1 DE MORÓN, había ordenado la nueva aprehensión, ejecutoriada mediante el allanamiento del domicilio de la familia, donde, sin resistencia alguna, el adolescente había sido aprehendido, con fecha 27 de diciembre de 2006, por la POLICÍA FEDERAL y reingresado al IMR. Con lo que quedó alojado en las instalaciones de dicho Instituto.

Posteriormente, expusieron que, con fecha 10 de enero de 2007, y frente a la petición del Sr. ASESOR DE MENORES de cesar la disposición del niño, el Sr. Juez subrogante durante la feria judicial, había resuelto rechazar dicha solicitud. Para dar fundamento a su tesitura, el mencionado Magistrado destacó que, además del trastorno dual descripto por el CUERPO MÉDICO FORENSE, el cual según se indicó acarreaba "peligrosidad para sí", el menor integraba un medio familiar que no podía brindarle la contención y los parámetros delimitadores que necesitaba.

Así las cosas, relataron que, al día siguiente de la decisión judicial, GHM fue hallado muerto, colgando del lado interno de la puerta de su celda.

Asimismo, y a fin de poner en perspectiva la significación del daño por cuya reparación reclaman, la actora agregó que, pocos meses después de lo ocurrido, los informes ampliatorios de la autopsia habían determinado el hallazgo de líquido seminal de uno o varios secretores en el conducto rectal del menor. Por lo que, entendieron que, antes de morir recluido en su celda, su hijo había sido violado por una o más personas.

Con posterioridad al fallecimiento del joven, los actores indicaron que se instruyó la respectiva causa penal, la cual había quedado radicada ante JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL FEDERAL Nº 1, puesto que las imputadas eran funcionarias públicas, dependientes de la Secretaría del Menor (en concreto, la SENNAF, ex CONNAF, dependiente del MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL DE LA NACIÓN).

Por otra parte, los accionantes se expidieron en torno de la responsabilidad, que estimaron le cabía al ESTADO NACIONAL –SENNAF EX CONNAF–, por la muerte de su hijo. Respecto de dicho tópico, destacaron que, al momento del fallecimiento de GHM, el menor se hallaba, por orden de un Juez, en un instituto de menores, y que, por lo tanto, su incolumidad y su integridad física se encontraban bajo la tutela de sus respectivas autoridades. En dicha tesitura, sostuvieron que, conforme había sido probado en la causa penal, su hijo había fallecido en el interior de una celda de aislamiento en el IMR, a pesar de la conminación judicial para que se resguardaran su integridad física y su vida.

Por otra parte, argumentaron que, a pesar de que no había sido determinado si la muerte fue causada por terceros, o si se trató de un suicidio, las circunstancias que rodearon el deceso agravaban la responsabilidad objetiva que cabría al ESTADO NACIONAL, en particular por el hecho de que el menor se encontrara en un lugar de la dependencia a la que solo el personal del instituto accedía, como así también la circunstancia de haber sido sometido sexualmente por una o varias personas.

Agregaron que, de acuerdo con las circunstancias del caso, tratándose de un menor de edad dispuesto tutelarmente, en urgente necesidad de tratamiento médico psiquiátrico, con claros signos y síntomas que

evidenciaban la existencia de grave riesgo para sí, devenía evidente la responsabilidad de sus guardadores.

Destacaron que en lo que concernía a esta indudable responsabilidad del ESTADO NACIONAL, debía recordarse que el fin último del Estado, consiste en la protección del derecho; y cuando el Estado hace funcionar servicios públicos, monopolizándolos (como en el caso de los institutos de menores) era responsable por los daños que ocasiona su funcionamiento. Ello así, pues, según entendieron los actores, el fallecimiento de GHM, había acaecido dentro o en instalaciones del IMR, por lo que está sola circunstancia constituía fundamento para establecer la responsabilidad del ESTADO NACIONAL, del cual dependía dicha institución. En este sentido, destacaron que la obligación de seguridad de los niños alojados dentro de institutos es una obligación ex lege, la cual derivaba de la propia CONSTITUCIÓN NACIONAL y, en particular, de la CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO.

Asimismo, estimaron que resultaba de importancia tener presentes las directivas contenidas en el DECRETO N° 416/2006, reglamentario de la LEY N° 26.061. Por ello, entendieron que la SENNAF (ex CONNAF), tenía a su cargo la seguridad y la protección de los menores dispuestos en los institutos que administraba, función que resultaba totalmente indelegable.

A modo de colofón, argumentaron que los funcionarios a cargo no habían cumplido con sus obligaciones y, en consecuencia, dicha falta de servicio había quedado patentizada con la violación y fallecimiento de su hijo. Asimismo, sostuvieron que, sin olvidar la posibilidad de la culpabilidad en la materia, no habría lugar a dudas que había existido negligencia, descuido, imprudencia, desidia y falta de precaución en el obrar.

Citaron doctrina y jurisprudencia que estimaron aplicable al caso y, finalmente, fundaron en derecho y ofrecieron prueba.

II. Que, mediante sentencia de fecha 8/10/2020, el Sr. Juez de grado hizo lugar a la demanda entablada por J. H. M. y A. F. M. contra el Estado Nacional – SENNAF. Como consecuencia de ello, condenó a la demandada a pagar a los actores, en concepto de indemnización por daños y perjuicios la suma total de $1.421.000, de los cuales $1.000.000 fueron reconocidos en concepto de daño moral (cfr. Considerando 12); y $140.000, en concepto de daño material o valor vida (cfr. Considerando 13). Asimismo, le reconoció al Sr. J. H. M.; la suma de $200.000 y $81.000, en concepto de daño psíquico y tratamiento psicológico e interconsulta psiquiátrica, respectivamente (cfr. Considerandos 14 y 15 del fallo apelado).

Por lo demás, el Sr. Juez a quo dejó constancia de que en virtud del fallecimiento, ocurrido el 5/02/2010, de la co-actora (Sra. A. F. M.), una vez aprobada la liquidación pertinente, los montos de cada uno de los rubros deberían ser depositados en la cuenta del juicio sucesorio, en trámite por ante el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CIVIL Y COMERCIAL N°10 de Morón, Provincia de Buenos Aires, a los efectos del pertinente cobro, toda vez que los hijos de la causante se habían presentado en autos.

Por último, impuso las costas íntegramente a la parte demandada.

Para así decidir, luego de efectuar una descripción de los hechos que obran como antecedentes de la controversia y de ponderar las pruebas producidas en autos, repasó el marco normativo aplicable. En dicha misión, tuvo en cuenta lo dispuesto por la LEY N° 22.278 del RÉGIMEN PENAL DE LA MINORIDAD, invocada por la demandada y vigente a la época de los hechos, particularmente se refirió a los artículos: 1°, 3 y 3 bis. Asimismo, reseñó lo dispuesto por la LEY N° 26.061 de PROTECCIÓN INTEGRAL DE LOS DERECHOS DE LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES (arts. 1, 2, 3, 5, 8, 9, 14, 32, 43 y 44).

A continuación, y luego de realizar la enumeración y repaso normativo descriptos, el Sr. Magistrado de grado señaló que la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN había entendido que el derecho a la vida era el primer derecho de la persona humana, reconocido y protegido por la LEY FUNDAMENTAL (Fallos: 310:112; 312:1953, entre otros) y que, en tanto eje y centro de todo el sistema jurídico, era inviolable y constituía un valor fundamental con respecto al cual los demás tienen siempre carácter instrumental (Fallos: 316:479; 324: 3569). En este mismo orden de ideas, resaltó que, tras la Reforma Constitucional del año 1994, se había puntualizado con especial énfasis, que la preservación de la salud integraba el derecho a la vida, por lo que existía una obligación impostergable de las autoridades públicas de garantizarla mediante la realización de acciones positivas (conf. arts. 42 y 75, inc. 22, de la Constitución Nacional y Fallos, 321:1684; 323:1339 y 3229; 331:2135 y 337:222, entre otros).

A mayor abundamiento, subrayó que la DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS, en su artículo 25, reconocía el derecho de toda persona "a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesario". Paralelamente, indicó que en los arts. 11 y 12 del PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES se encontraba plasmado "el derecho

de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia [...] a una mejora continua de las condiciones de existencia" asumiendo los Estados partes la obligación de tomar las medidas apropiadas para asegurar su efectividad, y el derecho "al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental".

En concordancia con lo así expuesto, refirió que en la CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, los ESTADOS partes asumían el compromiso de asegurar que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan con las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.

En síntesis, sostuvo que, de los mencionados tratados internacionales, que cuentan con jerarquía constitucional, se desprendía la existencia, tanto de los derechos de toda persona a gozar de un nivel adecuado de vida y al disfrute del más alto nivel posible de salud, como de la correspondiente obligación de los Estados partes, en orden a adoptar las medidas que resulten pertinentes de modo de hacer efectivos tales derechos.

Respecto del caso concreto, el sentenciante indicó que no se llegaba a comprender la lógica de la demandada, quien, por un lado, había expuesto que, dado que GHM representaba un riesgo para sí mismo, se había decidido alojarlo en una celda individual –sin objetos que significaran peligro– y, por otro lado, había manifestado la inexistencia de evidencias de ideas suicidas por parte del menor.

En virtud de dichas consideraciones, el señor Juez a quo entendió que se encontraba configurada la innegable responsabilidad del ESTADO NACIONAL dado que este "... debía resguardar al menor ante una situación de extrema vulnerabilidad, por cuanto había sido desprendido del seno familiar, y puesto a disposición del Juez tutelar, siendo alojado en el IMR, dependiente de la demandada –SENNAF– para, justamente, recibir la atención, la contención y el tratamiento adecuados".

Asimismo, razonó que "la accionada debió extremar los recursos, en cuanto a la asistencia económica, profesional y de infraestructura, a efectos de satisfacer las necesidades del menor, para que pudiera recibir su tratamiento médico, y en un lugar adecuado, todo lo cual, en definitiva, se resume, sin más, a un trato digno y humanitario".

A mayor abundamiento, añadió que, el solo hecho de que GHM hubiera sido encontrado ahorcado en su celda, dentro del IMR, a la espera de ser trasladado a otra entidad para seguir con el tratamiento, denotaba el descuido por parte de quienes debían velar por su integridad física y mental.

De conformidad con lo supra señalado, recordó que la idea objetiva de la falta de servicio encontraba fundamento en la aplicación por vía subsidiaria del artículo 1112 del CÓDIGO CIVIL, aplicable al caso por hallarse vigente al tiempo que habían tenido lugar los acontecimientos, el cual establecía un régimen de responsabilidad objetiva por 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 le son impuestas.

Conforme a la norma reseñada, el judicante indicó que habiéndose configurado el ejercicio irregular de la función pública por la cual debía responder el ESTADO NACIONAL, no era necesario determinar o establecer quién o quiénes habían sido los causantes de tal situación, pues bastaba con la circunstancia acreditada de la muerte del menor en el IMR, mientras se hallaba bajo la custodia de las autoridades del establecimiento.

Finalmente, el sentenciante de grado añadió que las sumas que conformaban los montos indemnizatorios fijados devengarían intereses a partir del 11 de enero de 2007 –día en que GHM había sido hallado muerto en el IMR– y a la tasa pasiva promedio mensual publicada por el BANCO CENTRAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA, hasta su efectivo pago. Ello así, a excepción de las sumas relativas al tratamiento terapéutico, las que se dispuso devengarían esos mismos intereses, desde la fecha del pronunciamiento de grado, y hasta el efectivo pago, pues se referían a erogaciones que todavía no se habían realizado.

III. Que, resuelta del modo descripto la controversia en la anterior instancia, los autos arriban a esta Sala con motivo del recurso articulado en autos.

En ese sentido, se observa que, disconforme con lo resuelto, la parte demandada interpuso recurso de apelación con fecha 15/10/2020 y expresó agravios con fecha 25/2/2021, los cuales fueron contestados por la contraria con fecha 27/02/2021 –*vide*, escritos incorporados al sistema de gestión judicial Lex100 con fecha 22/12/2020, 25/2/2021 y 1/3/2021 respectivamente–.

En primer lugar, el recurrente se agravia de lo resuelto por el Sr. Juez de grado en punto de la aplicación de lo dispuesto en el art. 1112 del CÓDIGO CIVIL, norma positiva que regía al momento en que los hechos que aquí se ventilan y que resulta aplicable a esta controversia.

En este sentido, la accionada expone que el mentado artículo 1112 de dicho CÓDIGO, preveía un supuesto de responsabilidad objetiva por falta u omisión en el deber de cuidado por parte del ESTADO NACIONAL mediante la labor de sus funcionarios. En virtud de ello, indica que dicha responsabilidad objetiva derivaba en la ausencia de factores de atribución subjetiva para endilgar responsabilidad a los funcionarios públicos por los daños ocasionados en la prestación defectuosa del deber de cuidado y seguridad.

Así las cosas, postula que, al tratarse el presente de un supuesto de responsabilidad objetiva, en el único caso en que el Estado como garante del deber de seguridad pudiera encontrar un eximente de responsabilidad, sería en circunstancias en las que se dieran los requisitos para determinar la existencia de "caso fortuito o fuerza mayor", "culpa de un tercero" o "culpa de la víctima".

Sentado ello, considera que el señor Juez a quo al momento de fallar ha dejado de lado, en forma que tilda de inexplicable, las siguientes circunstancias:

i) El joven GHM, se encontraba bajo la custodia o tutela del Sr. Juez a cargo del JUZGADO FEDERAL EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL N° 1 de Morón, Prov. de Buenos Aires, ante quien se tramitaba el incidente Tutelar del Menor.

ii) Dicho funcionario era quien tenía a su cargo el cuidado del menor, y en consecuencia, había sido quien dispuso las medidas que consideró más adecuadas a tales fines, o en todo caso era el responsable de omitir las medidas correspondientes.

iii) La administración había obedecido las órdenes e instrucciones impuestas por el mencionado Magistrado, e inclusive se le había advertido al mismo que el IMR no era el sitio más adecuado para el joven.

iv) Lejos de pretender desentenderse de la atención de GHM, se habían dispuesto todas las medidas de tutela a su alcance, tal como surgía de la causa penal que el propio sentenciante *a quo* tuvo a la vista como prueba en estos autos.

v) De dicha causa penal surgía que las funcionarias públicas responsables del IMR (Simone y Lozano) actuaron con el celo y la diligencia debida en el cuidado del menor, lo que, según destaca, derivó en el sobreseimiento de aquellas, resolución que fue confirmada por la Alzada.

Conforme a las circunstancias enumeradas, arguye que no puede concluirse la existencia de responsabilidad extracontractual que se le endilga, dado que ello implicaría forzar la "lógica cadencia de los hechos".

En función del contexto así suscitado, postula que el hecho de haber atentado el menor contra su propia vida, rompe el nexo causal, forzando de esta manera a un evidente supuesto de aplicación de la eximente de responsabilidad –por culpa de la víctima–, puesto que se pone toda la carga causal en la víctima, rompiendo de esta forma el nexo de causalidad adecuada, requisito insoslayable para poder predicar su responsabilidad.

En definitiva, ya sea por falta de imputabilidad (que es desplazada al poder judicial bonaerense) o de los presupuestos a los que debe supeditarse la responsabilidad extracontractual, postula que no media responsabilidad del Estado Nacional por lo actuado en el ámbito de la SENNAF.

IV. Que, sentado lo anterior, liminarmente, corresponde recordar que en cada caso que llega a un estrado judicial, el magistrado interviniente debe realizar una verdadera reconstrucción histórica con el objeto de determinar si los hechos propuestos por las partes son ciertos, o no. Para ello, ha de examinar detenidamente las postulaciones y argumentos de las partes, así como las pruebas rendidas, apreciarlas con criterio lógico jurídico y finalmente, asignarles su valor de acuerdo con las reglas de la sana crítica y las máximas de la experiencia, constituyendo tales circunstancias un límite especial a la fundamentación de sus argumentaciones (cfr. esta Sala, con otra integración, in re: "Gordillo, Jorge Horacio c/ E.N. - Min. de Trab. y Seg. Social s/ empleo público", expte. Nº 1.594/1991, sentencia del 8/06/1995 y, con una integración actual, in rebus: "Cervantes S.A. c/ E.N. – Mº del Interior s/ daños y perjuicios", expte. Nº 41.031/2004, sent. del 22/03/2012; "Ingeniería Saiver S.R.L. c/ E.N. - EMGE -Plan Provi Agua- y otro s/ proceso de conocimiento", sentencia del 16/10/2014, en especial, considerando VII, y sus citas; "Syphon S.A. c/ E.N. - Mº Industria - SIC y PYMES – Resol. 54/05 -Exp. S01:73989/05- s/ proceso de conocimiento", expte. Nº 14.810/2011, sent. del 10/11/2016; y "C., F. R. c/ E.N. - Mº Justicia - P.S.A.- Dto. 1088/03 y otro s/ persona militar y civil de las FFAA y de seg.", expte. Nº 23.232/2009, sent. del 20/04/2017, entre otras).

Asimismo, quienes tenemos la misión de impartir justicia no tenemos la obligación de seguir a las partes en todas y cada una de las argumentaciones que pongan a consideración del Tribunal, sino tan solo en aquellas que sean conducentes para decidir el caso, y que basten para dar sustento a un pronunciamiento válido (cfr. C.S.J.N., Fallos, 258:308; 262:222; 265:301; 272:225; 278:271; 291:390; 297:140; 301:970, entre muchos otros).

V. Que, una vez sentado lo expuesto, conviene puntualizar que a fin de analizar el mérito de los agravios

traídos a estos estrados y, en definitiva, la admisibilidad o improcedencia del reclamo indemnizatorio articulado en autos, resulta imprescindible referenciar las vicisitudes y antecedentes que enmarcan el contexto invocado por la parte actora, como así también la normativa acompañada, que, por lo demás, resulta de aplicación al presente caso.

Es así que pasarán a sintetizarse, esquemáticamente, las distintas circunstancias que resultarán útiles para arribar al recto tratamiento del recurso que abrió el conocimiento de esta ALZADA.

De esta manera, y como primera medida, debe advertirse que, con fecha 13/07/2010, el Sr. J. H. M. –co-actor–, denuncia el fallecimiento de la Sra. A. F. M. –co-actora y cónyuge del Sr. M.– la que había tenido lugar con fecha 15/02/2010, según el certificado de defunción glosado a fs. 70.

En dicha presentación, también, se manifestó que la sucesión de la causante había quedado radicada en el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CIVIL Y COMERCIAL N° 10, del DEPARTAMENTO JUDICIAL DE MORÓN. Asimismo, se puso en conocimiento que le sucedían sus hijos, a quienes, luego de acreditar el vínculo con la occisa, se los tuvo por presentados y por parte, puesto que todos ellos habían alcanzado la mayoría de edad (ver fs. 70/80).

Por lo demás, queda resaltar que con fecha 2/3/2021 quedó incorporado al Sistema de Gestión Judicial Lex100, la declaratoria de herederos y su rectificación.

Finalmente, a fs. 180 se abrió la causa a prueba por el término de cuarenta días.

Cabe adelantar que las pruebas a describir seguidamente se dividen en dos grandes grupos: las de la parte actora, y las de la parte demandada. En el primer conjunto, se halla una transcripción normativa que incluye el texto de la Ley n° 26.061 y diversos reglamentos vinculados a la misma, tales como el PROTOCOLO DE PROCEDIMIENTO PARA DENUNCIAS DE MALOS TRATOS y EL PROTOCOLO DE PROCEDIMIENTO PARA INCIDENTES ENTRE JÓVENES alojados en centros de régimen cerrado, y el MARCO CONCEPTUAL DE LA DIRECCIÓN NACIONAL PARA INFRACTORES A LA LEY PENAL dependiente de LA SECRETARÍA NACIONAL DE NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y FAMILIA. Si bien se trata de disposiciones que, al presumirse conocidas, y por el principio *iura curia novit*, no precisan ser probadas, se estima pertinente recordarlas para tener presente el marco normativo aplicable.

También se halla en ese primer grupo, el Legajo personal de GHM (n° 654.010), labrado desde el 22 de agosto del año 2005 hasta su muerte, el 11 de enero de 2007; las Actuaciones sumariales N° 719/2007; la causa penal iniciada como consecuencia del fallecimiento de GHM; y el Incidente Tutelar n° 6648, agregado a la causa penal n° FP 1302/2007 "De Simone, Claudia y otro s/ suicidio". Seguidamente, en cuanto a la prueba de la demandada, se cuentan principalmente un informe presentado por la Perito Actuaria designada en autos, y un informe de la experta en Trabajo Social.

Efectuada esta breve presentación liminar, resta destacar, en cuanto aquí importa, que de los mencionados elementos se desprende, en detalle, lo siguiente:

Prueba de la actora:

(i) A fs. 213/223, obra glosado el oficio dirigido a la SENNAF, junto con su correspondiente respuesta por parte de dicho organismo, a fin de que se remita copia fiel de la LEY N° 26.061 y de toda otra norma complementaria que regule la internación de menores de edad por razones tutelares, como así también, toda documentación que obre en su poder referida al menor, ello a partir de la solicitud de plaza para su internación.

En respuesta a dicho oficio el organismo acompañó las RESOLUCIONES NROS. 991/2009, 3892/2011 y 582/2015, todas ellas, complementarias de la LEY N° 26.061. En la misma presentación, también, acompañó el Legajo personal del menor GHM.

(a) Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescente n° 26.061:

- Objeto: "...tiene por objeto la protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que se encuentren en el territorio de la República Argentina, para garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de aquellos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales en los que la Nación sea parte. Los derechos aquí reconocidos están asegurados por su máxima exigibilidad y sustentados en el principio del interés superior del niño. La omisión en la observancia de los deberes que por la presente corresponden a los órganos gubernamentales del Estado habilita a todo ciudadano a interponer las acciones administrativas y judiciales a fin de restaurar el ejercicio y goce de tales derechos, a través de medidas expeditas y eficaces" (art. 1°).

- Aplicación Obligatoria: "[l]a Convención sobre los Derechos del Niño es de aplicación obligatoria en las condiciones de su vigencia, en todo acto, decisión o

medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que se adopte respecto de las personas hasta los dieciocho años de edad. Las niñas, niños o adolescentes tienen derecho a ser oídos y atendidos cualquiera sea la forma en que se manifiesten, en todos los ámbitos. Los derechos y las garantías de los sujetos de esta ley son de orden público, irrenunciables, interdependientes, indivisibles e intransigibles" (art. 3°).

- Interés superior: "[a] los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley.

Debiéndose respetar:

a) Su condición de sujeto de derecho;

b) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta;

c) El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural;

d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales;

e) El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común;

f) Su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia.

Este principio rige en materia de patria potestad, pautas a las que se ajustarán el ejercicio de la misma, filiación, restitución del niño, la niña o el adolescente, adopción, emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores cualquiera sea el ámbito donde deba desempeñarse.

Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros" (art. 2°).

- Responsabilidad Gubernamental: "[l]os Organismos del Estado tienen la responsabilidad indelegable de establecer, controlar y garantizar el cumplimiento de las políticas públicas con carácter federal. En la formulación y ejecución de políticas públicas y su prestación, es prioritario para los Organismos del Estado mantener siempre presente el interés superior de las personas sujetos de esta ley y la asignación privilegiada de los recursos públicos que las garanticen. Toda acción u omisión que se oponga a este principio constituye un acto contrario a los derechos fundamentales de las niñas, niños y adolescentes. Las políticas públicas de los Organismos del Estado deben garantizar con absoluta prioridad el ejercicio de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. La prioridad absoluta implica:

1.- Protección y auxilio en cualquier circunstancia;

2.- Prioridad en la exigibilidad de la protección jurídica cuando sus derechos colisionen con los intereses de los adultos, de las personas jurídicas privadas o públicas;

3.- Preferencia en la atención, formulación y ejecución de las políticas públicas;

4.- Asignación privilegiada e intangibilidad de los recursos públicos que las garantice

5.- Preferencia de atención en los servicios esenciales." (art. 5°).

- Derecho a la Vida: "[l]as niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la vida, a su disfrute, protección y a la obtención de una buena calidad de vida" (art. 8°).

- Derecho a la Dignidad y a la Integridad Personal: "[l]as niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la dignidad como sujetos de derechos y de personas en desarrollo; a no ser sometidos a trato violento, discriminatorio, vejatorio, humillante, intimidatorio; a no ser sometidos a ninguna forma de explotación económica, torturas, abusos o negligencias, explotación sexual, secuestros o tráfico para cualquier fin o en cualquier forma o condición cruel o degradante. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a su integridad física, sexual, psíquica y moral" (art. 9°).

- Derecho a la Salud: "[l]os Organismos del Estado deben garantizar: a) El acceso a servicios de salud, respetando las pautas familiares y culturales reconocidas por la familia y la comunidad a la que pertenecen siempre que no constituyan peligro para su vida e integridad; b) Programas de asistencia integral, rehabilitación e integración; c) Programas de atención, orientación y asistencia dirigidos a su familia; d) Campañas permanentes de difusión y promoción de sus derechos dirigidas a la comunidad a través de los medios de comunicación social. Toda institución de salud deberá atender prioritariamente a las niñas, niños y adolescentes y mujeres embarazadas. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la atención integral de su salud, a recibir la asistencia médica necesaria y a acceder en igualdad de oportunidades a los servicios y acciones de prevención, promoción, información, protección, diagnóstico precoz, tratamiento oportuno y recuperación de la salud" (art. 14°).

- Conformación: "[e]l Sistema de Protección Integral de Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes está conformado por todos aquellos organismos, entidades y servicios que diseñan, planifican, coordinan, orientan, ejecutan y supervisan las políticas públicas, de gestión estatal o privadas, en el ámbito nacional, provincial y municipal, destinados a la promoción, prevención, asistencia, protección, resguardo y restablecimiento de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, y establece los medios a través de los cuales se asegura el efectivo goce de los derechos y garantías reconocidos en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, demás tratados de derechos humanos ratificados por el Estado argentino y el ordenamiento jurídico nacional" (art. 32).

- Medidas de Protección de Derechos: "[s]on aquellas emanadas del órgano administrativo competente local ante la amenaza o violación de los derechos o garantías de uno o varias niñas, niños o adolescentes individualmente considerados, con el objeto de preservarlos, restituirlos o reparar sus consecuencias. La amenaza o violación a que se refiere este artículo puede provenir de la acción u omisión del Estado, la Sociedad, los particulares, los padres, la familia, representantes legales, o responsables, o de la propia conducta de la niña, niño o adolescente. La falta de recursos materiales de los padres, de la familia, de los representantes legales o responsables de las niñas, niños y adolescentes, sea circunstancial, transitoria o permanente, no autoriza la separación de su familia nuclear, ampliada o con quienes mantenga lazos afectivos, ni su institucionalización" (art. 33).

- Finalidad: "[l]as medidas de protección de derechos tienen como finalidad la preservación o restitución a las niñas, niños o adolescentes, del disfrute, goce y ejercicio de sus derechos vulnerados y la reparación de sus consecuencias" (art. 34).

- Secretaría Nacional: "[c]réase en el ámbito del Poder Ejecutivo nacional, la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia, organismo especializado en materia de derechos de infancia y adolescencia, la que funcionará con representación interministerial y de las organizaciones de la sociedad civil. La misma será presidida por un Secretario de Estado designado por el Poder Ejecutivo nacional" (art. 43).

(b) Resolución n° 991/2009:

Por medio de esta norma, fue aprobado un PROTOCOLO DE PROCEDIMIENTO PARA DENUNCIAS DE MALOS TRATOS y EL PROTOCOLO DE PROCEDIMIENTO PARA INCIDENTES ENTRE JÓVENES alojados en centros de régimen cerrado (art. 3).

En el considerando de dicho reglamento, se dispuso adecuar: "...los principios y obligaciones aplicables a las niñas, niños, y adolescentes; y a los adultos que interactúen con ellos, durante la permanencia en un centro de régimen cerrado, con lo preceptuado por la Convención sobre los Derechos del Niño aprobada por la ley 23.849, la ley 26.061 de Protección integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing) aprobadas por la Asamblea General en su Resolución 40/33, las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, aprobadas por la Asamblea General en su Resolución 45/113 y las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad), aprobadas la Asamblea General en su Resolución 45/112".

En el anexo I, agregado a la resolución referida, se destacó que "[e] centro deberá garantizar asistencia sanitaria integral, oportuna y gratuita. Dicha garantía incluye un ambiente adecuado para la permanencia provisoria en caso de enfermedad, siempre que no resulte conveniente disponer su traslado para un tratamiento más apropiado. Se asegurará la provisión de dietas alimentarias adecuadas y/o especiales para los casos que así lo requirieran" (ver art. 6°).

Asimismo, mediante el artículo 23, se dejó sentado que: "[l]os registros en las personas de los jóvenes, en sus pertenencias y en las habitaciones que ocupen, así como la sustracción de elementos impropios, solo se realizarán, por orden expresa y fundada de la máxima autoridad a cargo del establecimiento, a los fines de preservar la seguridad, respetando la intimidad, dignidad y privacidad de los adolescentes. Dicha autoridad dejará constancia documentada de cada registro que se realice y de sus resultados".

En el mismo sentido, el artículo 24, estableció que: "[l]as medidas de prevención utilizadas para evitar evasiones, así como las limitaciones y/o prohibiciones para el ingreso de sustancias y/o elementos considerados riesgosos para la salud y la integridad de los jóvenes y de los terceros, se adoptará evitando padecimientos innecesarios. La Dirección del establecimiento informará con claridad al personal, los jóvenes y sus familias el listado de elementos cuyo ingreso al centro se encuentre prohibido o limitado...".

(c) Resolución n° 3892/2011:

De los considerandos de la norma se desprende que: "la realidad nacional nos impone la tarea de impulsar un profundo proceso de transformación del régimen penal juvenil actual, avanzando en la consolidación de un sistema penal juvenil respetuoso de los

Derechos Humanos, adecuándose a los estándares previstos en la Constitución Nacional y en la normativa internacional que rige en la materia".

Asimismo, también se entendió que: "resulta una meta prioritaria avanzar en el camino de la especialización de las instituciones que intervienen con los adolescentes infractores y presuntos infractores de la ley penal". Así, se agregó que: "avanzando en la citada orientación, fue creada en la órbita de la Secretaria Nacional de la Niñez Adolescencia y Familia de la Dirección Nacional para Adolescentes infracciones a la Ley Penal mediante Decreto n° 28 del 12 de diciembre de 2007".

Como consecuencia de lo expuesto, se aprobó el MARCO CONCEPTUAL DE LA DIRECCIÓN NACIONAL PARA INFRACTORES A LA LEY PENAL dependiente de LA SECRETARÍA NACIONAL DE NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y FAMILIA (art. 1°), y se instruyó a la SEÑORA SECRETARIA NACIONAL DE NIÑEZ ADOLESCENCIA Y FAMILIA para que proceda a una reforma integral de la normativa vigente en la DIRECCIÓN NACIONAL PARA ADOLESCENTES INFRACTORES A LA LEY PENAL (art. 2°).

Por lo demás, de la introducción que es parte integrante del MARCO CONCEPTUAL, supra mencionado, se destacó que: "[r]esulta necesario impulsar un profundo proceso de transformación del régimen penal juvenil actual, de modo de avanzar en la consolidación de un sistema respetuoso de los derechos humanos, que se adecue a los estándares previstos en la Constitución Nacional y en la normativa internacional que rigen en la materia".

"La normativa vigente, Régimen Penal de la Minoridad (Ley 22.278) mantiene un fuerte sesgo tutelar, con características de protección" que hacen que en su estructura sean 'más importantes las condiciones personales y familiares del adolescente que el hecho delictivo que se le imputa. Es decir, se encuentra inspirada en el modelo anterior a la Convención sobre los Derechos del Niño, propio del sistema tutelar clásico, en oposición con las actuales exigencias constitucionales".

"El desafío que afronta la construcción de un sistema penal juvenil respetuoso de los derechos humanos en general y de los derechos de los adolescentes en particular, no se agota en una reforma normativa, sino que requiere herramientas institucionales y comunitarias que permitan consolidarlo y sostenerlo en las prácticas cotidianas".

De la misma manera, la mentada norma traza una serie de pautas que son consideradas principios rectores de circuitos y dispositivos. Entre ellos, pueden destacarse los siguientes:

- Avanzar en la especialización: "[l]os dispositivos penales juveniles deben atender a la necesidad de armar un circuito que atienda a la necesidad de progresividad que debe tener la intervención penal con jóvenes. Esto implica la existencia de dispositivos que vayan de un monitoreo en territorio, pasando por instituciones residenciales de restricción y de libertad, hasta, finalmente, dispositivos de privación de libertad. Cada dispositivo y deberá formar parte de un circuito coherente, toda vez que deben ser partes de un mismo sistema, un menú de ofertas que atienda a las distintas situaciones "de los jóvenes, así como a las diferentes penas o medidas adoptadas a nivel judicial. Siempre atendiendo a que la privación de libertad sea el último recurso, y que toda la intervención penal será breve".

- El eje de la intervención: "[l]a primera tarea es evitar que la pena o medida, que regularmente restringe la libertad ambulatoria, vulnere otros derechos (educación, salud, trato digno, sus vínculos familiares, otros). En este sentido, la accesibilidad a derechos debe ser una labor prioritaria y constante de quienes tienen a su cargo la gestión de estos dispositivos".

"En segundo lugar, además de garantizar los derechos básicos, deben implementar acciones que permitan neutralizar o disminuir los efectos de socializadores que puede tener la permanencia de un adolescente en una institución cerrada durante un tiempo prolongado".

- Dispositivos de acompañamiento y supervisión en territorio, alternativas a la medida de encierro: "[l]a privación de la libertad implica una severa afectación de derechos, siendo por lo tanto una medida excepcional. Por consiguiente, los programas alternativos constituyen una opción fundamental para reducir al máximo posible el uso de medidas de privación estricta de libertad en establecimientos cerrados por parte de los magistrados".

"Por un lado, estos programas deben tener la capacidad de 'competir' con los dispositivos de encierro; pero por otro, deben evitar transformarse en mecanismos de control atenuado que, en vez de reducir la cantidad de adolescentes privados de libertad, amplíen el monitoreo a segmentos que tradicionalmente no tienen seguimiento por parte del sistema penal".

"A este efecto, los dispositivos alternativos deben ser sustentables y eficaces".

"Para ello se requiere efectuar tareas de supervisión y acompañamiento, es decir, controlar el devenir cotidiano de los adolescentes bajo programa".

"En el marco de esas tareas de supervisión y monitoreo los dispositivos alternativos deben trabajar sobre aquellos aspectos que tornen vulnerable al adolescente frente al sistema penal juvenil. Esta vulnerabilidad puede radicar tanto aspectos subjetivos como comunitarios, en inadecuadas estrategias de supervivencia u otros. En aquellos casos en que resulte pertinente, los programas alternativos deberán interactuar con el sistema de protección de derechos a fin de trabajar sobre los aspectos que producen vulnerabilidad social pero que no competen al sistema penal. La intervención diferenciada pero complementaria es la articulación técnica e institucionalmente deseable entre las labores de protección y restitución de derechos y aquellas relativas a la supervisión de medidas restrictivas de naturaleza penal o procesal".

(d) Resolución n° 582/2015:

De los considerandos de la resolución se extrae que: "...resulta necesario continuar el proceso de adecuación de los establecimientos penales Juveniles destinados a adolescentes y jóvenes infractores y presuntos infractores de la ley penal a los preceptuado en la Convención sobre los Derechos del Niño aprobada por Ley n° 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y adolescentes, a las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing), aprobadas por la Asamblea General en su Resolución 40/33,las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas No Privativas de la Libertad, aprobadas por la Asamblea General en su Resolución 45/110 (Reglas de Tokio), las directivas de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices Riad, aprobadas por la Asamblea General en su Resolución 45./112 y las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, aprobadas por la Asamblea General en su Resolución 45/113".

Es por ello que, mediante el artículo 1°, se aprobó el RÉGIMEN DE DESCANSO PARA LOS CENTROS SOCIOEDUCATIVOS DE RÉGIMEN CERRADO. En virtud del cual se dispusieron una serie de medidas tendientes a asegurar el descanso de los jóvenes.

(e) Legajo personal de GHM n° 654.010:

En este acápite, se realizará una breve síntesis de las constancias pertinentes que obran glosadas en el Legajo Personal del menor GHM.

- PRIMER INGRESO: tuvo lugar con fecha 22/08/2005, por infracción a la Ley n° 23.737 (casusa n° 6648), la cual tramitó por ante el JUZGADO FEDERAL n° 1, SECRETARÍA N° 3, DEPARTAMENTO JUDICIAL DE MORÓN, y en dicho trámite fue acompañado por su progenitora (ver fs. 2).

- SEGUNDO INGRESO: se produjo casi dos meses más tarde, el 21/10/2006, también por infracción a la Ley n° 23.737, quedando a disposición del Sr. Juez mencionado en el punto anterior; se procedió a realizar una entrevista psiquiátrica, donde se concluyó que no presentaba síntomas psicóticos ni depresivos al momento de la evaluación. Con posterioridad, se sugirieron entrevistas individuales y familiares e interconsultas psiquiátricas, a fin de arribar al diagnóstico y derivación (cfr. fs. 8, 9 y 10).

El 6/11/2006, se presentó en el instituto el padre del menor, quien refirió que en la visita que le realizó el domingo anterior (5/11/2006) a su hijo, este presentaba signos de haber sufrido lesiones por parte de otros jóvenes alojados en la institución. En virtud de manifestado, se convocó al menor a la Dirección del IMR, donde este refirió haber sido golpeado por otro menor a quien no podía reconocer. Por lo expuesto, se iniciaron las actuaciones de rigor (*vide* fs. 11, 12 y 13).

El día 8/11/2006, se presentó en el instituto la Sra. LICENCIADA CRISTINA PISCIONERE DE ROSSI, de la Prosecretaría de Menores (CFASM), quien realizó un relevamiento de las condiciones de GHM (ver fs. 15, 16, 17, 18 y 19).

En ese mismo día, se remitió un nuevo informe psiquiátrico, donde hizo se contar que el joven no presentaba síntomas psicóticos ni depresivos, y se recibió copia del informe producido por el CUERPO MÉDICO FORENSE, realizado el día 23/10/2006, el cual informó que las condiciones de GHM no eran normales desde una perspectiva psicojurídica, por lo tanto se aconsejaba ingresarlo a una institución para pacientes duales, ya que se dictaminó que el hijo de los actores presentaba peligrosidad para sí y para terceros (cfr. fs. 20, 21, 22 y 23).

Con fecha 9/08/2006, el Sr. juez a cargo del incidente tutelar ordenó el traslado del menor a la sede del CUERPO MÉDICO FORENSE para un nuevo examen, y se dispuso en dicha medida alojarlo individualmente en un pabellón en el que se contase con aberturas que permitieran tener luz natural y ventilación, además de proveerle una almohada para su cama (cfr. fs. 24 y 25).

Con fecha 10/11/2006, se remitió al juzgado interviniente el informe psicosocial, pieza en la cual se indicó que GHM debía recibir abordaje integral de

acuerdo con su problemática, con un debido control psiquiátrico (fs. 26, 27, 28, 29 y 30).

El día 14/11/2006, se recibió una constancia firmada por el Sr. Secretario Tutelar, en la cual se dejó consignado que dado la problemática dual que registraba el menor, se debía decidir sobre el lugar de internación y proceder a efectivizar la misma por parte de la autoridad respectiva, esto es: la DIRECCIÓN NACIONAL DE DERECHOS Y PROGRAMAS PARA LA NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y FAMILIA (ver fs. 31).

Al día siguiente, el 15/11/2006, se recibió un oficio dirigido a la DIRECCIÓN NACIONAL DE DERECHOS Y PROGRAMAS, mediante el cual se solicitó que, en el término de 48 hs., se procediese a indicar la institución adecuada para la internación del menor, precisándose allí que este era un riesgo para sí y para terceros (cfr. fs.32).

Con fecha 21/11/2006, el PAIDA informó que no era posible implementar la entrevista de admisión, por lo tanto dispuso que se debía articular un ingreso directo a la COMUNIDAD TERAPÉUTICA SV; por lo que, con fecha 24/11/2006 se procedió al traslado de GHM (ver fs. 33 y 34).

- TERCER INGRESO: GHM reingresó al establecimiento con fecha 12/12/2006 y, dos días más tarde, el 14/11/2006, fue trasladado a la COMUNIDAD TERAPÉUTICA SV (cfr. fs. 35).

- CUARTO INGRESO: reingresó un mes y medio más tarde, con fecha 28/12/2006 por disposición del Juzgado Federal de Morón, en el marco de la causa n° 6648.

Con fecha 28/11/2006, se había dispuesto alojar al menor en la institución hasta tanto se le otorgase plaza en alguna de las INSTITUCIONES CASA DEL SUR, donde, asimismo, se ordenó que se arbitren los medios necesarios para preservar la integridad física de GHM, como así también brindarle asistencia médica en una de sus piernas en la cual padecería una infección (ver fs. 36). Sin embargo, el día 10/01/2007, con posterioridad a ser evaluado por la licenciada del equipo técnico de la COMUNIDAD TERAPÉUTICA CASA DEL SUR, se informó que no se contaba con vacantes disponibles para su ingreso en dicho centro de atención. En este punto, se observa que el adolescente seguía alojado en el IMR.

Finalmente, con fecha 11 de enero del año 2007, a las 6:50 hs. de la mañana, encontraron al menor GHM sin vida en la celda de dicha institución, en la que estaba alojado.

(ii) A fs. 235/260, obra glosado el estudio pericial realizado al Sr. J. H. M., practicado por la PERITO PSICÓLOGA designada de oficio. En dicha pieza, la profesional ponderó y describió el impacto negativo que el hecho originante del litigio tuvo para el padre del fallecido (que lo incapacita en un 20%), y concluyó que: "[l]os sucesos que promueven las presentes actuaciones, han tenido para la subjetividad del Sr. [M.], la suficiente intensidad como para evidenciar un estado de perturbación emocional encuadrable en la figura de daño psíquico, esto es: "[p]uede hablarse de la existencia de daño psíquico en un determinado sujeto, cuando este presenta un deterioro, disfunción, disturbio, alteración, trastorno o desarrollo psicogenético o psicorgánico que, afectando las esferas afectivas y/o intelectiva y/o volitiva , limita su capacidad de goce individual, familiar, laboral, social y/o recreativa (Dr. Mariano N. Castex, 2003)".

"La característica esencial del trastorno distímico es un estado de ánimo crónicamente depresivo que está presente la mayor parte del día de la mayoría de los días durante al menos 2 años. Los sujetos con trastorno distímico describen su estado de ánimo como triste o desanimado".

"En relación al Baremo utilizado y el porcentaje otorgado, se toma en cuenta el Baremo para "daño Neurológico y Psíquico de Castex, encuadrando la patología "2.6.9: Depresiones Neuróticas o Reactivas moderada (10-25 %) otorgándole 20% de incapacidad, de nexo causal directo".

(iii) Actuaciones sumariales N° 719/2007:

A fs. 264, la SECRETARÍA NACIONAL DE NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y FAMILIA remitió las fotocopias certificadas de las actuaciones sumariales que tramitaron bajo el número 719/07, en virtud de las cuales se investigó el hecho ocurrido con GHM.

Dicho expediente, replica distintas constancias del Legajo Personal de GHM y de la causa penal labrada con motivo de su fallecimiento, iniciada para deslindar la responsabilidad de las funcionarias públicas a cargo del IMR (Sras. DE SIMONE Y LOZADA) por el mismo hecho. Por ello, en este acápite, no se hará referencia adicional a dichas actuaciones, puesto que fueron y serán descriptas a lo largo del presente considerando.

(iv) Causa penal iniciada como consecuencia del fallecimiento de GHM:

Con fecha 5/09/2019, se recepcionó, *ad effectum videndi*, la causa penal que había sido sustanciada a resultas del deceso del menor GHM, y respecto del hecho que dio origen al reclamo de autos y fue ini-

ciada para conocer respecto del hecho, en concreto: causa CFP 1302/2007 "De Simone Claudia y otro s/ suicidio", en trámite por ante el JUZGADO CRIMINAL Y CORRECCIONAL FEDERAL N° 1, SECRETARÍA N° 2. La misma, consta de cuatro cuerpos y cuatro anexos. De dicho expediente puede extraerse la siguiente síntesis:

-A fs. 82, obra el examen efectuado por el LABORATORIO DE TOXICOLOGÍA Y QUÍMICA LEGAL DE LA MORGUE JUDICIAL perteneciente a GHM. En dicho estudio se indicó que el material remitido (sangre y humor vítreo) no contenían determinación de "alcohol etílico" ni de "alcohol metílico".

-A fs. 84/89, luce agregado el informe de la AUTOPSIA N° 84/07, practicada por el Dr. Osvaldo CURCI, MÉDICO FORENSE, en la Morgue Judicial.

Respecto de las "consideraciones médico-legales", el experto señaló que: "…se trata de un cadáver de un menor de una edad aparente entre 17 y 20 años, que fue hallado en su celda de internación colgado, en suspensión incompleta, con una tela tipo sábana alrededor del cuello y que fuera descolgado por un celador, rompiendo el nudo y quemándolo en una punta (versión policial). El cuerpo estaba desprovisto de ropa y fue depositado en decúbito dorsal en el piso, donde fue examinado y diagnosticada la muerte por un médico del SAME. Al examen externo autopsial, el cadáver presenta una data entre 12 y 18 hs. al momento de la autopsia. El cadáver no presente lesiones traumáticas externas de reciente data, ni tampoco las llamadas lesiones de lucha y o defensa en los 4 miembros. En el cuello hemos hallado un doble surco de compresión descripto y en el examen interno elementos compatibles con asfixia…".

En este sentido, el Médico Forense indicó que: "…[l]a causa de la muerte ha sido la compresión extrínseca, mecánica del cuello, variedad ahorcadura, siendo el mecanismo de producción predominante en este caso, el vascular, el respiratorio, produciendo la asfixia o falta de oxígeno, y posterior muerte. El tipo o manera de la misma se considera que fue autoinferida por no presentar ningún tipo de elemento médico legales que avalen otra manera o tipos de la muerte…".

Por último, el Dr. CURCI sostuvo que la muerte del menor había sido "producida por asfixia por ahorcadura". Por lo que solicitó diferentes exámenes adicionales, a fin de poder completar y concluir su informe.

- A fs. 215 y vta., obra el reporte pericial realizado por la DIVISIÓN LABORATORIO QUÍMICO. En ella, se determinó que "…en las muestras 1 a 4 peritadas no se comprobó la presencia de cianuro, venenos orgánicos fijos ni psicofármacos en dosis tales que hagan factible de intoxicación y/o muerte por ingestión de la misma…".

- A fs. 284, se encuentra agregado el Informe Histopatológico n° 073/07, efectuado por el Laboratorio de Histopatología Forense de la Morgue Judicial, mediante el cual se diagnosticó: "Hemorragia pulmonar. Enfisema".

- A fs. 286/287, luce agregado el análisis perteneciente a GHM, efectuado por el Dr. Edgardo E. CASSET, Bioquímico, Prosecretario del Laboratorio de Análisis Clínicos, Biológicos y Bacteriológicos del Poder Judicial de la Nación. De dicho examen, resulta que: "en el hisopado rectal efectuado se hallan elementos compatibles con los presentes en el líquido seminal y sustancias de grupo "H", por lo que podría corresponder a uno o más individuos secretores de grupo cero, sin descartar a los no secretores…".

- A fs. 292/295, obra agregado el informe ampliatorio de la autopsia encomendada por el Sr. MÉDICO FORENSE interviniente Dr. CURCI.

Allí, en primer lugar, se dejó constancia que la prueba pericial tenía por objeto establecer la existencia de elementos o compuestos de interés toxicológico en el material de peritación extraído del cadáver de quien fuera en vida GHM (AUTOPSIA N° 084-07). A continuación, se indicó que se habían recibido de la Sala de abducciones de la MORGUE JUDICIAL, herméticamente cerrado y debidamente rotulado el siguiente material: - Frasco n° 1 rotulado: "Estómago y su contenido"; - Frasco n° 2 rotulado: "Trozos de distintas vísceras"; -Hisopado nasal; -"Cabello y Vello Pubiano"; y "Humor Vítreo". Así las cosas, se llevó a cabo la investigación de venenos volátiles, venenos metálicos, venenos no metálicos comunes, venenos orgánicos fijos, los cuales arrojaron resultados negativos. Asimismo, ello fue realizado según la "Técnica según Fassi, A.M. Modificada", y se concluyó que no se había detectado la existencia de elementos o compuestos de importancia toxicológica. Por otra parte, en el resultado de la "fracción alcalina" se expuso que "se ha registrado la presencia de cafeína y nicotina".

Posteriormente, se indicó que efectuado hisopado nasal no se había registrado la presencia de cocaína. Sin embargo, y aunque la investigación en búsqueda de cocaína en cabello obtuvo resultado "negativo", se detectó que, en el vello pubiano del occiso, el estudio había arrojado resultado "positivo" por tal compuesto.

En conclusión, el Sr. PERITO FORENSE, dictaminó que se había registrado la presencia de las siguientes sustancias: en vísceras, cafeína y nicotina (metabolito

de la nicotina) en trazas no cuantificables (no tóxicas ni letales); y en vello pubiano: cocaína.

- A fs. 744/776 de la causa penal referida, obra glosada la sentencia dictada por la SALA I DE LA CÁMARA NACIONAL EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL FEDERAL, con fecha 7/08/2013, mediante la cual se confirmó la decisión adoptada por el JUZGADO NACIONAL EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL FEDERAL N° 1, por la cual se había dispuesto el sobreseimiento de Claudia DE SIMONE y de Liliana Isabel LOZANO, quienes, respectivamente, se desempeñaban, a la fecha del fallecimiento de GHM, como Directora y Jefa del Servicio Social del Centro de Admisión y Derivación del Consejo de Niñez, Adolescencia y Familia del IMR.

En dicho decisorio, la Alzada penal expresó que en las actuaciones se investigaba la responsabilidad penal de las autoridades del IMR, por la muerte de GHM, acaecida el 11/01/2007, dentro del citado establecimiento. Sobre los antecedentes del caso, se tuvo en cuenta que el menor se encontraba internado en el IMR, a disposición del titular del JUZGADO FEDERAL EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL N°1 de MORÓN, PROVINCIA DE BUENOS AIRES, en el marco del Incidente Tutelar formado en la causa n° 6648, y en virtud de haber estado allí alojado, con fecha 11/01/07, fue hallado sin vida por un celador, dentro de la celda que ocupaba, luego de lo cual, la autopsia confirmaría que su muerte había sido auto-inferida, por asfixia, como consecuencia de la ahorcadura, todo lo cual se encontraba fuera de discusión.

La Alzada señaló, entonces, que la decisión desvinculante que había sido adoptada en primera instancia, resultaba ajustada a derecho, pues entendió que las pruebas colectadas habían despejado las dudas respecto del actuar de las funcionarias del IMR, en tanto que no se habían observado evidencias que demostraran la voluntad orientada a la concreción del resultado o al conocimiento efectivo de que pudiera producirse. Al mismo tiempo, los jueces indicaron que conforme la evidencia reunida había quedado claro que el menor había recibido el abordaje adecuado, atento su estado psíquico, en tanto que se había cumplido con la asistencia mínima, de una vez por semana, a todos los jóvenes allí alojados, quedando luego en manos del profesional si intensificaba tales las entrevistas. Y que no existía un procedimiento reglado, en cuanto al tiempo y la forma de tratar, sino que quedaba a criterio de los especialistas.

Complementariamente, los magistrados explicaron que el IMR no podía atender cuadros psiquiátricos, ya que no era adecuado para tratar una patología dual, y que por eso el alojamiento allí era provisorio, a la espera de la derivación a la "CASA DEL SUR", donde se haría el tratamiento apropiado, atento a que, en su último ingreso, el menor había sido registrado con un oficio judicial de derivación a aquella comunidad terapéutica. E interpretaron que el resguardo del menor era más para protegerlo de sí mismo, que de terceros, contando para ello con escasos recursos. A su vez, también resaltaron que, una vez valorado el espectro probatorio, podía afirmarse que las directoras del IMR habían procedido conforme las reglas establecidas y las posibilidades con las cuales disponían, por lo que correspondía confirmar el decisorio de sobreseimiento.

Ahora bien, sin perjuicio de estas consideraciones, obsérvese que el tribunal colegiado también efectuó un señalamiento, en punto a que la circunstancia de que las imputadas no hubieran hecho más que observar los parámetros establecidos para el caso, impulsaba a la reflexión, en el sentido de que no podía pasarse por alto la responsabilidad del Estado en el contexto de marginación por la cual atravesaba gran parte de la población, como consecuencia, entre otras cosas, del incumplimiento de sus obligaciones básicas y de su incapacidad como garante en diversas situaciones. Y que, dentro de ese marco, muchos padres de familia, que carecían de medios y de las condiciones necesarias para proteger a sus hijos, acudían por ayuda al Estado, cuando consideraban que corrían peligro ante esa marginación extrema.

(v) Incidente Tutelar n° 6648, agregado a la causa penal n° FP 1302/2007 "De Simone Claudia y otro s/ suicidio":

- Conforme surge de fs. 33 de dicho incidente, el Sr. DEFENSOR PÚBLICO AD HOC, asesor del menor GHM, realizó las siguientes observaciones: "…1. [e]l suscripto entiende conveniente, solo con carácter provisional, y por un período de tiempo no mayor a 72 hs. mantener al menor internado en el Instituto "Manuel Roca", hasta tanto se realicen las evaluaciones e informes correspondientes; 2. [e]n igual sentido corresponde, atento a la patología manifestada por el menor en los distintos informes realizados por este Tribunal, solicitar a V.S. la realización con carácter urgente de una evaluación psiquiátrica y psicológica por el Cuerpo Médico Forense de la Justicia Nacional; 3. [a]simismo, corresponde derivar al menor, en un plazo no mayor de 24 horas, al Consejo Nacional de la Niñez, Adolescencia y Familia, a los fines de que evalúe la conveniencia o no del traslado del menor a una Comunidad de Régimen cerrado, para un tratamiento de rehabilitación, en caso de estimarlo los galenos; 4. [p]or último solicito a V.S. se arbitren los medios conducentes para preservar la integridad física del menor, así como los riesgos para sí o para terceros, atento sus antecedentes suicidas y estados emocionales violentos…".

- Con fecha 23/10/2006, la Licenciada en Psicología Sra. María E. MARTINENA DE BARCELÓ, integrante del cuerpo de DDTT – CFSAM, elaboró un informe en relación a la entrevista mantenida con el menor GHM, quien provenía del IMR (cfr. fs. 31/vta.).

En dicha oportunidad la experta estimó necesario proveer al menor de un ámbito de alojamiento hasta que fuera evaluado y se determinara el lugar más adecuado para su tratamiento. Asimismo, indicó que era necesario esclarecer "...el diagnóstico preciso sobre la estructura de personalidad, saber si nos encontramos ante un neurótico o un psicótico, arrojará luz sobre los pasos a seguir. Se hace necesario entonces mantener al menor internado hasta que se concluyan la evaluación psicológica sobre el mismo y también para preservarlo de la posibilidad de autoagresión. El menor presenta una personalidad impulsiva e ideas de suicidio expresadas en forma reiterada a sus progenitores y actuadas en distintas ocasiones, 8 cortes, quemaduras, accidentes, etc.".

Por lo expuesto, sugirió que el menor fuera evaluado psicológicamente por los profesionales del CUERPO MÉDICO FORENSE DE LA JUSTICIA NACIONAL y se procediera a la internación en el Instituto "Manuel Roca", institución donde también debería ser evaluado y asistido en orden a su problemática.

- Con fecha 23/10/2006, el señor Juez Federal, de Morón, ordenó librar oficio al CUERPO MÉDICO FORENSE DE LA JUSTICIA DE LA NACIÓN a fin de que se practicara respecto de GHM una evaluación, con miras a determinar si se trataba de un drogadependiente físico y/o psíquico y, en cuyo caso en qué grado, si resultaba ser principiante o experimentado, si necesitaba tratamiento de desintoxicación y rehabilitación y si resultaba peligroso para sí o para terceros. Asimismo, se solicitó practicar el examen mental previsto en el artículo 78 del CPPN y una amplia evaluación psiquiátrica y psicológica, tendiente a determinar una posible problemática de personalidad, todo ello con miras a sopesar cuál sería el mejor lugar para abordar la situación del joven.

- Con fecha 3/11/2006 la Sra. Licenciada MARTINENA DE BARCELÓ informó al señor Juez Federal interviniente que: "...en la fecha me comuniqué telefónicamente al Instituto Manuel roca a fin de interesarme por la evolución del menor [GHM]".

La mencionada experta, sostuvo en dicho informe que primeramente había conversado con la Sra. Licenciada DE SIMONE, quien refirió que el menor no mostraba problemas en la convivencia con el grupo de pares, y que no había observado actitudes agresivas. Por lo demás, agregó que posteriormente conversó con la Sra. Licenciada Jimena CAMPOS, psicóloga de la institución, quien refirió que: "...durante las entrevistas que mantuvo con el joven pudo observar que su discurso pierde la idea directriz, resultando confuso. Si bien en los tests gráficos no surgen elementos muy bizarro...". Sin perjuicio de ello solicitó una nueva evaluación psiquiátrica, pues tenía dudas respecto de la estructura de personalidad del causante (ver fs. 42).

- El 6/11/2006, la Sra. Licenciada en Trabajo Social María Eva MAGUIERE, elevó un informe al señor Juez interviniente, allí destacó: "...en oportunidad de haberse presentado el progenitor para manifestar que en ocasión de visitar al hijo en el día de ayer (domingo 5/11/06), en el Instituto "Manuel Roca" donde se halla alojado en periodo de evaluación, lo vio con el ojo hinchado y rastros de golpes. El señor [M.] manifestó que el hijo le comentó que había tenido una pelea con otros chicos alojados en dicho establecimiento. Agregó que él se presentó en el transcurso de la mañana (06/11/06) en el establecimiento de minoridad, para solicitar una explicación a las autoridades de la institución. Posteriormente se presentó ante estos estrados. Sobre la base de sus dichos, firmante se comunicó telefónicamente con la Casa de Admisión Instituto "Manuel Roca" y se habló con la Sra. Licenciada Susana BATTAFARANO, coordinadora técnica del Equipo asistencial, quien refirió que están tomando las medidas pertinentes para esclarecer el hecho y que el menor tenga el resguardo integral" (ver fs. 43).

- Con fecha 8/11/2006, el CUERPO MÉDICO FORENSE informó al Juzgado interviniente respecto de las facultades mentales del joven GHM, en cumplimiento de lo requerido por el magistrado, con fecha 23/10/2006 (cfr. fs. 88, 89 y 90).

Allí, dicho Cuerpo Médico concluyó que: "[l]as facultades mentales [...] no son normales desde una perspectiva psicojurídica [...] no se observan signos de venopunturas actuales o pretéritas, ni signos de síndrome de abstinencia. Recibimos una Rinoscopia cuyo resultado es negativo. Recibimos un test "Rapid Drug Screen" obtenido de la orina del paciente cuyo resultado es positivo para THC [...] se observan signos clínicos y de laboratorio compatibles con consumo de sustancias psicoactivas, por lo cual se considera necesaria la aplicación de un tratamiento curativo (de rehabilitación) ambulatorio; [...] el paciente relata manifestaciones compatibles con psicosis, razón por la cual es conveniente que sea ingresado en una institución para pacientes "duales". En el momento actual presenta peligrosidad para sí...".

- Al día siguiente, es decir, el 9/11/2006, el Sr. Juez Federal ordenó librar oficio al CUERPO MÉDICO FORENSE a fin de que se informara, con carácter de urgente, sobre el estado de salud en general del menor y, específicamente, la causa, el grado, los mecanismos

de producción y tratamientos a seguir de la lesión que padecería, ello puesto que, con fecha 6/11/2006, se había presentado el padre del menor y refirió que en la visita del día domingo (5/11/2006), había advertido que su hijo había sido agredido físicamente (cfr. fs. 57, 58 y 59).

Asimismo, ordenó librar oficio al IMR a fin de "...proceder al traslado, en el día de la fecha, a la sede del Cuerpo Médico Forense de la Justicia Nacional [...]. Una vez finalizado, deberá ser remitido a la dependencia a su cargo, en donde se lo deberá alojar individualmente en un pabellón en el que se cuente con aberturas que permitan tener luz natural y ventilación, además de proveerle una almohada para su cama...".

Prueba de la demandada:

- A fs. 299/310vta., obra glosado el informe presentado por la Sra. Perito Actuaria designada en autos, la Sra. Beatriz Laura SÁENZ, en el que se concluyó: "[t]eniendo en consideración la particular situación de [GHM] en cuanto a la condición de indigencia de su grupo familiar en lo económico y su dependencia de los planes sociales, los múltiples trastornos psicológicos y psiquiátricos, el consumo de sustancias estupefacientes, carencia de un tratamiento terapéutico adecuado, estudios limitados a 8° y 9° año del EGB sin haber concluido sus estudios secundarios, no desarrollando ninguna actividad laboral ni habiendo aprendido un oficio o profesión, el valor peticionado en la demanda de $ 200.000 [...] en concepto de valor vida resulta excesivo con relación al que fuera calculado precedentemente y que asciende a $ 137.095,05".

- A fs. 346, con fecha 23/11/2017, la parte demandada desiste de la prueba de informes oportunamente peticionada a LA COMUNIDAD TERAPÉUTICA SAN VICENTE y CASA SUR. Asimismo, con fecha 5/12/2017, desiste de la prueba de informes, requerida para que se acompañe el Legajo del menor GHM, toda vez que, según constaba de las constancias de la causa, el mismo se encontraba reservado en el juzgado bajo el n° 69.

- A fs. 375/389, obra glosado el informe de la experta en Trabajo Social, encomendado a fin de que, una vez evaluados los actores y su entorno socioeconómico, así como, también el entorno y características del occiso, efectuara una serie de determinaciones, a saber: "...determine lo siguiente: l) Clase social o decil del occiso y de los actores. 2) Posibilidad de movilidad social de occiso conforme su clase social, nivel de educación, etc. 3) Nivel de productividad, ingresos posibles durante su etapa productiva. 4) nivel de consumo en calidad y cantidad conforme su clase o estamento. 5) Determine estadísticamente o conforme parámetros objetivos, probabilidades del occiso conformar una familia, conforme su clase cantidad promedio de hijos. 6) Teniendo en cuenta lo anterior, determine nivel de consumo para su hipotético grupo familiar, y posibilidades de ayuda conforme sus potenciales, ingresos, tomando en cuenta consumo propio y consumo de su grupo familiar".

Dicho reporte pericial arrojó las siguientes conclusiones: "[l]a suscripta durante el desarrollo de las intervenciones profesionales, percibe disposición al entrevistar [...], presentado una actitud colaboradora. Se infiere angustia por parte de ambos al hablar de la muerte [...].Se percibe lo angustia ante la pérdida y cómo cada integrante de la familia nuclear a la que pertenecía [...], han desarrollado su duelo de diversas formas, ya sea conformando una familia con hijos o no, terminando sus estudios o no, viviendo en otros lugares o no, las variadas estrategias que han utilizado los diferentes familiares para adaptarse a la nueva situación, a la nueva vida sin un hijo, sin un hermano, frente a la pérdida de un joven de 17 años. A un sobrino de [...] le pusieron el mismo nombre en honor a su tío fallecido. Se infiere el desborde que ha sufrido el Sr. [J.], transitando momentos de depresión, de vivir en la calle, e intentando encontrar el rumbo de su vida, se infirió situación de vulnerabilidad, de fragilidad subjetiva, como pérdida de un hijo, de un hermano, desempleo, corte de una pierna, vivir en la calle, problemas de adicción".

VI. Que, sentado lo expuesto, cabe adelantar que diversos motivos obstan a la procedencia de la apelación de la parte demandada.

Al respecto, en primer término, se advierte como primer valladar, la insuficiencia argumental del memorial bajo análisis, que lo deja al borde de la deserción.

En efecto, en cuanto a la verificación de las pautas normativas de orden adjetivo a las que debe supeditarse el memorial bajo examen, se impone tener presente lo dispuesto por el artículo 265 del CPCCN, el cual establece, en lo pertinente, que la expresión de agravios debe consistir en una crítica concreta, razonada y autosuficiente del pronunciamiento apelado. Por cierto, dicha carga no se suple ni sustituye con construcciones que denoten una mera discrepancia con el criterio del juzgador, sino que implica el estudio de los razonamientos de aquel, demostrando las equivocadas deducciones, inducciones y conjeturas sobre las cuestiones resueltas (en igual sentido, C.S.J.N., Fallos: 315:689; 316:157; 322:2683; y esta Sala, *in re*: "Curcija S.A. c/ E.N. – ONCCA – Resol. nº 1.487/08 s/ proceso de conocimiento", causa nº 22.848/2009, sentencia del 12/07/2018, entre muchos otros).

En este sentido, se ha dicho que la expresión de agravios es un acto de petición destinado específicamente a criticar la sentencia recurrida, con el fin de obtener su revocación o modificación parcial por el tribunal y su forma le impone claridad expositiva, para facilitar su estudio (conf. esta Sala, in re: "Fernández Cárdenas, María Inés c/ Tribunal Fiscal de la Nación s/ daños y perjuicios", considerando X, sent. del 5/12/2013). Es que, como se ha reiterado, "criticar" es muy distinto a "disentir". La crítica debe significar un ataque directo y pertinente a la fundamentación del pronunciamiento, tratando de demostrar los errores jurídicos y fácticos que este pudiere contener. En cambio, disentir es meramente exponer que no se está de acuerdo con la sentencia (conf., en igual sentido, Cámara Nac. Apels. en lo Civil, Sala "A", sentencia del 16/12/2005, in re: "Z., M. R. c/ D.P., J.L. y otros", publicado en La Ley del 1º/06/2006).

Así pues, trasladadas estas consideraciones al caso *sub examine,* se vislumbra que frente a lo decidido por el Sr. Magistrado de la anterior instancia, la parte demandada no logró demostrar, sobre la base de una crítica razonada y suficiente, que el sentenciante hubiera errado el razonamiento.

Máxime, cuando las reflexiones que expuso en su memorial, además de ser genéricas y abstractas, son sumamente escuetas, puesto que debe resaltarse que el memorial de agravios tiene una extensión de apenas tres carillas y diez párrafos.

Por lo demás, en definitiva, los dichos de la apelante giran en torno a la exclusión de responsabilidad bajo el entendimiento de que sería aplicable el supuesto exculpatorio de la "culpa de la víctima", y que la falta de servicio habría sido endilgable al tribunal interviniente y no a la administración pública. Es decir que, al no hacerse cargo de los razonamientos y fundamentos del fallo apelado, resultan insuficientes para sustentar válidamente el recurso en orden a los aspectos específicamente controvertidos y resueltos en autos (cfr. C.S.J.N., *in re*: "Said, Salomón c/ P.J.N.", sentencia del 30/09/2003, publicada en Fallos: 326:3715).

Ciertamente, la postura de la accionada, no puede tener favorable acogida, atento a que ni siquiera se hace cargo del fundamento central sobre el que hace pivot el pronunciamiento apelado, a efectos de resolverse como se hizo. A saber, la responsabilidad que le cupo al organismo demando. Por ende, no debe soslayarse que, tal como ha quedado señalado ut supra, la expresión de agravios debe constituir una exposición jurídica que contenga el análisis serio, razonado y crítico de la resolución cuestionada y que sea idónea para demostrar la errónea aplicación del derecho o la inadecuada valoración de las pruebas producidas (conf. esta Sala en autos: "Musso, Carlos Alberto c/ E.N. – Mº Defensa s/ personal militar y civil de las FF.AA. y Seg.", sentencia de fecha del 11/07/2013 y sus citas, entre otros), ya que el mero hecho de disentir con la interpretación dada por el Sr. Juez de grado, sin suministrar bases fácticas y conforme a derecho del distinto punto de vista, no resulta suficiente para sostener un recurso de apelación.

Esta es la situación que, precisamente, se produce en autos, dado que las alegaciones bajo examen lucen genéricas y dogmáticas, careciendo de explicación alguna que, de modo concreto, puntual y circunstanciado, revele las razones jurídicas que justificarían lo pretendido –que consiste, valga recordarlo, en el rechazo de la acción–. Y, aun cuando corresponda observar un criterio amplio para juzgar la suficiencia de una expresión de agravios (por cuanto tal temperamento es el que mejor se adecua a un riguroso respeto del derecho de defensa), ello no puede conducir al extremo que implique, en los hechos, derogar la norma que impone la carga específica concerniente a la suficiencia y aptitud de fundamentación que debe contener la expresión de agravios (art. 265 del CPCCN).

Bajo esta perspectiva, se advierte que la recurrente, al formular sus quejas contra el pronunciamiento de primera instancia, se limita a efectuar en forma subjetiva, un juicio de valor negativo sobre lo resuelto por el Sr. sentenciante *a quo*.

Es por ello que no puede tenerse por cumplida, con el memorial de fecha 15/10/2020, la carga de indicar las deficiencias o errores en que habría incurrido la sentencia, sobre las cuestiones sustanciales del proceso. Asimismo, cabe señalar que la mera discrepancia o disconformidad con la solución, vertidas en los referidos pasajes, no constituye una expresión de agravios que traduzca una crítica suficiente, o que autorice a conmover lo resuelto.

Bajo una afín comprensión, cabe mencionar la doctrina de esta Sala, en autos: "Falk, Gerardo Francisco Julio c/ E.N. – Mº Defensa – Armada s/ daños y perjuicios", Expte. nº 15.291/05, sent. del 13/03/2012, ha interpretado que cuando en el recurso se vuelca un discurso subjetivo, terminan quedando incólumes argumentos decisivos en los que hace pie la sentencia apelada, lo que impide la revocación de la misma (cfr. C.S.J.N., Fallos, 333:1657 y 334:1703 "Alfacar S.A."; asimismo, con otra formulación: Fallos, 328:645).

Dichas circunstancias, sumadas a los razonamientos y análisis vertidos a lo largo de los considerandos que siguen, trazan un primer valladar que, como se verá, impide alterar lo resuelto en el fallo que se apela.

VII. Que, sin perjuicio de las falencias indicadas, cabe señalar que, asumiendo una perspectiva benévola sobre los planteos del apelante que conduzca a analizar los planteos vertidos en la apelación, ello, como modo de maximizar el resguardo de la defensa en juicio de la demandada, se habrá de ingresar al análisis del recurso.

En dicho cometido, cabe precisar en la presente causa el pronunciamiento impugnado tuvo por verificada una anormalidad en la prestación regular del servicio, dada por una clara falla del mismo, en adecuado nexo causal con el resultado dañoso. Así las cosas, cabe adelantar que, a criterio de la suscripta, la solución así dispuesta se ajusta a derecho y, en particular, a las normas y jurisprudencia aplicables al caso.

En efecto: el Estado, por medio de sus agentes, debe desplegar una conducta, en función de deberes legales positivos y concretos, cuando se producen situaciones como la aquí analizada, y la insuficiencia o anormalidad del cumplimiento de las respectivas funciones, puede comprometer su responsabilidad patrimonial, cuando confluye con el daño y un nexo causal que conecte esa falta de servicio con el resultado dañoso.

Es así que, como primera medida, cabrá determinar, qué se entiende por "falta de servicio", dado que la apelante, si bien con argumentaciones dogmáticas y de débil estructuración fáctico-jurídica, controvierte la respectiva subsunción efectuada en la sentencia de la anterior instancia.

Así, una primera aproximación aparece cuando en 1938, nuestro Máximo Tribunal, se pronunció en el célebre caso de Fallos, 182:5, "Ferrocarril Oeste de Buenos Aires c/Provincia de Buenos Aires s/indemnización de daños y perjuicios", oportunidad en la cual hizo referencia a que cuando el Estado contrae la obligación de prestar un servicio "...lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido" aquel. Valga destacar que, a renglón seguido, la Corte Suprema resolvió que si dichas "condiciones" no fueran las "adecuadas" para dicha finalidad, el Estado resultará "responsable" al pago de la correspondiente reparación por los perjuicios así ocasionados, a los cuales vinculó con el "incumplimiento" de los deberes estatales o la "irregular ejecución" de dicho servicio (*vide*, precedente "Ferrocarril Oeste de Buenos Aires c/Provincia de Buenos Aires s/indemnización de daños y perjuicios", Corte Suprema de Justicia de la Nación, sentencia del 3/10/1938, publicada también en revista "La Ley", 12-122, con nota de Alberto G. Spota, "La responsabilidad aquiliana de la Administración Pública").

Sin mayor esfuerzo, se deduce de esta conceptualización que, a efectos de dilucidar si se configura una falta de servicio, primeramente es necesario esclarecer cuáles son las condiciones adecuadas bajo las cuales se cumple la función administrativa de que se trate, en lo que resultará dirimente determinar si en el caso hubo un apartamiento de los deberes propios de dicha función. En otras palabras, se impone discernir si medió una irregularidad o incumplimiento de deberes, como apartamiento de la expectativa del deber ser trazada por las normas aplicables. En todo caso, también es relevante tener presente cuál es el fin que cumple la entidad estatal al desplegar la acción u omisión en cuyo contexto se produjo el daño, por estar en el núcleo conceptual bajo el cual nació la propia noción de "falta de servicio".

Pues bien, en principio, siguiendo el razonamiento habitual, cabe tomar como punto de partida que quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido, siendo responsable de los perjuicios que causaren su incumplimiento o su irregular ejecución (doctrina de los artículos 625 y 630 del Código Civil). Y si bien las relaciones entre el Estado y las personas se rigen por el derecho público, se aceptaba según el estado de cosas y el consenso jurídico y jurisprudencial vigente a la época que interesa (v.gr., años 2005 y 2006, hasta el deceso del joven M., en enero de 2007) que la regla enunciada, fundada en razones de justicia y de equidad, podía tener también su aplicación a este género de relaciones, máxime mientras no regía a dicha época una previsión legal específica que regulara el punto de modo diverso, o impidiera acudir a dichos artículos.

La noción –falta de servicio– está próxima a cumplir nueve décadas de evolución jurisprudencial y doctrinal, de modo que ha venido siendo aplicada en sucesivos casos, con los que se agregaron contornos conceptuales que sirven al efecto de esclarecer si se verifica este factor de atribución por obrar ilícito del Estado en cada caso que suscite la intervención jurisdiccional.

De esta forma, cabe partir de que la idea objetiva de la "falta de servicio", encontró fundamento –en la época a la cual cabe juzgar los hechos motivantes de la controversia (como se recordó, hasta principios de enero de 2007)– en la aplicación por vía subsidiaria del artículo 1112 del CÓDIGO CIVIL (norma positiva que regía al momento en que los hechos tuvieron lugar), el cual establecía un régimen de responsabilidad "por 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". Según la hermenéutica desarrollada por nuestro Máximo Tribunal a partir de los prece-

dentes "Tomás Devoto" y "Ferrocarril Oeste c/Prov. de Buenos Aires", ello ponía en juego la responsabilidad extracontractual del Estado en el ámbito del derecho público. Así, en el precedente "Vadell c/Provincia de Buenos Aires", se resolvió que la idea de la falta de servicio era "objetiva", e integraba un "régimen de responsabilidad" del Estado por los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, cuando el cumplimiento de dichas tareas ("obligaciones legales", como se las describe en otro pasaje) fuera "irregular", nociones que llegan hasta la actualidad y fueron posteriormente plasmadas en la LEY nº 26.944. Como fuese, para la Corte Suprema, al configurarse dicha irregularidad, y verificados los demás presupuestos (daño y relación causal), se ponía en juego lo que se definió como la "responsabilidad extracontractual del Estado en el ámbito del derecho público" (véase, en este sentido, autos "Vadell, Jorge Fernando c/ Provincia de Buenos Aires", Fallos, 306:2030, de 1984).

Complementariamente, debe recordarse que en los últimos tiempos, el quid de la responsabilidad extracontractual del Estado por omisión, o por falta de servicio por no cumplirse debidamente los deberes de que se trate, hizo pivot sobre la consideración de cuán concreto resultaba el deber estatal, según el estándar que la Corte Suprema trazó, recapitulando fallos anteriores, en el caso "Mosca, Hugo Arnaldo c/ Provincia de Buenos Aires (Policía Bonaerense) y otros s/ daños y Perjuicios", CSJN, Expte. M. 802.XXXV, sentencia del 6 de marzo de 2007, publ. en Fallos, 330:563, del año 2007.

En el razonamiento que la Corte Suprema desarrolló en el precedente "Mosca", procede verificar cuatro elementos, dados por: la naturaleza de la actividad cumplida por el Estado, los medios razonables con que este cuente para el cumplimiento del respectivo servicio o función, la existencia de concreción o determinación en la obligación preexistente al hecho dañoso, y la previsibilidad de lo que normalmente acontece en orden a lo esperable dado el desenvolvimiento del servicio. Como se aprecia, ello importa un juicio sobre la prestación del servicio porque se trata de una responsabilidad objetiva.

Sobre estos factores, se ha de profundizar en los párrafos que siguen a continuación.

Así, en primer lugar, se interpretó que corresponde examinar la naturaleza de la actividad. Al respecto, se consideró relevante diferenciar las acciones de las omisiones, ya que si bien la Corte ha admitido con frecuencia la responsabilidad derivada de las primeras, no ha ocurrido lo mismo con las segundas. Respecto del último supuesto se trazó el deber de distinguir entre los casos de omisiones a mandatos expresos y determinados en una regla de derecho, en los que puede identificarse de un modo más linear una falta del servicio, de aquellos otros casos en los que el Estado está obligado a cumplir una serie de objetivos fijados por la ley solo de un modo general e indeterminado, como propósitos a lograr en la mejor medida posible. Fue así como se indagó sobre la situación verificada cuando cabe determinar la responsabilidad civil del Estado por omisión de mandatos jurídicos indeterminados, la cual se indicó que debería ser motivo de un juicio estricto y basado en la ponderación de los bienes jurídicos protegidos y las consecuencias generalizables de la decisión a tomar. Es decir, que dichas prevenciones no fueron predicadas para los supuestos en los que media incumplimiento a un deber determinado, concretizado suficientemente.

Según se adelantó, a modo de segundo elemento, el Máximo Tribunal estimó pertinente ponderar si se dispusieron los medios razonables para el cumplimiento del servicio, (interrogante que en aquel caso mereció una respuesta afirmativa, luego de repasar el despliegue policial efectuado).

Seguidamente, y como tercer elemento, se tuvo en cuenta si mediaba una obligación preexistente, vinculada con una relación entre el damnificado y el Estado, con lo que se concluyó que en el caso "Mosca", no mediaba un supuesto de derecho subjetivo, sino un deber jurídico indeterminado para la generalidad de los ciudadanos. A partir de esta apreciación, se consideró que se estaba frente a un interés legítimo subjetivamente indiferenciado a la seguridad por cuyas supuestas deficiencias se reclamó, pero carente de idoneidad para construir una negligencia personalizada en el accionante.

Finalmente, y en calidad de cuarto elemento, se aludió al estándar de previsibilidad de lo que normalmente acontece, para discernir si la Administración contaba con elementos para prevenir la producción del hecho dañoso. Al analizar dicha cuestión, se concluyó que la policía había actuado conforme con un estándar de previsibilidad de lo que normalmente acontece, lo cual no generaba responsabilidad según el CÓDIGO CIVIL (arts. 901 a 906). En función de todo lo expuesto, se desestimó el reclamo indemnizatorio dirigido contra la administración bonaerense, si bien la acción prosperó respecto de otros co-demandados.

Traspolados estos factores al análisis del presente caso, puede razonablemente aseverarse, en referencia al primer factor, que las disposiciones aplicables son las resultantes del bloque de normatividad que emana de la CONSTITUCIÓN NACIONAL y la CONVENCIÓN DE DERECHOS DEL NIÑO, junto con las leyes y reglamentaciones respectivas –en especial, la LEY N° 26.061 de PROTECCIÓN INTEGRAL DE LOS

DERECHOS DE LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES–, que han sido transcriptas y reseñadas supra, en el Considerando V.- del presente voto (véase, punto (i) de la Prueba de la Actora, si bien valga señalar que por tratarse de Derecho vigente, no requiere prueba pues se reputa conocido por todas las personas).

Por cierto, este marco normativo, no se limita a trazar objetivos fijados solo de un modo general e indeterminado, sino que contiene mandatos con suficiente determinación, que regulan de modo concreto y preciso lo referente al cuidado y protección a ser brindados en los planos normativo, institucional y de la realidad práctica con políticas públicas en pos de las infancias, máxime las que padecen vulnerabilidad y trastornos de salud como en el presente caso.

La concreción de los deberes se patentiza, además, porque el menor GHM no atravesaba una situación genérica y desconocida por el Estado. De hecho, su problemática había suscitado un proceso ante la justicia de menores, la cual había ordenado de modo puntual y concreto su institucionalización, en orden a atender las severas necesidades de aquel. En otras palabras, el adolescente integraba un grupo muy determinado y concreto de personas que merecían atención particularizada y personalizada del Estado, de modo que no podría siquiera postularse vaguedad, indefinición ni duda alguna en punto al conocimiento efectivo y puntual por parte de las autoridades de que era preciso actuar en cumplimiento de políticas públicas preordenadas y precisas, para la atención de GHM.

En segundo lugar, sobre el empleo de medios suficientes, cabe descartar que los usados en la órbita de la demandada fueran razonablemente adecuados al fin de proteger y cuidar al menor. Más allá de que no parece un desafío de difícil cumplimiento la implementación de acciones que tiendan a dar una protección adecuada a niños con la problemática aquí verificada. Obviamente, se debe contar con personal especializado en atención de infantes y adolescentes, y profesionales de la salud en los campos específicos de las necesidades a satisfacer, junto con cierta infraestructura que, aun siendo sobria, resulte funcional, segura, limpia, especialmente acondicionada y adecuada para el fin señalado. No podría postularse una exigencia diversa, pues al estar en juego la vida e integridad psicofísica de sujetos merecedores de preferente protección en nuestro derecho, tanto en la dimensión constitucional cuanto convencional, la debida diligencia de las autoridades encargadas de cumplir dichos estándares aparece modulada en modo reforzado.

Corrobora esta comprensión el pronunciamiento que la Corte Suprema de Justicia de la Nación registra en Fallos, 333:2426 (causa P.918 XLIII RHE, autos "P. de P., E.P. y otro c/Gobierno de la Prov. de Córdoba", fallado el 21/12/2010), cuyo texto completo obra en el siguiente hipervínculo: https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/ verUnicoDocumentoLink.html?idAnalisis=1262&cache=1632074540671¿.

En dicho caso, el Tribunal Cimero dejó sin efecto una sentencia que no había considerado el contenido de los deberes de vigilancia de un menor que había fallecido por suicidio, mientras se hallaba institucionalizado en una entidad provincial, ello en orden a discernir el reclamo indemnizatorio formulado por los padres.

Pues bien, nada de lo referente a los deberes reseñados se ha cumplimentado en autos, de estar a las imágenes del centro de alojamiento donde permanecía y terminó falleciendo el adolescente, con indicadores de abuso sexual y rastros de sustancias prohibidas en su cuerpo (situación agravada, de cara a las patologías asociadas al consumo problemático de estupefacientes). A juicio de la suscripta, aquellas imágenes transmiten de modo palmario la falta de dignidad y aún de humanidad en el trato que fue dispensado a un menor a quien se debía atender, al punto que las instalaciones difícilmente hubieran merecido estar habilitadas para Personas No Humanas (animales). El contexto de funcionamiento del centro, y de la desatención que le dispensó a GHM la SENNAF, da cuenta de un proceder con visos de crueldad, sostenido a extramuros de la promesa que el marco constitucional y convencional profiere a cada niño, niña, o adolescente que habite la República Argentina, de que será protegido de modo especial por las autoridades, o de que se pondrá en real vigencia el "interés superior" de aquellos.

Sumado a lo cual, el alojamiento a sabiendas en una institución inadecuada para las concretas necesidades del menor trasunta una transgresión de las autoridades con responsabilidad de dirección, encargadas de determinar el alojamiento de los menores en un sitio pertinente.

Se estima que un parámetro concreto de estos deberes se explica en el parágrafo nº 78 de la OPINIÓN CONSULTIVA nº 17/2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El texto de la misma puede ser consultado en el siguiente hipervínculo: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf.

En el citado pasaje, leemos:

"78. La eficaz y oportuna protección de los intereses del niño y la familia debe brindarse con la intervención de instituciones debidamente calificadas para ello, que dispongan de personal adecuado, ins-

talaciones suficientes, medios idóneos y experiencia probada en este género de tareas. En fin, no basta con que se trate de organismos jurisdiccionales o administrativos; es preciso que estos cuenten con todos los elementos necesarios para salvaguardar el interés superior del niño".

Esta conceptualización aparece volcada en el punto 6 de las conclusiones de la OPINIÓN CONSULTIVA nº 17/2002, en la que se expresa:

"6. Que para la atención a los niños, el Estado debe valerse de instituciones que dispongan de personal adecuado, instalaciones suficientes, medios idóneos y experiencia probada en este género de tareas".

Dicho ello, y como tercer tópico, cabe indagar, como se ha visto en el precedente "Mosca", en la relación entre el Estado – Administración y quien ha sido damnificado, lo cual conduce en autos a dilucidar el vínculo jurídico suscitado entre el menor institucionalizado y la autoridad demandada (IMR, dependiente de la SENNAF). Al respecto, se observa que la relación entablada entre uno y otra no era genérica o indefinida, como lo sería la predicable para las Administraciones Públicas respecto de la generalidad de la población. Antes bien, dicho nexo incluso adquirió los ribetes propios de una vinculación especial, en cuyo contexto el menor estaba directa y concretamente bajo la guarda de la SENNAF, la cual gestionaba su estadía fuera del seno familiar –que tenía por miras, indubitablemente, el cuidado y tratamiento del menor y la superación de sus patologías–, con el registro consecuente del legajo e historia clínica, de donde surgía el motivo de su alojamiento, el tratamiento supuestamente administrado y el seguimiento de su evolución. De nuevo, es preciso advertir que los hechos del presente caso presentan una nota que abona el conocimiento puntual y concreto de la situación de significativa vulnerabilidad del menor, coherente con una concreta asunción de responsabilidad en la guarda y atención integral del mismo.

Por otra parte, y en lo referente a la nota de previsibilidad, cabe interpretar que todo el contexto del alojamiento en un instituto para menores con las vulnerabilidades y problemáticas del hijo de la parte actora, hacía pronosticable que estuviera en riesgo su vida; incluso así textualmente lo refirieron los informes de índole social y psicofísico que fueron realizados. Ello, al menos, si las autoridades responsables son versadas o experimentadas en el cuidado de menores, dado que se debería presumir el profesionalismo de aquellas, en atención al bien jurídico a tutelar.

Cabe descartar, entonces, que los sucesos por los que la parte actora reclama una reparación puedan ser subsumidos en alguna eventualidad ajena a las vicisitudes propias del contexto suscitado y al conocimiento que se supone mínimo para gestionarlo, sino todo lo contrario. A partir de lo cual, es razonable concluir que no medió por parte de la recurrente un grado de previsión acorde con los elevados bienes jurídicos en juego.

En suma, recapitulando este análisis, se corrobora que se hallan verificadas las exigencias jurisprudenciales recordadas, en orden a confirmar que medió en autos un supuesto de "falta de servicio".

VIII. Que, adicionalmente a lo dicho, caben algunas consideraciones en torno del singular marco normativo aplicable, a fin de corroborar la existencia en cabeza de la demandada, de un deber determinado y concreto en orden a atender y tratar la situación del menor, hijo de los actores.

Así, no debe perderse de vista que en la presente causa se encuentran en juego derechos humanos fundamentales –derecho a la vida y a la niñez– que, por su importancia y trascendencia, ameritan que este Tribunal realice algunas consideraciones al respecto.

Aunque la recurrente no lo mencione ni pareciera tomarlo en cuenta, las cuestiones planteadas no son susceptibles de ser abordadas sin una consideración sobre el marco normativo aplicable, que incluya la necesaria perspectiva de derechos humanos y de infancias.

En ese sentido, cabe tener en cuenta la sanción de LEY DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE LOS DERECHOS DE LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTE N° 26.061, mencionada en el Considerado V.-), punto (i), sub punto (a), que otorgó especial énfasis a la protección del "Derecho a la Vida", (art. 8°); "Derecho a la Dignidad y a la Integridad Personal", (art. 9°); y, "Derecho a la Salud" (art. 14°) de aquellos.

Por lo demás, dicha norma, también, determina que será de aplicación obligatoria la CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, de rango constitucional en nuestro derecho, con la incorporación a nuestra CARTA MAGNA del artículo 75, inciso 22 en la Reforma Constitucional de 1994.

En definitiva, dicha norma no hizo más que acentuar los principios rectores sentados por nuestro MÁXIMO TRIBUNAL en la materia, quien en numerosas ocasiones ha enfatizado que la vida es el primer derecho de la persona humana, reconocido y protegido por la Ley Fundamental y que, en tanto eje y centro de todo el sistema jurídico, es inviolable y constituye un valor fundamental con respecto al cual los demás tienen siempre carácter instrumental (Fallos, 302:1284; 323:3229; 324:756; 3569, 3888;

325:292; 326:4931; 329:2552, 4918; 330:2304; 338:1110; 341:1511; 342:459 y 344:1291). Y que la preservación de la salud integraba el derecho a la vida, por lo que existía una obligación impostergable de las autoridades públicas de garantizarla mediante la realización de acciones positivas (Fallos: 341:1511; 342:459 y 344:1291).

Afín con lo dicho, y como otra firma de resguardar los derechos aquí en juego, la CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO –ratificada por el ESTADO ARGENTINO mediante la sanción de la LEY N° 23.849–, impone a los Estados partes de ese tratado la obligación de reconocer a todos los niños y las niñas el derecho a beneficiarse de la seguridad social y de adoptar las medidas necesarias para lograr la plena realización de ese derecho (cfr. artículo 26).

A lo que cabe agregar que, si se pudieran plasmar conceptualmente los deberes que tenía a cargo el Estado Argentino para atender a la situación del menor institucionalizado, se estima pertinente recordar el criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en cuanto señala a lo largo de la citada Opinión Consultiva nº 17/2002.

En dicha O.C., el máximo organismo jurisdiccional interamericano expresó que "este principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de estos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades, así como en la naturaleza y alcances de la Convención" (de los Derechos del Niño), resultando de esta manera una obligación insoslayable en el tratamiento de los casos donde se involucran los derechos de estos. Surge de dicho documento que los niños y las niñas merecen atención y cuidado especiales, lo que no implica desconocer su condición de sujetos de derechos, sino que los operadores jurídicos deberán actuar con especial diligencia a la hora de su atención, máxime si como sucede en el caso el Estado tenía conocimiento concreto y circunstanciado de las especiales necesidades del menor.

Es así como, el ESTADO NACIONAL, resulta ser el encargado de velar por el fiel cumplimiento de los derechos constitucionales que amparan la vida y la salud de los niños y de asegurar la continuidad de los tratamientos que necesiten, habida cuenta de la función rectora que le atribuye la legislación nacional en ese campo y de las facultades que debe ejercer para coordinar e integrar sus acciones con las autoridades provinciales y los diferentes organismos que conforman el sistema sanitario en el país, en miras de lograr la plena realización del derecho a la salud.

Lo expuesto, resulta de insoslayable consideración cuando se ejerce la función jurisdiccional en orden a contribuir al goce efectivo de los derechos de los niños y sus familias, y queda robustecido con la ACORDADA N° 5/2009 , de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, por la cual se incorporaron a nuestro derecho interno las "Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condiciones de Vulnerabilidad". Dichas reglas, tuvieron como objeto garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, sin discriminación alguna, englobando el conjunto de políticas, medidas, facilidades y apoyos que permitieran a dichas personas el pleno goce de los servicios del sistema judicial. Asimismo, se previó que los servidores y operadores del sistema de justicia otorgarían a las personas en condición de vulnerabilidad un trato adecuado a sus circunstancias singulares, es por ello que se priorizó las actuaciones destinadas a facilitar el acceso a la justicia de aquellas personas que se encuentren en situación de mayor vulnerabilidad, ya sea por la concurrencia de varias causas o por la gran incidencia de una de ellas.

En la línea exhibida, se agregó que "se deberá llevar a cabo una actuación más intensa para vencer, eliminar o mitigar dichas limitaciones. De esta manera, el propio sistema de justicia puede contribuir de forma importante a la reducción de las desigualdades sociales, favoreciendo la cohesión social" (cfr. quinto párrafo de las reglas supra mencionadas).

En definitiva, se ha visto que el caso amerita recordar bajo dicho prisma la ponderación de cómo han sido cumplidos –o no cumplidos– los deberes ínsitos a la guarda y custodia de un menor, destinatario de preferente protección. Al respecto, y como aproximación para el análisis, cabe observar que aun cuando ontológica y jurídicamente media una distancia superlativa entre la situación de un adulto y la de un menor, podría tomarse como parámetro de referencia la abundante jurisprudencia sobre personas privadas de la libertad por diversos motivos (v.gr., la instrucción de causas penales o la ejecución de una condena penal). Usualmente, la jurisprudencia ha reconocido que se ha incumplido el deber de guarda de la persona, cuando esta fallece o sufre daños psicofísicos encontrándose alojada en instalaciones de una institución, privada de la libertad por el motivo que fuese. Opera allí un vínculo de especial sujeción, donde las facultades de control de la autoridad administrativa deben garantizar el bienestar de la persona.

En definitiva, y aun asumiendo que el fallecimiento del menor resultó de su propio accionar (ello, para ser coherente con los resultados infructuosos del proceso penal respectivo), no es válido soslayar el contexto en que el deceso ocurrió: esto es, con aquel alojado en

instalaciones del IMR, institución que debía brindarle atención especializada para su cuadro, y protegerlo del modo en que lo ordena el bloque de normatividad aplicable a sujetos de preferente protección. Valga reiterar que, conforme lo dictaminado por los expertos actuantes, el menor representaba un riesgo para sí, con lo que los profesionales intervinientes debían atenderlo en consecuencia y arbitrar los medios para neutralizar o hacer desaparecer dicho riesgo.

Aun cuando la experiencia pudiera indicar que, desde el punto de vista de los resultados, dichos cometidos pueden frustrarse, es claro que el empleo de medios carentes de idoneidad para el fin señalado, que surgen del alojamiento en un instituto que no era el adecuado para el cuidado y tratamiento de cuadros como el padecido por GHM, y en donde hay pruebas del ingreso de sustancias prohibidas, revela una clara falta de servicio por apartarse de la conducta debida en el caso.

En todo caso, la brecha entre el "deber ser" normativo, y lo ocurrido fácticamente respecto de GHM se patentiza si se advierte que, además de ser menor, estaba alojado en forma indebida, ergo contraria a derecho. Pues se trataba de un sitio que no era el idóneo para el fin por el cual se había dispuesto la institucionalización, dada por el resguardo de la salud y su resocialización.

Esto demuestra la inhabilidad de la demandada para articular los recursos con los que contaba el sistema, con miras a lograr la recuperación del joven, o al menos su guarda bajo condiciones razonables y que no pusieran en riesgo su vida.

IX. Que, al relacionarse los deberes reseñados con la jurisprudencia en materia de responsabilidad patrimonial del Estado referente a la "falta de servicio", queda reafirmado que el pronunciamiento apelado guarda correspondencia con las soluciones jurisprudenciales.

Como fuese, y con las salvedades antes apuntadas de trasladar a menores criterios jurisprudenciales aplicados a mayores de edad, valga recordar que durante las últimas dos décadas, la jurisprudencia federal ha desarrollado el estándar de la adecuada custodia, entendido como el conjunto de acciones que logra la seguridad de las personas privadas de la libertad, procurando que el régimen respectivo contribuya a preservar o aún mejorar las condiciones morales, educación y salud física y mental de aquellas. Dicha hermenéutica, aparece constante y sostenidamente en los siguientes precedentes de esta Sala: autos "Rodríguez, María Irene c/E.N. – Mº Justicia Seguridad y DDHH – SPF s/daños y perjuicios", expte. nº 26.574/2004, sent. del 13/11/2014; "Ojeda Gómez, Francisca Delia c/E.N. – SPF – Unidad 2 s/ daños y perjuicios", expte. nº 31.567/2009, sent. del 02/05/2017; "Barrera, Rosa Ramona c/E.N. – Mº Justicia – SPF s/daños y perjuicios", expte. nº 30.021/2014, sent. del 12/11/2019; "Loto, Noemí A. y Otro c/E.N. – Mº J. y DDHH – SPF s/daños y perjuicios", expte. nº 52.691/13, sent. del 13/11/2020 y sus citas.

A su vez, dicha doctrina se replica también en los casos de otras Salas de esta Cámara de Apelaciones, como lo revelan los casos de la Sala I, "Olender, Sofía c/EN - Ministerio de Justicia", expte. 7693/91, sent. del 26/11/1998, en Revista La Ley, t. 1999-E, pág. 968; ídem Sala III, autos "Naveda, Jorge Adrián c/E.N. – Mº de Justicia s/daños y perjuicios", expte. nº 20.688/97, sent. del 13/09/2004; "Hug, Mario Alberto y otro c/E.N. – SPF s/daños y perjuicios", expte. nº 23.244/2007, sent. del 03/09/2019, y "Metskanyuk Mykhaylo y Otro c/E.N. – Mº Justicia – SPF s/daños y perjuicios", expte. nº 28.878/2013, sent. del 23/09/2020; ídem por la Sala IV, in re "Sandoval Maureira, Andrea E. c/E.N. – Mº de Seguridad – PFA s/daños y perj.", expte. nº 47.417/10, sent. del 11/05/2017; ídem por la Sala V, en autos "Pérez Gorospe, Jair Caetano c/EN – Mº Justicia Seguridad y DDHH y otros s/daños y perjuicios", expte. nº 25.947/2004, sent. del 20/03/2012; "Ramón Víctor Andrés c/EN - Mº de Justicia - Servicio Penitenciario s/Daños y Perjuicios, expte. nº 44900/1999, sent. del 04/06/2013; "Sosa, Nimia J. c/E.N. s/daños y perjuicios", expte. nº 15.788/2001, sentencia del 28/11/2013 (dictada por disposición de la C.S.J.N., en razón del reenvío dispuesto el 04/06/2013 en dicha causa, identificada en la instancia extraordinaria como S.536 Tomo XLIV RHE); "Amitrano, Pablo Martín y Otros c/ EN -PJN- SPF- PFA s/daños y perjuicios", expte. nº 20028/2008, sent. del 05/12/2013; "Mierez, Aparicia y Otros c/E.N. -Mº Justicia – SPF s/ daños y perjuicios", expte. nº 27.709/2006, sent. del 12/11/2015; y "Gianino, Olga Zulema y otros c/EN – SPF y otros s/Daños y Perjuicios", exp. Nº 21.619/05, del 02/03/2017.

En suma, se trata de aproximadamente una docena de fallos, sobre cuya solución el memorial de la demandada omite comentar o hacer señalamiento alguno.

En igual sentido, véase de la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, autos "Quintana, Silvia N. y Otros c/Ministerio de Justicia – SPF s/daños y perjuicios", expte. nº 2.221/1999, sent. del 11/08/2006 y sus citas. En dicho caso, en referencia a los deberes de la autoridad penitenciaria, la Sala mencionada interpretó que pesaba sobre esta un nivel de eficiencia, vinculado con la experiencia y el conocimiento técnico de los problemas que deben enfrentarse en dichos contextos. Por lo que, según se destacó, "consentir la impotencia" en la

eficacia de la misión de dicha autoridad, importaría "admitir una degradación funcional de sus obligaciones primarias", alternativa que consideró como de plano inaceptable, por importar una malversación de los valores que dan soporte a una sociedad justa (cfr. precedente "Quintana", citado).

Es decir, que resulta útil extraer el criterio que hace foco en la necesaria experiencia y conocimiento técnico de las problemáticas propias y específicas de las personas institucionalizadas, el cual dará el quicio a la acción encaminada a afrontar tales desafíos.

Como fuese, también cabe poner de resalto que esta línea coherente de jurisprudencia refleja el criterio de nuestro Máximo Tribunal, desplegado a lo largo de una serie de fallos, a saber: "Badín, Rubén y otros c/Prov. de Buenos Aires", Fallos, 318:2002 de 1995; "Vergnano de Rodríguez", publ. en Fallos, 325:1277, de 2002; "Gothelf, Clara Marta c/Santa Fe, Prov. de s/ daños y perjuicios" expte. G.178 tº XXXIV ORI., sent. del 10/04/2003; "Manzoni, Juan Carlos y López, Norma M. c/Gobierno de la Provincia de Jujuy", expte. M.3084 tº XXXVIII, sent. del 23/12/2004 publicada en Fallos: 327:5857; autos: "P. de P., E.P. y Otro c/Gob. de la Prov. de Córdoba", Fallos, 333:2426 de 2010; y autos "N.R.I. y otro c/Estado Nacional – Mº defensa s/daños y perjuicios", Fallos, 334:1848 de 2011, entre otros.

Cabe tener en cuenta, además, que la jurisprudencia es conteste en presumir la negligencia del establecimiento cuando la problemática psiquiátrica del paciente revela como posible que este resulte un riesgo para sí, con lo que han procedido los reclamos resarcitorios subsecuentes a suicidios, véase, por todos, la solución de la Sala G de la Cám. Nac. Apelaciones en lo Civil, en autos "R., Z. T. y otros c/Centro Médico Neuropsiquiátrico S.A. y otros s/daños y perjuicios", expte. nº 85.064/2000, fallado el 25/11/2010.

Por lo demás, la lógica jurisprudencial plasmada en estos precedentes, explica y da continuidad al sentido del decisorio de Fallos, 333:2426, ya recordado supra, en el cual el Máximo tribunal juzgó arbitrario rechazar una acción indemnizatoria sobre la base de soslayar los deberes a cargo de la administración en el tratamiento de menores alojados en instituciones.

Hasta aquí, el telón de fondo genérico del responder estatal en contextos de privación de la libertad de adultos.

Ahora bien, los estándares indicados asumen una modulación particular en función de la condición de menor vulnerable y con patologías psiquiátricas de GHM, que hace incorporar al examen del caso, las variantes respectivas, que especifiquen los ingredientes de interseccionalidad dados por la minoridad, discapacidad y vulnerabilidad de aquel.

Todo lo cual, conduce a rechazar por inadmisible la pretensión de la apelante, de pretender negar la configuración de una falta de servicio, o de colocar en cabeza del propio afectado la acción dañina.

X. Que, más allá de la verificación de los presupuestos habilitantes de la responsabilidad endilgada, cabe una consideración complementaria sobre las causales de justificación o eximentes de dicha responsabilidad. Así, mientras los primeros abren la configuración de un deber de responder, las segundas lo excluyen, y merecen por ello particular ponderación, máxime cuando han suscitado un agravio expreso.

En efecto, dicha indagación viene habilitada por el planteamiento vertido en el memorial de agravios en torno de la ausencia de responsabilidad de la SENNAF, al aseverarse que medió "culpa de la víctima".

Nótese, en primer lugar, que las consideraciones desarrolladas en los considerandos que anteceden derriban el planteo por medio del cual el demandado busca colocar en cabeza del propio menor GHM el desenlace fatal que traduce el daño por el cual se reclama en autos.

Por de pronto, atribuir "culpa" a un menor ideal, promedio o genérico, llevaría de por sí a complejas elucubraciones y podría desembocar en falacias, al colisionar con toda la construcción jurídica estructurada como modo de proteger a las personas menores de edad, que en el Derecho Argentino son niñas, niños y adolescentes, y merecen, al menos en el plano teórico, por lo visto y reseñado, un nivel especial de protección, jurídica, institucional y en orden a la implementación de políticas públicas que pongan en ejecución los derechos y garantías que les asisten, todo ello según el bloque de normatividad convencional, constitucional, legal y reglamentario ordenado a tal fin.

Tal agravio, ciertamente, en los hechos importaría desplazar al propio adolescente vulnerable y afectado por patologías psiquiátricas y psicológicas –abundantemente certificadas y verificadas–, la carga de velar por su propio bienestar, dejando a la autoridad administrativa como un espectador inerme y prescindente; alternativa hermenéutica que, en tanto luce evisceradada de juridicidad, carece de seriedad, por lo que no merecería mayores consideraciones.

En adición a ello, es pertinente tener presente, a modo de parámetro de referencia, la jurisprudencia referente a suicidio de pacientes adultos que se lesionan o quitan su vida, estando institucionalizados. En

dichos casos, la jurisprudencia invariablemente interpreta que media incumplimiento al deber de guarda y vigilancia, comprometiendo ello la responsabilidad patrimonial. Recuérdese, en tal sentido, la sentencia de la Sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en autos "B., J.A. y otro c/F. J. y otros s/daños y perjuicios", expte. nº 56.341/03, dictada en diciembre de 2012, y sus abundantes citas. Se entendió allí que la atención de pacientes psiquiátricos impone una obligación de medios "reforzada" o "agravada", (citándose a tal efecto trabajos doctrinarios de varios autores, entre ellos Alfredo Kraut, experto en la materia; con una afín comprensión se expidieron la Sala A de dicha Cámara de Apelaciones, en autos "M.T. c/ M.P. y otros s/daños y perjuicios s/respons. prof. médicos y aux.", expte. L. 557.876, en fecha 1º/12/2010, la Sala E en "V., I. y otro c/G.C.B.A. y otros s/daños y perjuicios", expte. nº 401.483, sent. del 2/09/2004, la Sala H en "N. A. M. c/Instituto Almagro de Salud y otros s/daños y perj.", sent. del 17/07/2007, la Sala L en "L. de G., P. c/S., W. D. s/daños y perjuicios", expte. nº L558402, sent. del 5/05/2011, y la Sala M, en "B., N.G. y otros c/ Omaja SA y otro s/daños y perjuicios", expte. nº 129.235/96, sent. del 14/12/2007; véase, en igual sentido: Sala II de la Cámara Nac. de Apels. en lo Civil y Comercial Federal, en autos "C., G.A. c/Obra Social del SPF y otro s/daños y perj.", causa nº 1236/2004, sent. del 29/10/2010, y sus citas en el Considerando XII, entre muchos otros).

Asumiendo, entonces, que esta es la solución imperante respecto de personas adultas, si se traslada el análisis a personas como GHM, que era adolescente y por ello menor de edad y con graves patologías tanto psiquiátricas como psicológicas, al multiplicar la interseccionalidad de ejes conceptuales, conduce a concluir que el razonamiento que lleva a reforzar la responsabilidad de quien tenía su guarda se ve aún más robustecido.

Pero, profundizando más allá, tal postulación de la demandada, además de deshumanizante, aparece patentemente contraria a las constancias del expediente; en todo caso, la reseña de los antecedentes del mismo da cuenta de abundantes pruebas sobre la vulnerabilidad en que se hallaba GHM, que vedan la atribución de culpa postulada. En efecto, solo por recordar algunas, surge de autos que, en noviembre de 2006, el juzgado interviniente recibió el informe psicosocial, pieza de la cual surgía que GHM debía recibir abordaje integral de acuerdo con su problemática, con un debido control psiquiátrico. Adviértase que esto ocurrió exactamente 62 días antes del fallecimiento del menor. En esto hubo coincidencia con las conclusiones a las que llegó el CUERPO MÉDICO FORENSE, en cuyo ámbito había sido evaluado el menor el día 23/10/2006 –esto es: exactamente 80 días antes de encontrárselo fallecido en la celda donde se lo alojaba, en instalaciones del IMR–. En dicho estudio, se informó que las condiciones de GHM no eran normales desde una perspectiva psicojurídica, de allí que el CMF recomendó su ingreso a una institución para pacientes duales, por entender que aquel presentaba peligrosidad para sí y para terceros.

Poco más de un mes más tarde, fue encontrado fallecido en su celda- habitación. Aunque recién tiempo después, por las conclusiones del Perito Forense, en el informe inicial y ampliatorio de la autopsia, se determinó que había rastros de cocaína en el vello pubiano del occiso, y líquido seminal de uno o varios secretores en el conducto rectal de este, por lo que se concluyó que, previo a la muerte, había mediado violación por una o más personas. El cuadro así comprobado, que surge del respectivo informe, da cuenta sobradamente de la falta de servicio de la demandada, habida cuenta de que una sustancia de uso prohibido como la hallada en el cuerpo del joven, jamás debió haber estado en el ámbito cerrado y supuestamente controlado y vigilado del instituto IMR, el cual, más allá de carecer de servicios para personas con las necesidades de GHM, permitía situaciones al margen de la juridicidad, aún para adultos o mayores de edad.

Con lo que se deduce que la puesta a disposición de la SENNAF y la subsiguiente estadía en dependencias del IMR implicó una tefra dacítica que arrasó con la vida y la dignidad del menor GHM.

Así las cosas, la revisión global del caso, autoriza a concluir con sobrada persuasión que lo postulado por los accionantes, en cuanto a que su hijo GHM presentaba múltiples trastornos psicológicos y psiquiátricos que confluyeron con una patología adictiva, suscitándose un cuadro dual que requería de tratamiento específico, al haber riesgo para sí y para terceros que, frente a la vulnerabilidad y carencias de su familia, requerían abordaje especializado en un sitio adecuado a tal fin.

Frente a dicho cuadro, la autoridad judicial razonablemente dispuso la institucionalización del menor. Así las cosas, por mandato legal, la autoridad administrativa de aplicación que recibió la derivación, contaba con atribuciones y medios para el abordaje que requería un menor con las características y contexto de GHM, es el CONNAF y no el tribunal judicial, el cual solo estaba facultado a ordenar la institucionalización y a lo sumo supervisar y controlar la gestión consecuente. Adviértase que, de hecho, dicho Consejo era el que disponía la asignación de plazas en el sistema de protección a menores. Así, surge de autos que aquel había dispuesto otorgar una plaza para la internación de GHM en la COMUNIDAD TERAPÉUTICA SAN VICENTE, de la cual el adolescente logró

escapar en al menos dos ocasiones. Con lo que, finalmente, resultó siendo alojado en el IMR.

En todo caso, también surge de lo dictaminado por expertos que el IMR no contaba con medios para atender cuadros psiquiátricos, habida cuenta de que no era adecuado para tratar una patología dual, y que por eso el alojamiento allí era provisorio, a la espera de la derivación a la "CASA DEL SUR", donde se proyectaba llevar a cabo el tratamiento considerado como apropiado. Frente al cuadro descripto, la diligencia que debía aplicarse para el tratamiento y cuidado del menor debía modularse según las especiales y urgentes necesidades que este revelaba, pese a lo cual nada de ello fue respetado.

En suma, estas consideraciones y la prudente y completa revisión del contexto del caso, autorizan a descartar las invocaciones referentes a la culpa del menor, por lo que se hace forzoso desestimar este aspecto de los agravios.

XI. Que, por lo demás, en punto a lo manifestado respecto de la absolución en la causa penal de la que fueron parte las funcionarias intervinientes en la guarda del menor, debe observarse que dicho factor no resulta exculpatorio de la responsabilidad patrimonial del Estado por los hechos y omisiones en que incurrió la SENNAF, como repartición que opera bajo la órbita del Ministerio de Desarrollo Social de la Nación.

Cabe destacar al respecto, que el concepto de "falta de servicio" traduce un amplio rango de situaciones, que incluyen irregularidades o negligencias de neto corte administrativo, de modo que no requiere la verificación de un delito de los codificados en la legislación penal. Valga poner de resalto, a tal efecto, que dicha noción no importa "...un juicio sobre la conducta de los agentes sino sobre la prestación del servicio y, por ello, la responsabilidad involucrada no es subjetiva, sino objetiva", tal como bien se encargó de explicar nuestro Máximo Tribunal en el precedente "Mosca", de Fallos, 330:563, ya citado (en especial, el Considerando VI del mismo).

De allí que, frente a dicha diversidad de paradigmas, es criterio asentado en la jurisprudencia que la absolución del procesado recaída en juicio criminal no hace, como principio, cosa juzgada en cuanto a la responsabilidad civil por el perjuicio derivado del mismo hecho, puesto que en aquel fuero la cuestión fue examinada a la luz de la tipicidad penal propia de la ley represiva, cfr. Cám. Nac. Civ. y Com. Fed., Sala 2, autos "Colado, Aurelio y otro c/Mrio. del Interior – Policía Federal Argentina s/daños y perjuicios", Causa nº 1.716/97, sent. del 2/12/2004, y sus citas.

En efecto, mientras en un ámbito se juzga la configuración de una conducta que pueda subsumirse en alguno de los tipos definidos legalmente, además de antijurídica y culpable, en el otro se pondera la existencia de anormalidades o apartamientos del normal desenvolvimiento de la función administrativa, en un amplio rango que exorbita el universo de los actos típicos.

De hecho, no hay discrepancias jurisprudenciales en cuanto a que la culpa extrapenal (v.gr., civil o la falta propia del responder estatal) es distinta en grado y naturaleza de la penal. Ante lo cual, el sobreseimiento definitivo recaído en la causa criminal solo descartaría la imputación de que el acusado procedió con culpa capaz de fundar su condenación penal, pero no excluye que llevada la cuestión a los estrados civiles pueda indagarse, merced a la diferencia ontológica apuntada, si ha mediado de su parte una falta que justifique la responsabilidad pecuniaria: cfr. C.S.J.N., Fallos, 315:1324, causa: "Soquet, Carlos Enrique c/Empresa Ferrocarriles Argentinos s/daños y perjuicios"; y, Fallos, 321:1776, causa "Gómez, Javier Horacio c/ Quiroz, Alfredo y Estado Nacional (Policía Federal) s/ juicio de conocimiento"; también: Fallos, 325:1277, causa "Vergnano de Rodríguez, Susana B. c/Buenos Aires, Provincia de y otro s/daños y perjuicios", y asimismo: 326:3096, causa "Viñales, Gabriel Eduardo y otros c/Merlos Sánchez, Héctor y otros", entre otros.

Traspolados estos conceptos al ámbito de la jurisdicción contencioso administrativa a los efectos de discernir un reclamo indemnizatorio, se advierte que la ausencia de condena penal a las directoras de la institución en cuyas instalaciones falleció el menor, carece de incidencia para obstar a que sea conducente y quede configurada la responsabilidad patrimonial basada en una falta de servicio, en tanto –como se adelantó– esta no requiere delito del orden criminal, bastando a tal efecto, la constatación de una anormalidad sobre el servicio regularmente concebido, o una irregularidad por apartamiento de estándares razonables del despliegue de la función administrativa de que se trate.

Así las cosas, las notables deficiencias en la omisión de arbitrar el alojamiento en un centro adecuado, y la desatención del menor que condujo a su muerte, que ya fueran analizadas precedentemente, patentizan de modo más que suficiente la negligencia administrativa que traduce lo que la Corte Suprema de Justicia de la Nación define, desde hace casi 9 décadas, como "falta de servicio".

Por consiguiente, esta línea argumental resulta insuficiente para revertir la solución discernida en el fallo apelado.

XII. Que, esclarecido lo anterior, y más allá de la falta de claridad en el planteo referente a la supuesta responsabilidad que le cupo al Sr. Juez a cargo del JUZGADO FEDERAL EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL N° 1 de Morón, cabe adelantar que dicha manifestación deberá correr la suerte del resto de los planteos articulados por el apelante, cuya improcedencia ha sido exhaustivamente explicada a lo largo del presente voto.

Antes de proseguir, ha de volverse a señalar, desde lo discursivo, la deficiencia del agravio. En efecto, este pasaje del memorial se halla en un párrafo de 14 (catorce) renglones, carente de citas legales o invocaciones propiamente jurídicas. Allí se realizan afirmaciones en 4 (cuatro) acápites, en los que se postula acrítica y escuetamente, que el joven GHM "...se encontraba bajo la custodio o tutela del Señor Juez Castelli de Morón quien tenía a cargo el incidente Tutelar del Menor 2) dicho funcionario fue quien tenía a su cargo el cuidado del menor, y en consecuencia fue quien dispuso de las medidas que consideró más adecuadas a tales fines, o en todo caso fue quien omitió tomar las medidas correspondientes; 3) siguiendo el hilo argumentativo de lo antedicho, mi mandante obedeció las órdenes e instrucciones impuestas por el funcionario mencionado, e inclusive le advirtió al mismo que el Instituto Rocca no era el sitio más adecuado para el joven ¿M.¿".

Como se puede apreciar, media en dichas afirmaciones una mera sucesión de afirmaciones dogmáticas, que delinean ideas carentes de mayor sustento. Inclusive, a partir de allí, siguen tres breves párrafos que insumen una decena de renglones, y concluye el escrito respectivo. En ninguno de ellos se efectúa un análisis de las competencias de las que está investido el órgano jurisdiccional, frente a las que atañen a la Administración pública que, como autoridad de aplicación, y por mandato legal, gestiona las políticas referentes a rehabilitación, protección de personas menores de edad.

Bajo tales condiciones, se torna patente que, tal como ha sido entendido en el Considerando VI.-) del presente, para que un agravio tenga la fuerza necesaria para derribar lo dispuesto en la sentencia de grado debe consistir en una crítica concreta, razonada y autosuficiente del pronunciamiento apelado, que no se sustituye con una mera discrepancia con el criterio del juzgador (art. 265 del CPCCN).

De hecho, valga poner de resalto que el planteo distorsiona los términos en que ha sido trabada la litis, en tanto los actores no dirigieron reproche puntual a la actuación del tribunal, que estuvo adecuada y razonablemente sustentada en los informes de las y los expertos intervinientes, a lo cual cabe agregar que no se aprecian los reproches que, de modo vago e impreciso, esboza la apelante. En todo caso, es claro que la orden razonablemente impartida de buscar una solución institucional y especializada para el menor fue negligentemente ejecutada por la SENNAF, sobre el cual pesaba la responsabilidad de articular los recursos suficientes y adecuados para el tratamiento que necesitaba GHM.

Como fuese, según se ha indicado supra y surge de autos, la autoridad judicial, en tanto ordenó la institucionalización del menor, se fundó en indubitables informes médicos, e instruyó el caso dentro del margen autorizado por su competencia. En todo caso, la instrumentación y puesta en ejecución de lo ordenado judicialmente, que competía de modo exclusivo a la autoridad de aplicación en materia de infancias, resultó defectuosa desde la disposición de los medios, hasta la gestión de la guarda en el sitio donde quedó alojado el menor y la falta de abordaje y tratamiento dispensados, los cuales resultaron inadecuados para alguien que padecía las condiciones que en el plano pericial se coincidió en constatar, y que fueran suficientemente reseñadas supra.

En suma, no exculpa a la institución demandada el recurso de direccionar el reproche contra el tribunal actuante, quien razonablemente ordenó el alojamiento del menor en un ámbito en el cual se diera tratamiento a su problemática.

Por lo demás, si lo que se procura transmitir es la convicción de que la responsabilidad extracontractual de la Administración era susceptible de ser enervada o desplazada por la confesión manifestada ante el Juzgado interviniente, en cuanto a la limitada capacidad de gestión de la SENNAF y de las instituciones que operan bajo su supervisión o contralor, o la falta de habilidad de esta para la articulación de los medios e implementación de políticas que tenía a su cargo, valga señalar que dicha posibilidad no podría tener andamiento. En todo caso, quedará como la exteriorización por la que se admitieron las propias negligencias en saber y poder organizar una gestión que no sea abandónica, con la consecuente abdicación de la misión de cuidar de la infancia y juventud en riesgo y vulnerabilidad. Más allá de que ello importa una colisión con lo que surge del bloque de normatividad imperante, el cual ha sido profusamente recordado y transcripto, ningún efecto podría tener para exculpar a la recurrente. En suma, dicho bloque de normatividad, de base constitucional y convencional, resulta imperativo y de orden público, por lo que no es susceptible de ser abrogado por la sinecura administrativa, ni la inacción de la autoridad de aplicación.

En función de todo lo expuesto, lo planteado en este pasaje del memorial tampoco merece prosperar.

XIII. Que, en definitiva, recapitulando lo señalado y desarrollado hasta aquí, y tal como ha quedado determinado en virtud de lo expresado en los Considerandos VII.- a XII.- del presente decisorio, en el sub examine, medió una irregularidad o incumplimiento de deberes de autoridades administrativas, que determinaron la falta de servicio de la recurrente y comprometen la responsabilidad estatal que en autos se ventila.

Con lo que, en suma, se concluye que la apelación deviene improcedente y, por ello, cabe confirmar la sentencia recurrida; por lo que, de compartirse mi voto, así he de propiciar que se resuelva.

XIV. Que, en este punto del derrotero de razonamientos, se estima que procede efectuar un especial señalamiento.

En efecto, en forma adicional a lo hasta aquí desarrollado, cabe tener presente que la Sala IV de esta Cámara de Apelaciones, al pronunciarse en la causa "L., L. A. y otros c/ E.N. - PNA", el día 29 de marzo del año 2012, expresó en un elocuente *obiter dictum*, la necesidad de prevenir la ocurrencia de hechos luctuosos que surgen como resultado de la negligencia del obrar estatal. Dichas expresiones, vertidas en un litigio en el cual se reclamaba una indemnización por daños y perjuicios, en el presente caso deben ser recordadas y renovadas para la situación de la familia compuesta por el Sr. J. H. M. y quien fuera en vida la Sra. A. F. M., padre y madre, respectivamente, del menor GHM, y los hermanos de este.

En dicho pasaje del citado precedente "L., L. A.", la Sala IV por la pluma del Sr. Juez de Cámara Dr. Jorge E. MORÁN, puso sabiamente de relieve que debieron haberse extremado las medidas para evitar llegar al resultado dañino, en tanto los hechos fatales que originaban el reclamo indemnizatorio habrían podido evitarse si se hubieran cumplido los reglamentos vigentes, modificándose las prácticas administrativas en pos de la protección de la vida e integridad psicofísica de las personas. Quedó allí plasmada la plausible indignación y frustración por llegar a la etapa reparatoria, como fracaso de la prevención, investigación y sanción de situaciones deletéreas y que desde el marco convencional han merecido especial y concreta preocupación.

Llegar hasta esta instancia para la familia de GHM, importa transcurrir una ruta crítica que transitó por el impulso de la causa penal, infructuosa, y el presente proceso contencioso administrativo. Las fallas sistémicas detectadas en el desempeño funcional de la autoridad demandada convencerían de replantear el presente caso en un litigio de reforma estructural, en defensa de los demás niños y niñas que puedan estar padeciendo condiciones y flagelos similares. Sin embargo, se estima prudente no coadyuvar a revictimizaciones al sufrido progenitor supérstite, por lo que valga, sí, un llamamiento a redoblar la prevención en cabeza de la Administración, como modo de evitar situaciones del tipo de la verificada en autos.

Se estima plausible, en todo caso, recordar que cada caso en que se determina la configuración de una falta de servicio –en tanto presupuesto habilitante de la responsabilidad extracontractual del Estado–, donde se constate la vulneración de derechos fundamentales a integrantes de grupos estructuralmente desaventajados, debería efectuarse una revisión concienzuda y sincera de los métodos y modalidades de gestión de la política pública fracasada, con miras a mejorarlos y rectificarlos, para evitar la reiteración en el futuro de situaciones que lesionen tales derechos y garantías. Y si bien han transcurrido más de 14 años desde los hechos que dan origen al litigio, no se ha dado cuenta de reformas que dieran por superada la situación disfuncional que presentó la gestión en cuyo contexto falleció el joven hijo de la parte actora.

El rumbo orientador de dicha misión, puede trazarse en el pensamiento expresado por el Juez de la Corte Interamericana Dr. Antônio Augusto Cançado Trindade, en cuanto a que "... un mundo que se descuida de sus niños, que destruye el encanto de su infancia dentro de ellos, que pone un fin prematuro a su inocencia, y que les somete a toda suerte de privaciones y humillaciones, efectivamente no tiene futuro" (cfr. voto concurrente del JUEZ CANÇADO TRINDADE en la Opinión Consultiva nº 17/2002, citada).

De allí que el responder estatal, entonces, no debería ser concebido como una disquisición teórica con consecuencias meramente presupuestarias –anecdóticas para un Fisco que, en el plano teórico, se supone siempre solvente según el adagio usual–, o la fase final de un proceso de reivindicación individual de derechos. Antes bien, esta responsabilidad debe pensarse como una institución pedagógica y de proyección global, una forma en que la Administración inicie un proceso de aprendizaje de sus yerros, que la conduzca a la adopción de ajustes sistémicos correctivos con miras al perfeccionamiento general de su operatoria, por los que se prevengan daños y se rectifique el rumbo desviado o anormal de la función administrativa, o bien que detecten y colmen el vacío dejado por el eventual abandono de misiones esenciales del Estado.

Si ello no fungiera como garantía para evitar la repetición de actos vulneratorios de derechos, al menos sí serviría para suscitar la legítima expectativa de la sinceridad del compromiso estatal en pos de que aquellos no se reiteren.

XV. Que, finalmente, respecto de las costas de esta instancia, cabe precisar que, toda vez que no existen

motivos que ameriten apartarse del principio general de la derrota, corresponde que estas sean soportadas por la demandada vencida (cfr. arts., primer párrafo 68, del CPCCN).

Las consideraciones vertidas me llevan a propiciar al Acuerdo: 1º) desestimar la apelación y, en consecuencia, confirmar la sentencia de grado que hizo lugar a la demanda, en cuanto ha sido materia de recurso; 2º) tener especialmente en cuenta lo señalado en el Considerando XIV; y, 3º) imponer las costas a la demandada vencida (cfr. art. 68, primer párrafo, del CPCCN). ASÍ VOTO.

Los doctores *López Castiñeira* y *Márquez* adhieren al voto que antecede.

En virtud del resultado que instruye el acuerdo que antecede, el Tribunal *resuelve:* 1º) desestimar la apelación y, en consecuencia, confirmar la sentencia de grado que hizo lugar a la demanda, en cuanto ha sido materia de recurso; 2º) tener especialmente en cuenta lo señalado en el Considerando XIV; y, 3º) imponer las costas a la demandada vencida (cfr. art. 68, primer párrafo, del CPCCN). Regístrese, notifíquese y, oportunamente, devuélvase. *— José L. López Castiñeira. — Luis M. Márquez. — María C. Caputi.*

La responsabilidad del Estado por omisión en el caso de una muerte evitable en un instituto de menores

Yenifer Lozano Loayza (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Los hechos del caso, su encuadre legal y los fundamentos de la decisión judicial.— III. A modo de cierre.

I. Introducción

En esta ocasión se abordará un caso jurisprudencial por demás interesante que versa sobre la Responsabilidad por inactividad de la administración en un instituto de menores, en el que se produjo la muerte de una persona menor de edad allí alojado y cuya responsabilidad le fue atribuida a la Administración pública.

Se trata de la sentencia dictada por la Sala II de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal en los autos "M. J. H. y otros c. EN - M° Desarrollo Social - SENNAF s/ daños y perjuicios" del 24 de septiembre de 2021.

(*) Abogada UNLP, integrante de la Cátedra I de Derecho Administrativo II de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la referida universidad.

II. Los hechos del caso, su encuadre legal y los fundamentos de la decisión judicial

Los hechos más relevantes del caso se dan con base en que el joven padecía una severa adicción a las drogas, como así también trastornos psiquiátricos, por lo cual sus padres, que temían por su vida, habían solicitado apoyo estatal para ayudarlo a salir de esas dificultades. Es así como el menor se encontraba bajo la tutela de un juez, quien dispuso su internación en el Instituto Manuel Rocca (IMR). Días más tarde de su cuerpo fue hallado con pruebas de haber sido víctima de agresiones sexuales y colgado en la puerta de su celda, lo que conllevó a sus progenitores al inicio de una demanda contra el Estado para exigir el pago de una indemnización de daños y perjuicios que comprendie-

ran los rubros de valor vida, daño moral, daño y tratamiento psicológico **(1)**.

Para ser consecuentes con el texto normativo, esto es, la ley 26.944/2014 que refiere a la responsabilidad estatal, vamos a tratar los requisitos para este tipo de responsabilidad en el orden allí descripto. Es así como trataremos de ir desmenuzando en apretada síntesis el art. 3° de la citada ley, en relación con los hechos que se desprenden del caso, donde se mencionan los diferentes requisitos **(2)** en sus diversos incisos:

II.1. Daño cierto debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero

En este inciso se hace mención de la característica de "cierto", entonces este primer óbice señala que el daño que está sufriendo el particular sea concreto, y cuanto refiere a la cualidad de mensurable, la jurisprudencia ha entendido que se debe tratar de una cuestión medible, es decir que se pueda cuantificar en dinero, además se entiende que se excluyen los daños eventuales ya que la indemnización no puede significar un enriquecimiento sin causa. De los acontecimientos de este caso se desprende que el juez de primera instancia había dado lugar a la indemnización, de hecho, la indemnización comprendió varios rubros **(3)**.

II.2. Imputabilidad material de la actividad o inactividad a un órgano estatal

De los hechos se desprende que la conducta que le provocó el daño a la víctima provenía del órgano estatal "cumpliendo" sus funciones, como veremos más adelante en realidad se incumplió dichos deberes y asimismo el actuar de especial cuidado y seguridad por parte de la administración a una persona que estaba padeciendo estas problemáticas **(4)**.

II.3. Relación de causalidad adecuada entre la actividad o inactividad del órgano y el daño cuya reparación se persigue

En este inciso se hace referencia al vínculo o conexión de causalidad que debe coincidir entre el daño y la inacción del estado. Posicionados ya en este caso, la accionada (el estado nacional) en su defensa, argumentó que, como el menor había atentado contra su vida, se había roto el nexo causal, que como hemos descripto, es otro de los elementos de vital importancia para configurar la responsabilidad que estamos tratando, trasladando así toda la carga causal a la víctima (en este caso el menor) y deslindándose de responsabilidad, con gran criterio la jueza Caputi mencionó doctrina de su sala en otro antecedente en donde se dijo "...que cuando en el recurso se vuelca un discurso subjetivo, terminan quedando incólumes argumentos decisivos en los que hace pie la sentencia apelada...", en otras palabras, que la defensa no dio razones argumentativas fuertes y convincentes ajustadas a derecho, sino que solo se limitó a señalar de manera subjetiva su descontento con la decisión del juez de primera instancia **(5)**.

II.4. Falta de servicio consistente en una actuación u omisión irregular de parte del Estado; la omisión solo genera responsabilidad cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado.

Es este uno de los requisitos que más se trata en el fallo, se entiende, como la doctrina y jurisprudencia han referido, qué para que haya falta de servicio es necesario que exista un actuar o no por parte del estado, pero esta debe ser incumpliendo una normativa explícita en donde se menciona que dicho comportamiento estatal no se debe de llevar a cabo, en otras palabras, no se trata de cualquier omisión si no de una en

(1) CAPUTI, María Claudia - FIOL, Gerardo, "Enseñanzas sobre la responsabilidad del estado por daños causados por su omisión, en materia de violencia de género", Revista Temas de Derecho Administrativo, Erreius, 2019, ps. 885 a 913.

(2) Un interesante análisis puede verse en Rosatti, Horacio Daniel, ley 26.944 de Responsabilidad del Estado Análisis crítico y exegético, Rubinzal Culzoni, 2014.

(3) Página web: Fragmentos de derecho administrativo. Apartado Clases. Responsabilidad del Estado. Primera parte. V. https://fragmentosdederechoadministrativo.wordpress.com/.

(4) PERRINO, Pablo Esteban, "La responsabilidad del Estado por la omisión del ejercicio de sus funciones de vigilancia", LA LEY, 2011-E, 715.

(5) SAMMARTINO, Patricio Marcelo, "Responsabilidad del estado: Características generales del sistema legal vigente" AAVV, El control de la Actividad Estatal II, Asociación de Docentes de Buenos Aires, 2016, Pág. 538.

donde se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado como refiere el antecedente "Mosca" (en este precedente la Corte Suprema de la Provincia de Buenos Aires desestimó el reclamo del afectado, afirmando que la policía había actuado según los estándares de previsibilidad en espectáculos de esa naturaleza, lo cual no generaba responsabilidad alguna a esa fuerza de seguridad y por consiguiente al estado provincial) **(6)**.

Respecto a este punto, en el fallo se menciona claramente que se tuvo por comprobada una anormalidad en la prestación regular del servicio y se empieza a analizar varias cuestiones, entre ellas, cuales debieron haber sido las condiciones adecuadas por parte del estado, para dar cumplimiento correctamente a la función administrativa exigida en este caso. Es así que entre las diferentes cuestiones que se examinaron fue la mención del antiguo art. 1112 del Código de Vélez (que además era la legislación positiva que regía al momento de los hechos) en donde, como ya sabemos constituía un régimen de responsabilidad "por 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", por esa razón el actuar de los funcionarios estatales es igual al actuar del estado. Algunos años después, tras un largo recorrido jurisprudencial la Corte Suprema de Justicia de la Nación **(7)** en el fallo "Vadell" **(8)** del año 1984 receptó definitivamente el concepto de la responsabilidad objetiva, adoptando la llamada "teoría del órgano", de tal manera que posteriormente fue incorporado en la ley nacional 26.944 de Responsabilidad Estatal.

En definitiva, este caso de la Cámara Contencioso Administrativo Federal trata, en el extenso voto de la jueza Claudia Caputi, de ilustrarnos en estas temáticas de vital importancia en el derecho administrativo actual. Es así como la Sala II de la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal, con voto de la jueza nombrada al que adhirieron sus colegas Luis María Márquez y José Luis López Castiñeira, confirmó una condena contra el Estado Nacional en un caso de responsabilidad extracontractual por falta de servicio por la muerte de un adolescente alojado en un Instituto de Menores.

En primera instancia se admitió a la demanda de la familia. Se dijo allí que existió por el lado de la Administración pública un incumplimiento en el deber de asistencia y cuidado. Asimismo, añadió que el deber de cuidado se encontraba en cabeza de la SENAF (Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia). Y por tal motivo se ordenó el resarcimiento correspondiente.

El magistrado basó su sentencia en la ley 22.278 del Régimen Penal de la Minoridad, invocada por la demandada y vigente a la época de los hechos, particularmente se refirió a los arts. 1°, 3° y 3° bis. Asimismo, reseñó lo dispuesto por la ley 26.061 de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes (arts. 1°, 2°, 3°, 5°, 8°, 9°, 14, 32, 43 y 44) como así también en la declaración universal de derechos humanos, pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales, convención sobre los derechos del niño y jurisprudencia *ad hoc* **(9)**.

Del mismo modo, el juez de primera instancia indicó que no se comprende la lógica de la demandada, quien, por un lado, había expuesto que, dado que el niño representaba un riesgo para sí mismo, se había decidido alojarlo en una celda individual —sin objetos que significaran peligro— y, por otro lado, había manifestado la inexistencia de evidencias de ideas suicidas por parte del menor. En virtud de dichas consideraciones, el magistrado encontró configurada la responsabilidad del Estado Nacional dado que este "...debía resguardar al menor ante una situación de extrema vulnerabilidad, por cuanto había sido desprendido del seno familiar, y puesto a disposición del Juez tutelar, siendo alojado en el IMR, dependiente de la demandada —SENNAF— para, justamente, recibir la atención, la contención y el tratamiento adecuados".

La decisión reconoció entre otros rubros, el valor vida a los padres del joven fallecido a causa de

(6) CSJN, "Mosca", Fallos 330:563.

(7) LÓPEZ, José Ignacio, "Las chispas desprendidas de un brasero deficiente". Una breve historia de la responsabilidad extracontractual del Estado. Derechos en Acción, 2018, Disponible en línea.

(8) Fallos 306:2030.

(9) Ley 22.278 del Régimen Penal de la Minoridad.

las deficientes condiciones de especial cuidado y tratamiento por parte de la institución —a cargo del Estado Nacional— donde se encontraba alojado para tratar la adicción que padecía.

Este caso que llegó a la Sala II de la Cámara Contencioso Administrativo Federal, el día 24 de septiembre de 2021 por la apelación del Estado Nacional en la que cuestionó, entre otros asuntos, que la tutela respecto al menor se encontraba en cabeza del magistrado que ordenó su internación, pese a que se le manifestó que ese lugar no era el adecuado para tal tratamiento y, además, planteó que en la causa penal por la muerte del niño se eximió de responsabilidad a los funcionarios actuantes. En suma, por falta de imputabilidad o por falta de los presupuestos que configuran la responsabilidad, señaló que no correspondía condenar al Estado Nacional.

Fundó su criterio —la defensa estatal— al señalar que no puede concluirse la existencia de responsabilidad extracontractual que se le adjudica, dado que ello implicaría forzar la "lógica cadencia de los hechos" puesto que, según se desprende de las actuaciones en sede penal, el menor había atentado contra su propia vida.

La jueza Caputi, en un desarrollado voto al que adhirieron sus colegas, descartó los argumentos del recurso de apelación. Para resolver en tal sentido, recordó que la responsabilidad estatal conlleva el concepto de la falta de servicio, que en este caso estuvo por demás acreditado, ya que las condiciones que le debía proporcionar el Estado al adolescente para su recuperación no fueron provistas. Además, todas las circunstancias que rodeaban la muerte del menor agravaban la responsabilidad objetiva que le cabe al Estado Nacional (ya que en dicha institución solo accedía el personal que desarrollaban las tareas diarias) como así también el sometimiento sexual de una o varias personas hacia la persona del menor fallecido.

También en el fallo se trata de aclarar el vínculo jurídico que existía entre la administración y el adolescente institucionalizado, que fue el perjudicado. Es así como del mismo caso se desprende que dicha relación no era general ni común, sino que por el contrario tenían una vinculación especial ya que el menor estaba bajo la guarda del SENNAF, que además estaba gestionando su estadía fuera del seno familiar y que asimismo tenía como deber innegable el cuidado y el tratamiento del adolescente.

El tribunal, de tal modo, dispuso rechazar el recurso de apelación y confirmar la condena contra el Estado nacional a indemnizar a la familia del niño fallecido a consecuencia de la falta de servicio en la que incurrió.

A su vez, los jueces hicieron una especial exhortación en el considerando XIV de la sentencia donde indicaron que para evitar futuros casos trágicos como el de esta causa, en donde se compruebe la vulneración de derechos fundamentales de grupos estructuralmente desaventajados, la Administración debería de rever sus gestiones de políticas públicas. Además, agregaron que este caso se resuelve 14 años después de la muerte del adolescente y, que pasado este tiempo no se han visto cambios significativos en las políticas de gestión tendientes a resolver problemáticas de estas características. En ese sentido, los magistrados instaron a la Administración estatal a revisar su estructura funcional y resguardar con especial atención la integridad de los niños, niñas y adolescentes. Tal como también lo menciona la Convención de los Derechos del Niño, que tiene jerarquía constitucional en nuestro país a partir del año 1994.

III. A modo de cierre

De esta manera hemos tratado de abarcar todos los puntos jurídicos del fallo que hacen a nuestro interés jurídico, para entender en la práctica como se aplican cada uno de los requisitos de este tipo de responsabilidad estatal extracontractual por falta de servicio.

La jueza Claudia Caputi concluyó con cita del jurista brasilero Antônio Cançado Trindade: "un mundo que descuida a sus niños, que destruye el encanto de su infancia dentro de ellos, que pone un fin prematuro a su inocencia, y que les somete a toda suerte de privaciones y humillaciones, pues efectivamente no tiene futuro".

LÍMITE DE LA JURISDICCIÓN APELADA

Sentencia que resuelve *extra petita* sobre la constitucionalidad de un decreto. Sanciones administrativas. Procesos disciplinarios. Posibilidad de contar con un defensor. Admisibilidad del recurso extraordinario. Disidencia. Tutela administrativa efectiva. Aplicación de la garantía del proceso penal al proceso sancionatorio administrativo.

Con nota de Leandro Salgan Ruiz

1. — Toda vez que el planteo de inconstitucionalidad del art. 48 del Anexo IV del dec. 1088/2003 no formaba parte del reclamo de los actores, los jueces al declarar la inconstitucionalidad de la norma fallaron *extra petita* y modificaron los términos del litigio al fundar su sentencia en un tema que no constituía un punto de controversia, lesionando la garantía de defensa en juicio, por lo cual la decisión apelada no constituye una derivación razonada del derecho vigente.

2. — El auto de concesión del remedio federal carece de la precisión necesaria en la medida en que las críticas concernientes a la arbitrariedad de la sentencia definitiva —dictada por el tribunal superior de la causa— no fueron objeto de examen en sus considerandos ni de una desestimación expresa en su parte dispositiva; esa falta de precisión, en todo caso imputable al tribunal apelado, no obsta a que la Corte aborde los agravios fundados en la arbitrariedad con la amplitud que exige la garantía de la defensa en juicio aunque no se haya interpuesto recurso de queja por arbitrariedad (del voto de la Dra. Highton de Nolasco).

3. — Si en el recurso extraordinario se aduce la distinta interpretación de una norma federal y el vicio de sentencia arbitraria, este último planteo debe ser considerado en primer término puesto que, de existir la arbitrariedad alegada, no habría sentencia propiamente dicha (del voto de la Dra. Highton de Nolasco).

4. — Obviar la ausencia del recurso de queja contra el rechazo de la arbitrariedad por parte de la cámara y considerar este aspecto indisolublemente ligado a la cuestión federal de fondo, y al mismo tiempo exigir a los actores el mayor de los rigores formales al plantear la inconstitucionalidad de una norma implica dar prevalencia a un recaudo formal sobre otro (del voto en disidencia del Dr. Rosatti).

5. — No es óbice para la procedencia formal del recurso extraordinario, el modo en que se introducen y mantienen las cuestiones federales desde que el conocimiento de las mismas por la Corte no requiere de fórmulas sacramentales, bien se advierta que el adecuado servicio de justicia exigido por el art. 18, CN, solo se privilegia con el primado de la verdad jurídica objetiva tanto sobre el tradicionalismo jurídico como por encima de los pruritos y ritualismos formales que encubren la sustancia que define a la justicia en el estado social contemporáneo (del voto en disidencia del Dr. Rosatti).

6. — No se advierte en la decisión de la cámara un desvío ostensible de la competencia apelada al declarar la inconstitucionalidad del art. 48 del anexo IV del dec. 1088/2003, pues el punto no se resuelve por la presencia o ausencia de la tacha de inconstitucionalidad, sino más precisamente por la aptitud, suficiencia o idoneidad del planteo esbozado con cierta laxitud en primera instancia, y con mucha más precisión en la expresión de agravios ante la cámara, ante quien cuestionó la total indefensión de los acusados derivada de la instrucción de un sumario administrativo nombrando como abogados defensores a los agentes designados por el propio organismo que en nada asistieron a los sumariados (del voto en disidencia del Dr. Rosatti).

7. — El carácter de infracción (en cualquiera de todas sus variantes) y no de delito no obsta a la aplicación de las garantías constitucionales básicas del derecho penal que emergen del art. 18 de la Constitución Nacional a las sanciones aplicadas por diversas autoridades administrativas (del voto en disidencia del Dr. Rosatti).

8. — Las garantías constitucionales del debido proceso y la defensa en juicio son de inexcusable observancia en todo tipo de actuaciones, inclusive en los procedimientos administrativos de naturaleza disciplinaria (disidencia del Dr. Rosatti).

9. — La declaración de inconstitucionalidad art. 48 del anexo IV del dec. 1088/2003 debe ser confirmada, pues la Policía de Seguridad Aeroportuaria no ha justificado —siquiera mínimamente— la validez y aplicación de un régimen previsto para organismos de inteligencia que restringe notoriamente a sus agentes la libertad de elección de sus defensores de confianza ante imputaciones disciplinarias, en tanto la presencia de una relación de sujeción especial, el eventual sometimiento al estado

policial previsto en el art. 42 de la ley 26.102, el principio de jerarquía, y el eficaz accionar de esa fuerza no son razones suficientes para impedir a sus integrantes civiles o policiales la designación de un defensor que pueda actuar sin condicionamientos ni se encuentre sometido al mismo orden disciplinario (del voto en disidencia del Dr. Rosatti).

10. — La tutela administrativa efectiva no debe ser vista como un obstáculo a la ejemplaridad de las conductas que se exige a los integrantes de una fuerza de seguridad, ni tampoco a la disciplina que informa y prima en su ordenamiento interno, sino, por el contrario, se trata de un principio que eleva el apego de la institución a la Constitución y, con ello, procura a una mejor y mayor protección de la seguridad interior de la Nación (Disidencia del juez Rosatti).

CS, 28/10/2021. - Raco, Marco Nicolás y otro c. EN - M Seguridad –PSA- resol. 513/09 (expte. S02 441/07) s/ Personal Militar y Civil de las FFAA y de Seg.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/170176/2021]

COSTAS

En el orden causado atento a la naturaleza de las cuestiones debatidas.

CAF 010727/2011/CS001

Buenos Aires, 28 de octubre de 2021

Considerando:

1°) Que la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, por mayoría, hizo lugar al recurso de apelación interpuesto por los actores, revocó la decisión apelada y declaró nula la resolución 513/2009 del Ministerio de Seguridad, Justicia y Derechos Humanos, que los había declarado cesantes, con base en la inconstitucionalidad del art. 48, del anexo IV, del decreto 1088/2003.

Para decidir en tal sentido el tribunal a quo sostuvo que el mencionado artículo, en la medida en que impedía elegir un abogado defensor que no perteneciera a la Policía de Seguridad Aeroportuaria, afectaba el derecho de defensa y debía declararse inconstitucional.

2°) Que contra este pronunciamiento, la demandada interpuso el recurso extraordinario que fue concedido por haber interpretado normas de carácter federal en sentido adverso al postulado por el recurrente y, denegado por las causales de arbitrariedad y gravedad institucional.

3°) Que atento a los términos en que se ha cuestionado la declaración de inconstitucionalidad del art. 48 del anexo IV del decreto 1088/2003, y para dar debido resguardo del derecho de la parte, de acuerdo con la garantía de la defensa en juicio, el Tribunal considera concedido sin limitaciones el recurso extraordinario, aun no habiéndose interpuesto recurso de queja por arbitrariedad (confr. arg. de Fallos: 305:1304 y sus citas).

4°) Que, con arreglo a la jurisprudencia de esta Corte, las críticas de la recurrente vinculadas con la afectación del principio de congruencia suscitan cuestión federal para su consideración en la vía intentada, pues si bien es cierto que -en principio- la determinación de las cuestiones comprendidas en la litis es materia ajena a este ámbito excepcional, ello no constituye óbice para la apertura del recurso cuando, con menoscabo de garantías que cuentan con amparo constitucional, el tribunal ha excedido los límites de su jurisdicción (Fallos: 341:1075).

En efecto, este Tribunal ha resuelto en reiteradas oportunidades que la jurisdicción de las cámaras está limitada por los términos en que quedó trabada la relación procesal y el alcance de los recursos concedidos, que determinan el ámbito de su facultad decisoria, y que la prescindencia de tal limitación infringe el principio de congruencia que se sustenta en los arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional (Fallos: 301:925; 304:355; 338:552, entre muchos otros).

5°) Que, en el caso, los actores solicitaron que se declarara la nulidad de la resolución en la que se dispuso su cesantía con fundamento en el incumplimiento de los requisitos esenciales de todo acto administrativo, conforme a lo que determina la ley 19.549 de procedimientos administrativos y en la conculcación del derecho a trabajar, del derecho a la igualdad, del derecho de propiedad y del derecho de defensa. Asimismo, en la demanda plantearon la inconstitucionalidad "...de toda norma o resolución de cualquier tipo que sea que permita este tipo de procedimientos, por considerar que tales normas resultan violatorias del derecho de defensa art. 18 de la C.N., al condenar sin ser oído, a cuyo efecto dejo desde ya planteado el caso federal a fin de ocurrir en su oportunidad ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación por violación de tal norma constitucional" (confr. fs. 6/7).

6°) Que, el juez de primera instancia rechazó la demanda por considerar que la decisión sancionatoria no aparecía como ilegítima ni arbitraria sino ajustada a derecho. El magistrado también desestimó el planteo referente a la presunta violación al derecho a ser

oídos al corroborar que, en las distintas etapas del procedimiento sumarial, los demandantes fueron notificados de los sucesivos pasos e incluso presentaron los pertinentes recursos administrativos. Asimismo, y en lo que se refiere al planteo de inconstitucionalidad efectuado por los actores, señaló que resultaba una invocación genérica limitada a una serie de afirmaciones dogmáticas sin adecuada fundamentación ni demostración efectiva del agravio.

7°) Que en su recurso de apelación ante la cámara los actores no refutaron lo expuesto por el juez de grado respecto de la presunta inconstitucionalidad del procedimiento sumarial. Solo afirmaron que la violación del derecho de defensa se manifestaba en la designación -por la Policía de Seguridad Aeroportuaria- de los abogados defensores de los actores de entre los agentes del mismo organismo "...que en nada asistieron a mis defendidos, dejándolos inermes ante el atropello del que eran víctimas..." ante la supuesta falsedad de las imputaciones.

8°) Que no obstante, la cámara consideró que "los actores plantean la nulidad del acto administrativo con base en la inconstitucionalidad del artículo 48 del Anexo IV del Decreto N° 1088/2003 en cuanto cercenó la posibilidad de elegir un defensor de confianza" y teniendo ello en cuenta declaró la inconstitucionalidad de dicha norma.

9°) Que según se advierte de las constancia de la causa, el planteo de inconstitucionalidad de la norma citada no formaba parte del reclamo de los actores. De modo tal que al resolver de ese modo los jueces fallaron extra petita y modificaron los términos del litigio al fundar su sentencia en un tema que no constituía un punto de controversia, lesionando la garantía de defensa en juicio.

1°) Que, en tales condiciones, la decisión apelada no constituye una derivación razonada del derecho vigente con arreglo a las circunstancias comprobadas del caso, por lo que al afectar en forma directa e inmediata las garantías constitucionales invocadas, corresponde admitir el recurso y dejar sin efecto el fallo (art. 15 de la ley 48).

Por ello, y concordemente con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Con costas en el orden causado atento a la naturaleza de las cuestiones debatidas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por medio de quien corresponda, proceda a dictar un nuevo fallo con arreglo a lo expresado. Notifíquese. — *Juan Carlos Maqueda. — Ricardo L. Lorenzetti. — Elena I. Highton de Nolasco. — Horacio Rosatti.*

Voto de la doctora *Highton de Nolasco*

Considerando:

1°) Que la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, por mayoría, hizo lugar al recurso de apelación interpuesto por los actores, revocó la sentencia de primera instancia y declaró la nulidad de la resolución 513/2009 del Ministerio de Seguridad, Justicia y Derechos Humanos, por medio de la cual se dispuso la cesantía de aquellos luego de un sumario instruido en su contra.

Para decidir de ese modo, sostuvo que el art. 48 del anexo IV del decreto 1088/2003 —reglamento con arreglo al cual tramitó dicho sumario— en la medida en que impedía elegir un abogado defensor que no perteneciera a la Policía de Seguridad Aeroportuaria, afectaba el derecho de defensa y debía declararse inconstitucional.

2°) Que, contra este pronunciamiento, el Estado Nacional interpuso recurso extraordinario en el que, en síntesis, sostiene que la cámara realizó una interpretación antojadiza que no fue fundamentada y mucho menos probada, toda vez que no hubo menoscabo de los principios que informan el procedimiento administrativo ni violación de derechos constitucionales de los actores.

Añade que aquellos se encontraban en una situación de "sujeción especial" y que en "ningún momento del sumario administrativo alegaron que se haya vulnerado derecho alguno, mismo, en ningún momento hicieron uso de lo normado por el Art 48 del Anexo IV del Decreto N° 1088/2003, en relación a que pueden solicitar el cambio del letrado asignado por esta Fuerza de Seguridad".

Expresa que no resulta admisible considerar que la imposibilidad de elegir un abogado ajeno a la Policía de Seguridad Aeroportuaria implique una violación al debido proceso si no se comprueba un real estado de indefensión, circunstancia que no ocurrió en el caso.

Por otra parte, considera que la sentencia es "manifiestamente arbitraria por haber fallado el Tribunal en forma extra petita, excediendo los límites de su actuación, violando el principio de congruencia y poniendo fin a un pleito sin fundamentación lógica y jurídicamente válida, vulnerando el debido proceso y el derecho de defensa en juicio".

3°) Que la cámara concedió el recurso extraordinario en razón de que en su pronunciamiento definitivo interpretó "normas de carácter federal (El Anexo IV del Decreto Nº 1088/2003) en sentido adverso al postulado por el recurrente" (considerando IV del

voto de los jueces que votaron en primer término). Seguidamente expuso que "en cuanto a la arbitrariedad y gravedad institucional atribuidas a la resolución recurrida, SE DENIEGA, el recurso interpuesto en razón de que dichas causales no son, como regla, susceptibles de ser consideradas por este Tribunal". Y finalmente, en la parte dispositiva, resolvió que "SE CONCEDE el recurso extraordinario deducido por la parte demandada [...] conforme lo dispuesto en el Considerando IV".

4°) Que el auto de concesión del remedio federal carece de la precisión necesaria en la medida en que las críticas concernientes a la arbitrariedad de la sentencia definitiva —dictada por el tribunal superior de la causa— no fueron objeto de examen en sus considerandos ni de una desestimación expresa en su parte dispositiva.

Esa falta de precisión, en todo caso imputable al tribunal apelado, no obsta a que esta Corte aborde los agravios fundados en la arbitrariedad con la amplitud que exige la garantía de la defensa en juicio aunque no se haya interpuesto recurso de queja sobre la base de una tradicional doctrina que se mantiene inalterable desde el precedente de Fallos: 301:1194 (ver, asimismo, Fallos: 302:400; 305:1304; 307:458; 312:2066; 318:652; 321:1909; 325:1454; 329:3956; 337:88 y 179; 340:1756; 341:774; 343:1024, voto del juez Rosenkrantz).

Cabe agregar que —según otra conocida doctrina del Tribunal— si en el recurso extraordinario se aduce la distinta interpretación de una norma federal y el vicio de sentencia arbitraria, este último planteo debe ser considerado en primer término puesto que, de existir la arbitrariedad alegada, no habría sentencia propiamente dicha (Fallos: 312:1034; 337:88; 339:1520; 340:411, entre muchos otros).

5°) Que, con arreglo a la jurisprudencia de esta Corte, las críticas del recurrente vinculadas con la afectación del principio de congruencia suscitan cuestión federal para su consideración en la vía intentada, pues si bien es cierto que —en principio— la determinación de las cuestiones comprendidas en la litis es materia ajena a este ámbito excepcional, ello no constituye óbice para la apertura del recurso cuando, con menoscabo de garantías que cuentan con amparo constitucional, el tribunal ha excedido los límites de su jurisdicción (Fallos: 341:1075).

En efecto, esta Corte ha resuelto en reiteradas oportunidades que la jurisdicción de las cámaras está limitada por los términos en que quedó trabada la relación procesal y el alcance de los recursos concedidos, que determinan el ámbito de su facultad decisoria, y que la prescindencia de tal limitación infringe el principio de congruencia que se sustenta en los arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional (Fallos: 301:925; 304:355; 338:552, entre muchos otros).

6°) Que, en su demanda, los actores solicitaron que se declarase la nulidad de la resolución en la que se dispuso sus cesantías con fundamento en que fueron conculcados sus derechos a trabajar, a la igualdad, de propiedad y de defensa. Asimismo, plantearon la inconstitucionalidad "...de toda norma o resolución de cualquier tipo que sea que permita este tipo de procedimientos, por considerar que tales normas resultan violatorias del derecho de defensa art. 18 de la C.N., al condenar sin ser oído" (fs. 6/7).

7°) Que el señor juez de primera instancia rechazó la demanda por considerar que aquella resolución era ajustada a derecho y, concretamente, desestimó la crítica vinculada con la presunta violación al derecho a ser oído al corroborar que, en las distintas etapas del procedimiento sumarial, los demandantes fueron notificados de los sucesivos pasos e incluso presentaron los pertinentes recursos administrativos. Asimismo, y en lo atinente al planteo de inconstitucionalidad efectuado, señaló que resultaba una invocación genérica limitada a una serie de afirmaciones dogmáticas sin adecuada fundamentación ni demostración efectiva de un agravio.

8°) Que, en su recurso de apelación, los actores no refutaron lo expuesto por el juez de grado respecto de la presunta inconstitucionalidad del procedimiento sumarial. Solo afirmaron que la violación del derecho de defensa se manifestaba en la designación -por la Policía de Seguridad Aeroportuaria- de sus abogados defensores de entre los agentes del mismo organismo "...que en nada [los] asistieron [...], dejándolos inermes ante el atropello del que eran víctimas..." ante la supuesta falsedad de las imputaciones.

9°) Que sin embargo, la cámara consideró que "los actores plantean la nulidad del acto administrativo con base en la inconstitucionalidad del artículo 48 del Anexo IV del Decreto N° 1088/2003 en cuanto cercenó la posibilidad de elegir un defensor de confianza" y, en razón de esa última circunstancia, declaró su inconstitucionalidad.

10) Que según se advierte de las constancias de la causa, el planteo de inconstitucionalidad de la norma citada no formaba parte del reclamo de los actores. De modo tal que al resolver de ese modo, los jueces fallaron *extra petita* y modificaron los términos del litigio al fundar su sentencia en un tema que no constituía un punto de controversia, con la consecuente lesión de la garantía de la defensa en juicio.

11) Que, en tales condiciones, la decisión apelada no constituye una derivación razonada del derecho vigente con arreglo a las circunstancias comprobadas del caso, por lo que al afectar en forma directa e inmediata las garantías constitucionales invocadas, corresponde admitir el recurso y dejar sin efecto el fallo (art. 15 de la ley 48).

Por ello, y concordemente con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Con costas en el orden causado atento a la naturaleza de las cuestiones debatidas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por medio de quien corresponda, proceda a dictar un nuevo fallo con arreglo a lo expresado. Notifíquese.

Disidencia del doctor *Rosatti*

Considerando:

1°) Que el día 15 de septiembre de 2009 el Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación aprobó el sumario disciplinario tramitado en contra de los agentes civiles Sebastián Hernán Raco y Marco Nicolás Raco, pertenecientes a la Policía de Seguridad Aeroportuaria (PSA) y, en consecuencia, declaró su cesantía por haber adulterado certificados médicos para justificar inasistencias a sus puestos de trabajo (conductas tipificadas como faltas graves por los incisos 25 y 26 del art. 100 del anexo I del decreto 1088/2003; cfr. resolución 513 de ese ministerio, a fs. 269/273 del expediente administrativo S02:0000441/2007).

El acto de expulsión fue confirmado, con relación a cada uno de los agentes, los días 19 de noviembre de 2010 y 30 de septiembre de 2011, por medio de la disposición 1080/2011 del Director Nacional de la Policía de Seguridad Aeroportuaria y la Resolución 3227/2010 del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos (cfr. fs 58 del expediente administrativo S02:005960/09 y 65 del expediente S02:0005855/2009).

2°) Que en el año 2011 los sancionados iniciaron demanda planteando la nulidad de la cesantía dispuesta y, en lo que aquí interesa, alegaron que "han sido condenados sin ser oídos, en flagrante violación del derecho constitucional de defensa, art. 18 de la C.N., ya que se los notifica de la resolución, sin siquiera haberles permitido el ejercicio legítimo del derecho de defensa", por lo cual tacharon de inconstitucional "toda norma o resolución de cualquier tipo que sea que permita este tipo de procedimientos, por considerar que tales normas resultan violatorias del derecho de defensa art. 18 de la C.N., al condenar sin ser oído" (fs. 6 y 7 del expediente principal, al cual se hace referencia a continuación).

La demanda fue rechazada por el juez federal de primera instancia y, al expresar agravios, los afectados reiteraron su planteo de inconstitucionalidad, precisando que "hubo una total indefensión en el expediente administrativo, a punto tal que el organismo mediante resolución 0842/07 del 25.4.07, ordenó la instrucción de un sumario administrativo a mis asistidos, nombrándole como abogados defensores a agentes del PSA (sic), los abogados Jose Correa [...] y Víctor Barboza, [...] designados por el propio organismo en el sumario administrativo, que en nada asistieron a mis defendidos" (fs. 276/277).

3°) Que en 2017 la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal resolvió, con remisión a lo dictaminado por el señor Fiscal General, declarar la nulidad de la cesantía ordenada por la Policía de Seguridad Aeroportuaria y la inconstitucionalidad del art. 48 del anexo IV del decreto 1088/2003, norma que obliga a los acusados en sumario disciplinario a designar como abogados defensores a profesionales que presten servicios en la propia fuerza de seguridad. Por lo tanto, ordenó la devolución de las actuaciones a sede administrativa a fin de que se cumpla con el debido proceso consagrado por el art. 18 de la Constitución Nacional.

4°) Que contra esa sentencia, la Policía de Seguridad Aeroportuaria interpuso recurso extraordinario federal (fs. 315/333), concedido únicamente por cuestión federal con relación a la validez del art. 48 del anexo IV del decreto 1088/2003, y denegado por las causales de arbitrariedad y gravedad institucional invocadas (fs. 347/348). Contra esa denegatoria parcial, no se ha interpuesto recurso de queja.

Con relación a la cuestión federal, sostiene, en primer término, que el planteo de inconstitucionalidad llevado a cabo por los agentes es inadmisible por su generalidad y que todos los principios tutelados en el debido proceso fueron respetados en el sumario disciplinario.

En segundo orden, señala que en las Fuerzas de Seguridad, al igual que en las Fuerzas Armadas, existe una relación de "especial sujeción" que se condice con las particularidades del servicio y que implica la obligatoriedad para los subordinados de acatar las disposiciones emanadas del Superior en cuanto las mismas no contradigan el orden jurídico. Invoca, en ese orden, la doctrina del acatamiento voluntario al régimen jurídico y señala que los coactores se sometieron libremente al régimen disciplinario impugnado.

En tercer lugar, apunta que los sancionados fueron defendidos por profesionales del derecho, y que los actores presentaron recursos contra la resolución de cesantía. Y en esa línea, manifiesta que no puede considerarse a la imposibilidad de elegir un abogado ajeno a la Policía de Seguridad Aeroportuaria como "una violación al debido proceso si no se comprueba un real estado de indefensión, circunstancia que no ocurrió, máxime teniendo la finalidad de designar otro abogado" (fs. 324). Y agrega que "hacer lugar al planteo de los accionantes, abriría una punta, ante lo cual cualquier sumariado podría excusarse en una defensa jurídica diferente para tachar de nulo a un sumario condenatorio" (fs. 325).

A su vez, con respecto a la arbitrariedad, sostiene que la cámara ha fallado fuera de los agravios planteados por los actores violando el principio de congruencia. Señala que en ninguna instancia se solicitó o discutió la inconstitucionalidad del art. 48 del anexo IV del decreto 1088/2003, ni fue motivo de agravio el rechazo del planteo genérico efectuado por el actor en primera instancia. Expresa que "al momento de apelar el rechazo de la demanda, la parte actora se agravió de diversas cuestiones pero en ningún momento del rechazo de la inconstitucionalidad" (fs. 328 vta.).

5°) Que en cuanto a los agravios vinculados a la arbitrariedad de la sentencia de la cámara por haberse excedido en su competencia apelada, cabe recordar que si el auto de concesión circunscribió la admisibilidad de la apelación a la cuestión federal y el recurrente no interpuso queja con relación a la arbitrariedad, no cabe tratar ese planteo (Fallos: 340:1542, entre muchos otros). Tal es lo que sucede en el caso, ya que el recurso extraordinario interpuesto por el Estado Nacional solo fue concedido con relación a la cuestión federal.

Obviar en el caso la ausencia del recurso de queja contra el rechazo de la arbitrariedad por parte de la cámara y considerar este aspecto indisolublemente ligado a la cuestión federal de fondo, y al mismo tiempo exigir a los actores -como pretende la Policía de Seguridad Aeroportuaria- el mayor de los rigores formales al plantear la inconstitucionalidad de una norma implica dar prevalencia a un recaudo formal sobre otro.

Y así, cabe preguntarse: ¿cuál es la forma que debe primar en el caso?, ¿la que exige la interposición de la queja ante el rechazo parcial del recurso extraordinario o la que requiere a quien plantea la inconstitucionalidad un alegato fundado?

Ciertamente, ninguna de ellas, pues, tal como esta Corte ha dicho tiempo atrás, no "es óbice para la procedencia formal del recurso, el modo en que se introducen y mantienen las cuestiones federales desde que el conocimiento de las mismas por este Tribunal no requiere de fórmulas sacramentales, bien se advierta que el adecuado servicio de justicia exigido por el art. 18 de la Constitución Nacional, solo se privilegia con el primado de la verdad jurídica objetiva tanto sobre el tradicionalismo jurídico como por encima de los pruritos y ritualismos formales que encubren la sustancia que define a la justicia en el estado social contemporáneo" (Fallos: 292:296).

En ese orden, cabe señalar que el punto no se resuelve por la presencia o ausencia de la tacha de inconstitucionalidad, sino más precisamente por la aptitud, suficiencia o idoneidad del planteo esbozado con cierta laxitud en primera instancia, y con mucha más precisión en la expresión de agravios ante la cámara, ante quien cuestionó la total indefensión de los acusados derivada de la instrucción de un sumario administrativo nombrando como abogados defensores a los agentes "designados por el propio organismo que en nada asistieron" a los sumariados (fs. 277, previamente citada).

Dados los términos de los agravios, entonces, y aún sin recurrir a la declaración de inconstitucionalidad de oficio conforme a los parámetros que la rigen ("B.J.M.", Fallos: 343:345, voto del juez Rosatti), no se advierte en la decisión de la cámara un desvío ostensible de la competencia apelada al declarar la inconstitucionalidad del art. 48 del anexo IV del Decreto 1088/2003 y por lo tanto cabe descartar la arbitrariedad invocada.

6°) Que, en cambio el recurso extraordinario es formalmente procedente por cuestión federal, toda vez que la sentencia definitiva del superior tribunal de la causa ha puesto en tela de juicio la validez de una norma federal -art. 48 del anexo IV del decreto 1088/2003- por confrontar con el art. 18 de la Constitución Nacional, y la decisión ha sido contraria al derecho que la apelante fundó en ellas (art. 14, inc. 1°, ley 48).

7°) Que el decreto 1088/2003 que aprueba el Estatuto del Personal de la Secretaría de Inteligencia y del Personal Civil de Inteligencia de los Organismos de Inteligencia de las Fuerzas Armadas y de Seguridad, aplicado en el caso al sumario instruido por la Policía de Seguridad Aeroportuaria (cfr. fs. 1 y 20 del trámite sumarial), contiene en su anexo IV el Reglamento de Investigaciones Administrativas que rige las sanciones disciplinarias de sus agentes. Concretamente, el artículo 48 -cuya constitucionalidad se cuestiona- en lo que aquí interesa, dispone que "[l]a designación de defensores, voluntarios o de oficio, solo podrá recaer en abogados que presten servicios en el Organismo al

que pertenece el inculpado, con exclusión de los profesionales integrantes de las áreas de Asuntos Jurídicos y Sumarios Administrativos".

8°) Que la Constitución Nacional, en su art. 18, declara que es inviolable la defensa en juicio de la persona y sus derechos, y ciertamente, el derecho a elegir libremente un defensor ante una imputación penal resulta determinante para tornar eficaz ese principio. La Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su art. 8, inc. 2, ap. "d" declara que toda persona inculpada de delito tiene derecho a "defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor". Y en el mismo sentido, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el art. 14, inc. 3, ap. b establece que durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a "disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección".

9°) Que esta Corte, aplicó esos preceptos al declarar la inconstitucionalidad del juzgamiento de militares en tiempo de paz por tribunales castrenses, y sostuvo en esa oportunidad -en el marco del derecho penal militar- que la imposibilidad de elegir un defensor de confianza deriva en el escándalo de que el militar argentino en tiempo de paz tiene menos garantías que el prisionero enemigo en tiempo de guerra: el primero no goza del derecho a defensor letrado de confianza que tiene el prisionero enemigo. Se trata de una extrema violación del derecho de defensa en juicio, pues el propio defensor de limitada elección "se halla sometido al derecho disciplinario, con lo cual tampoco es independiente y el ejercicio de su ministerio debe llevarlo a cabo con las limitaciones de quien se halla coaccionado por la amenaza de sanciones, tal como sucedía con el extremadamente restringido ejercicio de la defensa en los tribunales inquisitoriales" (Fallos: 330:399, considerando 10).

10) Que esta Corte ha sostenido invariablemente que el carácter de infracción (en cualquiera de todas sus variantes) y no de delito no obsta a la aplicación de las garantías constitucionales básicas del derecho penal que emergen del art. 18 de la Constitución Nacional a las sanciones aplicadas por diversas autoridades administrativas. Si bien el derecho administrativo sancionatorio -en el caso, más específicamente disciplinario- puede manejarse por sus características definitorias con cierta relatividad en determinados aspectos, como la estructura típica, la graduación de sanciones y ciertas particularidades procedimentales, jamás puede apartarse de principios elementales básicos que rigen a los delitos (arg. doctrina de Fallos 341:1017, voto de los jueces Highton de Nolasco y Rosatti, considerando 10 y sus citas).

Al referirse a estas garantías adjetivas, el Tribunal destacó que el art. 18 de la Constitución Nacional y las convenciones internacionales de derechos humanos resguardan el derecho a la tutela administrativa y judicial efectiva (Fallos: 327:4185). Y es por ese amplio alcance que reiteró en diversas oportunidades que las garantías constitucionales del debido proceso y la defensa en juicio son de inexcusable observancia en todo tipo de actuaciones, inclusive en los procedimientos administrativos de naturaleza disciplinaria (Fallos: 316:2043; 318:564; 319:1160; 324:3593). De esta manera, concluyó en que "el carácter administrativo del procedimiento sumarial [no impide] la aplicación de los principios reseñados, pues en el estado de derecho la vigencia de las garantías enunciadas por el art. 8 de la citada Convención no se encuentra limitada al Poder Judicial -en el ejercicio eminente de tal función- sino que deben ser respetadas por todo órgano o autoridad pública al que le hubieran sido asignadas funciones materialmente jurisdiccionales" (Fallos: 335:1126).

11) Que en el mismo sentido se ha expedido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al declarar que las garantías del artículo 8.2 de la Convención no son exclusivas de los procesos penales, sino que además pueden ser aplicables a procesos administrativos de carácter sancionatorio. Lo que corresponde en cada caso es determinar las garantías mínimas que conciernen a un determinado proceso sancionatorio no penal, según su naturaleza y alcance (cfr. CIDH "Baena, Ricardo vs. Panamá", sentencia del 2 de febrero de 2001; "López Mendoza vs. Venezuela", sentencia del 1 de septiembre de 2011; "López Lone y otros vs. Honduras", sentencia del 5 de octubre de 2015; "Maldonado Ordoñez vs. Guatemala", sentencia del 3 de mayo de 2016 -específicamente punto 75-; y concretamente, en lo que respecta al derecho militar disciplinario, "Flor Freire vs. Ecuador", sentencia del 31 de agosto de 2016).

12) Que en orden a evaluar la aplicación de los principios de derecho penal al ámbito administrativo, resulta imprescindible ponderar tanto el contexto y ámbito de aplicación de la norma y la sanción, como el estatus del sancionado y su vínculo con la autoridad sancionatoria (arg. doct. Fallos: 341:1017, voto de los jueces Highton de Nolasco y Rosatti, considerando 12).

En el caso, la Policía de Seguridad Aeroportuaria no ha justificado -si quiera mínimamente- la validez y aplicación de un régimen previsto para organismos de inteligencia que restringe notoriamente a sus agentes la libertad de elección de sus defensores de confianza ante imputaciones disciplinarias. La presencia de una relación de sujeción especial, el eventual sometimiento al estado policial previsto en el art.

42 de la ley 26.102, el principio de jerarquía, y el eficaz accionar de esa fuerza no son razones suficientes para impedir a sus integrantes civiles o policiales la designación de un defensor que pueda actuar sin condicionamientos ni se encuentre sometido al mismo orden disciplinario.

Lo dicho se agrava en el contexto fáctico del sumario instruido a los coactores, del cual se desprende que: i) se designó a dos agentes de la Fuerza como defensores sin previa intervención de los sumariados (cfr. fs. 30 del trámite sumarial); ii) estos defensores, pese a que fueron notificados de diversas diligencias sumariales, no opusieron defensas, ni ofrecieron pruebas, ni alegaron en favor de sus defendidos (cfr. específicamente el accionar de la defensa en las declaraciones de los imputados, a fs. 165 y 167); iii) tal ausencia de contradicción se agrava en la prueba determinante del sumario, esto es, la prueba pericial caligráfica, la cual también recayó en un agente de la propia Policía de Seguridad Aeroportuaria (fs. 77/78 y 100); y iv) los primeros actos de defensa concretos y eficaces fueron los recursos contra las cesantías ya dispuestas y precisamente, se llevaron a cabo con el patrocinio de un letrado de la matrícula (fs. 3/16 del expediente S02:0005855/2009 y 7/21 del expediente S02:0005960/2009).

13) Que la tutela administrativa efectiva no debe ser vista como un obstáculo a la ejemplaridad de las conductas que se exige a los integrantes de una fuerza de seguridad, ni tampoco a la disciplina que informa y prima en su ordenamiento interno, sino, por el contrario, se trata de un principio que eleva el apego de la institución a la Constitución y, con ello, procura a una mejor y mayor protección de la seguridad interior de la Nación.

Por ello, oída la señora Procuradora Fiscal, se declara procedente el recurso extraordinario y se confirma la sentencia apelada. Con costas en el orden causado en atención a las particularidades de la cuestión debatida (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y devuélvase.

Tutela administrativa efectiva en el procedimiento disciplinario

Rol del abogado en la defensa técnica de los derechos fundamentales

Leandro Salgan Ruiz

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

I. Introducción

El 28 de octubre de 2021 la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS) dictó la sentencia en la causa "Raco" **(1)**.

Esta decisión con un voto de los jueces Maqueda y Lorenzetti y un voto concurrente de la jueza Highton de Nolasco, declaró procedente el recurso extraordinario y dejó sin efecto la sentencia de la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal.

Así revocó la sentencia que declaró nula la Resolución del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos que aplicó la cesantía a los agentes de la Policía de Seguridad Aeroportuaria (PSA) por haber adulterado certificados médicos para justificar inasistencias a sus puestos de trabajo.

Desde la perspectiva del derecho administrativo disciplinario, el voto en disidencia del juez Rosatti en la decisión del Máximo Tribunal que analizamos adquiere relevancia en varias cuestiones relevantes.

En primer lugar, como la eficacia de la tutela administrativa efectiva mejora y amplia el contenido del debido proceso legal con los aportes de los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional (en adelante DDHH).

En segundo lugar, como las garantías judiciales del inc. 2) del art. 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH) se aplican con modulaciones a un procedimiento de naturaleza disciplinaria.

En tercer lugar, como la libre elección de un abogado por el agente público garantiza la eficacia de la defensa técnica en el procedimiento sancionador asegurando el contenido mínimo de la tutela administrativa efectiva.

II. Desarrollo

II.1. Tutela administrativa efectiva: una garantía convencional que mejora y amplía el contenido del debido proceso legal

Para garantizar la *eficacia* de la *defensa* de los *derechos fundamentales* en *sede administrativa* la CS consagró la tutela administrativa efectiva. Su fundamento proviene de diversos tratados internacionales de Derechos Humanos cuya fuente goza de jerarquía constitucional **(2)** ya que fue incorporada al derecho federal **(3)** por

(1) Cfr. CS, "Raco Marco Nicolás y otro c. Estado Nacional - Ministerio de Seguridad PSA-RESOL. 513/09 s/ Personal Militar y Civil de las Fuerzas Armadas y de Seguridad", Fallos 344:3230 (2021).

(2) Ver inc. 22 art. 75 CN.

(3) Cfr. CS, Fallos 318:2639.

un acto complejo **(4)** que fijó las condiciones de su vigencia **(5)**.

Desde antiguo el debido proceso del art. 18 de la ley fundamental garantizó la defensa en sede administrativa representando la base constitucional del procedimiento administrativo **(6)**.

Cuando el legislador reguló el régimen disciplinario de empleo público aseguró por ese sistema el debido proceso **(7)** para el personal alcanzado, así como su derecho a la participación en los procedimientos disciplinarios **(8)**.

Encomendó al Poder Ejecutivo que garantice la defensa en juicio en la reglamentación de esos procedimientos **(9)**. De hecho, el decreto 1421/2002 fijó pautas de aplicación para las sanciones de apercibimiento, suspensión y cesantía sin instrucción de sumario administrativo **(10)**.

Así en 1993 en "Tamburrino Seguí" **(11)** la CS precisó que se vulneró la garantía de defensa en juicio en el derecho a ser oído del imputado ya que forma parte de la garantía constitucional cuya inexcusable observancia alcanza al procedimiento administrativo de naturaleza disciplinaria.

Luego en 1995 en "Bisserier" **(12)** ante la CS señaló que se vulneró el debido proceso en el procedimiento disciplinario en la instancia del descargo ya que la denegatoria de un testigo conducente ofrecido por la sumariada impide a la sumariada acreditar y probar su grado de participación en el hecho que se le imputa y su producción se rige por el principio de amplitud probatoria.

Más tarde en el año 1996 en el "Jueces Nacionales" **(13)** la CS precisó se vulneró la defensa en juicio en un procedimiento sumarial en la instancia de notificación de una imputación idónea dado que se aplicó una multa a un juez sobre la base de un informe genérico y redactado en un plazo breve lo que impide el descargo respecto a su grado de participación y actuación personal del hecho.

Finalmente, en el 2001 en el caso "Castro Veneroso" **(14)** la CS precisó que se vulneró los principios del art. 18, CN en la instancia de audiencia dado que se omitió notificar al compareciente de las causas que originaron el sumario, los hechos que se atribuyen, posibilidad de ser asistido por el patrocinio letrado y de negarse a declarar sin que ello haga presunción alguna en su contra.

La reseña efectuada muestra que la vulneración al derecho a ser oído, a presentar un descargo, a la notificación del cargo y presunción de inocencia del agente público reduce significativamente el grado de efectividad exigido por el debido proceso del art. 18, CN en el procedimiento administrativo de naturaleza sumarial.

Así aparece la cuestión que indaga acerca del cuál es fundamento convencional de la tutela administrativa cuando el debido proceso legal aparece insuficiente para alcanzar la efectividad de la defensa del agente público frente al ejercicio de la potestad disciplinaria.

En primer lugar, la Declaración Americana de Derechos y Derechos del Hombre sustenta el derecho a la tutela administrativa efectiva en el acceso a la justicia y en la petición ante la autoridad pública.

De un lado, el art. XVIII prescribe que toda persona puede ocurrir ante un Tribunal para hacer valer su derecho constitucional y frente a su vulneración por un acto de la autoridad contar con un procedimiento sencillo y breve que lo ampare y proteja.

(4) Cfr. Fallos 318:2513; Consid. 8° del voto del juez Boggiano.

(5) Cfr. CS, Fallos 318:514; Considerandos 11 y 12.

(6) Cfr. CANOSA, Armando N., "La tutela administrativa efectiva y las bases constitucionales del procedimiento administrativo", RDA 94, pp. 3-20.

(7) Ver art. 29 ley 25.164.

(8) Ver inc. m) art. 16 ley 25.164.

(9) Ver art. 38 ley 25.164.

(10) Ver art. 35 dto. 1421/2002.

(11) Cfr. CS, Fallos 316:2043.

(12) Cfr. CS, Fallos 318:564.

(13) Cfr. CS, Fallos 319:1160.

(14) Cfr. CS, Fallos 324: 3593.

De otro, el art. XXIV dispone el derecho de peticionar de la persona ante la autoridad competente invocando un interés general o particular, así como de obtener su pronta resolución.

En segundo lugar, la Declaración Universal de Derechos Humanos fundamenta a la tutela administrativa efectiva en el derecho a un recurso efectivo y a ser oído.

De un lado, el art. 8° prescribe que toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante el Tribunal competente frente a un acto que viole sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley.

De otro, el art. 10 reconoce el derecho de la persona a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos sustenta la tutela administrativa efectiva en los arts. 2° y 14° que consagran expresamente los deberes positivos de actuación asumidos por el Estado parte.

En el apart. a) del inc. 3° del art. 2° de la Parte II el Estado parte del Pacto garantiza a la persona el derecho a la interposición de un recurso efectivo ante el supuesto de violación de los derechos y libertades reconocidos en el pacto.

En el apart. b) del inc. 3° del art. 2° de la Parte II el Estado parte del Pacto garantiza a la persona el deber de respuesta de la autoridad pública competente con facultades decisorias sobre el asunto.

En el inc. 1° del art. 14 de la Parte III el Estado parte del Pacto asegura a la persona su derecho a ser oído con las respectivas garantías ante un Tribunal competente establecido por la ley. Ese derecho ante el órgano independiente e imparcial comprende la acusación penal y aquella que determina derechos y obligaciones de naturaleza civil.

La Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) fundamenta la tutela administrativa efectiva a partir de la protección que ofrece las garantías judiciales.

En primer lugar, el inc. 1° del art. 25 de la CADH dedicado a la protección judicial se reconoce el derecho a un recurso sencillo, rápido y efectivo contra el acto que vulnere los derechos fundamentales consagrados en la ley, Constitución y Convención respectivamente.

En segundo lugar, en los aparts. a), b) y c) del inc. 2° del art. 25 de la CADH se consagra deberes positivos del Estado parte para que ese recurso no solo desarrolle sus posibilidades, sino que sea resuelto por la autoridad competente y se garantice su cumplimiento.

En tercer lugar, el art. 8° del Pacto de San José de Costa Rica consagró a la garantía que frente a una acusación penal o aquella que determine derechos y obligaciones de naturaleza civil, laboral, fiscal o de cualquier otra índole. Así se asegura a la persona su derecho a ser oído ante el Tribunal competente fijado por ley con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable.

Más allá de que su operatividad dependerá del cumplimiento de las obligaciones de *respeto* **(15)**, *interpretación* **(16)** y *adopción* de las medidas positivas **(17)** del Estado parte **(18)** lo cierto es que la Convención de Viena también aporta efectividad en la aplicación de este tratado.

En efecto, mientras que el art. 26 consagra el principio *pacta sunt servanda* que postula como regla que todo tratado obliga al Estado que lo suscribe a su cumplimiento de buena fe, el art. 27 siguiente impide que esa parte invoque su derecho interno para apartarse de las disposiciones del tratado.

II.2. Procedimiento disciplinario: extensión y alcance de las garantías del inc. 2) del art. 8° de la CADH a un sumario administrativo

Para diseñar la tutela administrativa efectiva la CS proyectó el contenido de la garantía convencional a un procedimiento **(19)** conducido

(15) Ver art. 1.1. CADH.

(16) Ver inc. a) art. 29 CADH.

(17) Ver art. 2° CADH.

(18) Ver art. 2° CADH.

(19) Cfr. GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo A., "Tutela y prevención administrativas" en Cuestiones de acto

por autoridad pública cuyo desarrollo regular culmina con un acto que determina los derechos y obligaciones de la persona.

En primer lugar, la CS en "Raco" **(20)** traza por una línea de continuidad que conecta la construcción pretoriana en "Astorga Bracht" **(21)** con la utilidad de su dimensión temporal en "Losiser" **(22)**.

En segundo lugar, su contenido se extiende específicamente a un procedimiento de naturaleza sumarial. Indudablemente un sumario **(23)** representa para nuestro legislador **(24)** un procedimiento especial **(25)** de investigación enderezado al ejercicio concreto de la potestad disciplinaria de la Administración Pública.

Categóricamente en "Racco" **(26)** el Tribunal Cimero precisa que la tutela efectiva administrativa configura un principio **(27)** que eleva el apego de la institución con la Constitución y promueve así no solo ejemplaridad de las conductas sino la disciplina que exige el ordenamiento interno.

En tercer lugar, ese cauce primario de la relación de empleo público interviene de un modo coordinado y dentro de la órbita de su competencia diversas autoridades públicas.

La Corte IDH aclaró en el caso "Tribunal Constitucional" **(28)** que la expresión "Tribunal competente" utilizada por la CADH comprende a todo órgano del Estado que a través de sus decisiones determine derechos de la persona. Concretamente el Tribunal Cimero en "Losicer" **(29)** y "Antúnez" **(30)** aplicó esta expresión al Banco Central de República Argentina (BCRA) en el procedimiento del régimen financiero de la ley 21.526.

Dicho esto, en el procedimiento de naturaleza sumarial participan el órgano de investigación, Superior Jerárquico **(31)**, Servicio Jurídico Permanente **(32)** y la autoridad **(33)** que dicta que dicta el acto administrativo que culmina con ese procedimiento.

En cuarto lugar, cuando la Administración Pública aplica una sanción del régimen disciplinario disminuye la situación jurídica del agente público por afectación del derecho a trabajar, derecho a la igualdad y el derecho a la propiedad.

La redacción de la CADH limitó la aplicación de las garantías del art. 8° a la función encomendada al Poder Judicial.

Por un lado, en el inc. 1) el derecho a ser oído parece estar enderezado a una cuestión judicial en sentido estricto lo que implicaría que el Estado pueda sustraerlo del debido proceso legal.

Por el otro, el inc. 2) parece consagrar garantías propias del proceso penal que por su naturaleza y alcance que excluyen al procedimiento administrativo sancionatorio no penal.

Así aparece la cuestión que indaga acerca del cuál es el grado de aplicación **(34)** de las garan-

---

administrativo, reglamento y otras fuentes del derecho administrativo, Ed. RAP, Buenos Aires, 2009, pp. 373-384.

(20) Cfr. CS, Fallos 344:3230, Consid. 10 voto en disidencia del juez Rossati.

(21) Cfr. CS, Fallos 327:4185.

(22) Cfr. CS, Fallos 335:1126.

(23) Ver dto. 467/1999.

(24) Ver art. 38 ley 25.164.

(25) Ver art. 1° dto. 722/1996.

(26) Cfr. CS, Fallos 344:3230, Consid. 13 voto en disidencia del juez Rossati.

(27) Cfr. Urrutigoity, Javier; "El principio de tutela administrativa efectiva"; JA 2005-IV, pp. 1383-1391.

(28) Cfr. Corte IDH; "Tribunal Constitucional vs. Perú", sentencia del 31 de enero de 2001.

(29) Cfr. CS, Fallos 335:1126; Consid. 8°.

(30) Cfr. CS, "Antúnez, Norberto Amadeo y otros c. BCRA - Resol. 66/2007 s/ queja", sentencia del 10 de junio de 2014, Consid. 4°.

(31) Ver art. 118 dto. 467/1999.

(32) Ver art. 122 dto. 467/1999.

(33) Ver art. 123 dto. 467/1999.

(34) Cfr. CANDA, Fabián Omar, "Principios convencionales del procedimiento administrativo: el principio de 'tutela administrativa efectiva'. Creación y evolución en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Recepción en la jurisprudencia de la Corte Suprema Nacional", ED, Supl. Adm., 07/10/2015, pp. 732-747.

tías del art. 8° de la CADH por la Administración Pública en el procedimiento administrativo disciplinario cuya decisión afecta los derechos del agente público.

La respuesta a este interrogante hace necesario que detengamos en la evolución que experimentó la interpretación de la CADH **(35)** en las decisiones de la Corte IDH **(36)**.

Sobre el particular, el valor actual de su jurisprudencia configura una pauta **(37)** vinculante **(38)** que representa una guía **(39)** de interpretación **(40)** del Estado Parte del Sistema Americano de Derechos Humanos.

Especialmente en el caso "Raco" **(41)** la CS fundamentó expresamente la aplicación de las garantías del inc. 2) del art. 8°, CADH en los precedentes "Baena" **(42)**, "López Mendoza" **(43)**, "López Lone" **(44)**, "Maldonado Ordoñez" **(45)** y "Flor Freire" **(46)** respectivamente.

En el año 2001 la Corte IDH precisó en el caso "Baena" **(47)** que las garantías del inc. 1) del art. 8°, CADH se aplican a todo acto u omisión del procedimiento administrativo sancionatorio donde el órgano estatal tiene la obligación de respetar el debido proceso legal.

Esta decisión es relevante puesto que de esta sentencia se constató la extensión de esas garantías a cualquier órgano del Estado dentro de un procedimiento. Sobre el particular, el Máximo Tribunal en "Losicer" **(48)** y "Bonder" **(49)** aplicó el estándar de la garantía convencional a un sumario externo conducido por el BCRA con una causa judicial conexa en el fuero contencioso administrativo.

Posteriormente en el año 2011 la Corte IDH en el caso "López Mendoza" **(50)** aplicó el art. 8°, CADH en un procedimiento administrativo donde la autoridad pública determinó la responsabilidad y aplicó las sanciones de multa e inhabilitación.

Luego en el año 2015 la Corte IDH en el caso "López Lone" **(51)** aplicó el debido proceso legal a un procedimiento disciplinario seguido contra jueces y juezas cuyo cauce ponderó las garantías específicas de ejercicio de la función encomendada al Poder Judicial.

Este precedente pone de relieve que en ámbito disciplinario se hace necesario que se indique de modo preciso como se configura la falta y el desarrollo de los argumentos que justifiquen la entidad de la conducta reprochada.

En el año 2016 la Corte IDH en el caso "Maldonado Ordoñez" **(52)** precisó que en el procedimiento administrativo sancionatorio no solo se aplica las garantías mínimas del art. 8°, CADH sino también el principio de legalidad, la presunción de inocencia y todas las garantías necesarias para el ejercicio del derecho de defensa.

---

(35) Ver inc. 3) art. 62 CADH.

(36) Ver inc. b) art. 33 CADH.

(37) Cfr. CS, Fallos 315:492, Consid. 21 del voto de la mayoría.

(38) Cfr. CS, Fallos 328:2056.

(39) Cfr. CS, Fallos 328:3399, Consid. 34 del voto de la mayoría.

(40) Cfr. CS, Fallos 330:2048, Considerandos 20 y 21 del voto de la mayoría.

(41) Cfr. CS, Fallos 344:3230, Consid. 11 voto en disidencia del juez Rossati.

(42) Cfr. Corte IDH; "Baena Ricardo y otros vs. Panamá", sentencia del 2° de febrero de 2001, Serie C, N° 72, pfos. 123 y 124.

(43) Cfr. Corte IDH; "López Mendoza vs. Venezuela"; sentencia del 1° de septiembre de 2011.

(44) Cfr. Corte IDH "López Lone y otros vs. Honduras", sentencia del 5 de octubre de 2015.

(45) Cfr. Corte IDH; "Maldonado Ordoñez vs. Guatemala", sentencia del 3 de mayo de 2016.

(46) Cfr. Corte IDH; "Flor Freire vs. Ecuador"; sentencia del 31 de agosto 2016.

(47) Cfr. Corte IDH; "Baena Ricardo y otros vs. Panamá", sentencia del 2° de febrero de 2001.

(48) Cfr. CS, Fallos 335:1126; Consid. 8°.

(49) Cfr. CS, Fallos 336:2184 (2013); Considerandos 9 y 10.

(50) Cfr. Corte IDH; "López Mendoza vs. Venezuela"; sentencia del 1° de septiembre de 2011.

(51) Cfr. Corte IDH "López Lone y otros vs. Honduras", sentencia del 5 de octubre de 2015, párr. 192.

(52) Cfr. Corte IDH; "Maldonado Ordoñez vs. Guatemala", sentencia del 3 de mayo de 2016, párr. 75.

En el año 2016 la Corte IDH en el caso "Flor Freire" **(53)** aplicó las garantías mínimas del art. 8°, CADH a una información sumaria que determinó la responsabilidad disciplinaria de un funcionario militar.

Este precedente precisa que tratándose de sanciones disciplinarias la exigencia de motivación es mayor dado que debe analizarse la gravedad de la conducta y la proporcionalidad de la sanción.

Para que ese desarrollo se encuentre completo no permitimos agregar dos decisiones recientes. Por un lado, en el año 2020 la Corte IDH en el caso "Preto Urrego" **(54)** aplicó las garantías mínimas de la CADH a un procedimiento disciplinario que aplicó una sanción disciplinaria de destitución de un funcionario público con cargo electivo por voto popular.

Desde la perspectiva del cargo electivo, este estándar deviene indispensable para aquellos trabajadores **(55)** que representan asociaciones sindicales por elección.

Cabe recordar que la acción de exclusión **(56)** de tutela sindical que procede únicamente cuando el acto conclusivo se encuentra rubricado por la autoridad competente y no cuando se vincula al agente como parte al sumario donde rige su presunción de inocencia.

Por el otro, más cercano en el tiempo en el año 2021 la Corte IDH en el caso "Moya Solís" **(57)** extendió la aplicación de las garantías judiciales del art. 8°, CADH a todo procedimiento administrativo no sancionatorio que culmine con la desvinculación de un agente público.

En el caso de incompatibilidades, la Dirección de Recursos Humanos analiza si procede la acumulación compatible de cargos en los términos del art. 9° del decreto-ley 8566/1957.

Si esto no fuese posible, intima al agente público por el plazo de 5 (cinco) días para que opte por alguno de ellos bajo apercibimiento de ser pasible de una sanción de cesantía. Ante silencio y operado el plazo de intimación, procedería la aplicación de la sanción cesantía.

En el caso de la ley 25.164 y ante la falta de precisiones sobre qué procedimiento se debe utilizar para aplicar una cesantía cuando se verifica una incompatibilidad, previo a aplicar la sanción de cesantía prevista en materia de incompatibilidades, corresponde la instrucción de un sumario disciplinario administrativo en el que tal sanción sea aconsejada.

Lo contrario implicaría que, por vía de decreto, se incorporara al régimen disciplinario consagrado por la ley 25.164, una nueva causal de cesantía automática, a las tres previstas por el último párrafo del art. 35 del referido cuerpo legal **(58)**.

II.3. Rol del patrocinante: un abogado elegido libremente por el agente público que garantiza la defensa técnica del contenido mínimo de la tutela administrativa efectiva

Para la representación jurídica del sumariado durante el desarrollo de las etapas del procedimiento disciplinario la tutela administrativa efectiva garantiza el patrocinio letrado **(59)**. De hecho, el agente público puede ser asistido por un letrado en su declaración indagatoria **(60)**, descargo **(61)**, alegato **(62)**, audiencia pública **(63)** y en la impugnación **(64)** del acto conclusivo.

Algunos regímenes especiales excluyen esta posibilidad para el inculpado desde el momen-

(53) Cfr. Corte IDH; "Flor Freire vs. Ecuador"; sentencia del 31 de agosto 2016, párr. 160.

(54) Cfr. Corte IDH; "Petro Urrego vs. Colombia"; sentencia del 8 de julio de 2020.

(55) Ver arts. 40, 48 y 50 ley 23.551.

(56) Ver art. 52 ley 23.551.

(57) Cfr. Corte IDH; "Moya Solis vs. Perú"; sentencia del 3 de junio de 2021.

(58) Cfr. Dictámenes 240:117.

(59) Ver art. 51 dto. 467/1999.

(60) Ver art. 65 dto. 467/1999.

(61) Ver art. 111 dto. 467/1999.

(62) Ver art. 117 dto. 467/1999.

(63) Ver art. 121 dto. 467/1999.

(64) Ver art. 124 dto. 467/1999.

to en que solo pueden ejercer su defensa a través de un letrado que pertenezca exclusivamente a esa jurisdicción **(65)**.

Dicha restricción **(66)** obedecería a la jerarquía de la relación de sujeción especial **(67)** a cuyo régimen jurídico el agente público se ha sometido voluntariamente desde su ingreso a ese Organismo.

Así aparece la cuestión que indaga acerca del rol de abogado para asegurar el contenido mínimo de la garantía convencional de la tutela administrativa efectiva cuando el procedimiento sancionador por su especialidad difiere la estructura que presenta los procedimientos generales y comunes.

Para responder a este interrogante el letrado que patrocine al agente público debe reconocer como opera los derechos que integran la tutela administrativa efectiva durante cada instancia del procedimiento sumarial y los desafíos actuales que enfrentan.

En primer lugar, durante la *etapa de inicio* se consagran los siguientes derechos inherentes a esta garantía convencional: a) control de convencionalidad en sede administrativa y b) acceso al expediente electrónico de la parte.

Por un lado, desde una perspectiva sustantiva de los tratados de DDHH reconoce el derecho subjetivo del agente público a un *control de convencionalidad constructivo* **(68)** *por la Administración Pública* **(69)** de su régimen disciplinario.

Precisamente por esa razón la CS en "Raco" **(70)** se pondera el carácter obligatorio de un abogado de la jurisdicción para el sumario disciplinario exigido por una disposición reglamentaria.

Ello deviene incompatible con una *interpretación conforme* con la CADH **(71)** y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos **(72)** ya que sendos instrumentos resguardan el derecho a la libre elección de un letrado defensor.

Por el otro, el derecho de acceso al expediente electrónico queda asegurado a través de la legitimación del agente público **(73)** para ser parte en el sumario disciplinario. En este sentido, adquiere importancia la ampliación del poder disciplinario **(74)** al personal transitorio **(75)** frente a la omisión de la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo Nacional.

En segundo lugar, durante la *etapa de investigación* se consagra los siguientes derechos del agente público: a) audiencia y b) neutralidad y objetividad del órgano de investigación.

En cuanto al *derecho a la audiencia* **(76)** del agente público, queda asegurada a través de su declaración presencial en carácter de sospechado **(77)**, sumariado **(78)** y denunciante **(79)** con formalidades exigidas en cada caso. Actualmente la audiencia a distancia **(80)** en la emergencia pública sanitaria aparece como un nuevo desafío a la inmediación que ofrece la regla de la presencialidad.

---

(65) Ver art. 48 Anexo IV dto. 1088/2003.

(66) Cfr. CS, Fallos 319:3040.

(67) Cfr. CS, Fallos 340:347.

(68) Cfr. SALGAN RUIZ, Leandro G., "Diseño constructivo del Control de Convencionalidad. Integración normativa y dialogo de fuentes en sede administrativa", RDA 134, pp. 203-217.

(69) Cfr. Corte IDH; "Gelman vs. Uruguay", Supervisión de cumplimiento de sentencia, Resolución del 20 de marzo de 2013, párr. 69.

(70) Cfr. CS, Fallos 344:3230, Consid. 8° voto en disidencia del juez Rossati.

(71) Ver apart. d) inc. 2° art. 8° CADH.

(72) Ver apart. b) inc. 3° art. 14.

(73) Ver art. 27 ley 25.164.

(74) Cfr. SANTOS, Alejandra M., "Los sujetos del sumario disciplinario", RDA, 114 pp. 968-974.

(75) Ver Dictámenes PTN 300:206.

(76) Cfr. SALGAN RUIZ, Leandro, "El nuevo procedimiento de audiencias a distancia en el régimen disciplinario de empleo público", SAIJ DACF210083.

(77) Ver art. 62 dto. 467/1999.

(78) Ver art. 61 dto. 467/1999.

(79) Ver art. 33 dto. 467/1999.

(80) Cfr. Dictamen IF-2020-044507396-APN-DND#PTN del 13 de julio de 2020.

La CS en "Raco" **(81)** pone relieve que los abogados defensores pasaron por alto la defensa técnica específicamente en la audiencia donde se efectuó la imputación que derivó en cesantía.

En lo que respecta al *derecho a la neutralidad y objetividad* **(82)** *del órgano* que investiga el hecho principal queda asegurado desde momento que el Instructor Sumariante debe ser un abogado del Estado que revista en la planta permanente y su pertenencia a la Oficina de Sumarios **(83)**.

Será clave que se observe los institutos de excusación **(84)** y recusación **(85)** para su apartamiento por causa justificada **(86)**. La CS en "Raco" **(87)** desliza un cuestionamiento en esta dirección dado que la prueba pericial caligráfica fue producida por un agente de la propia Policía de Seguridad Aeroportuaria.

Actualmente el desafío a este derecho aparece en la posibilidad excepcional que instruya el personal transitorio **(88)** y aquellas jurisdicciones de la Administración Pública descentralizada que carecen de una oficina de sumarios en el diseño de su estructura.

Ese reto también se extiende al recurso directo **(89)** que se sustancia y resuelve en el fuero contencioso administrativo federal donde adquiere relevancia el estándar fijado en el caso "Bonder Aaron" **(90)**.

Avanzando se encuentra la *etapa contradictoria* en cuyo desarrollo se consagran los derechos: a) comunicación fehaciente de la acusación disciplinaria; b) defensa en un plazo razonable y c) ofrecimiento, producción y control de la prueba incorporada al expediente respectivamente.

El *derecho a la comunicación de la acusación disciplinaria* **(91)** queda asegurada con la notificación **(92)** por medio fehaciente **(93)** al sumariado del cargo **(94)** formulado en las conclusiones del Instructor Sumariante. Uno de los desafíos en materia de notificaciones tiene que ver con la comunicación electrónica **(95)** que actualmente no se encuentra prevista por el RIA en su redacción actual.

El *derecho de acceso al expediente electrónico* queda asegurado a través de la vista de las piezas procesales digitales **(96)** vinculadas por el órgano de investigación que condujo el procedimiento.

Sobre el particular, adquiere una singular relevancia el carácter secreto **(97)** de la etapa de investigación **(98)** ya que impone una restricción temporal que impide la dispersión de la prueba por el sumariado o terceros durante esta instancia **(99)**.

(81) Cfr. CS, Fallos 344:3230, consid. 12 voto en disidencia del juez Rossati.

(82) Cfr. ESPINOZA MOLLA, Martín R., "Tres elementos fundamentales del procedimiento administrativo disciplinario contemporáneo: el principio de objetividad, la tipicidad de las conductas infractoras y la razonable duración de los plazos", RDA 93, pp. 557-566.

(83) Ver art. 6° dto. 467/1999.

(84) Ver art. 25 dto. 467/1999.

(85) Ver arts. 23 y 24 dto. 467/1999.

(86) Ver art. 22 dto. 467/1999.

(87) Cfr. CS, Fallos 344:3230, Consid. 12 voto en disidencia del juez Rossati.

(88) Ver Recomendación 2° y 3° Anexo I Resol. N° 121/2018.

(89) Ver arts. 39, 40 y 41 ley 25.164.

(90) Cfr. CS, Fallos 336:2184.

(91) Cfr. GARCÍA PULLÉS, Fernando; "Derecho sancionador y régimen disciplinario del empleo público", Ed. RAP nro. 309, pp. 353-371.

(92) Ver art. 110 dto. 467/1999.

(93) Ver art. 29 dto. 467/1999.

(94) Ver art. 111 dto. 467/1999.

(95) Cfr. Dictamen IF-2020-54206633-APN-PTN del 18 de agosto de 2020.

(96) Ver art. 46 dto. 467/1999.

(97) Cfr. SALGAN RUIZ, Leandro G., "Desafíos del secreto en la etapa de investigación del sumario disciplinario: perspectivas actuales en el marco de gobierno abierto", Ed. RAP nro. 463, pp. 41-61.

(98) Ver art. 46 dto. 467/1999.

(99) Ver Dictámenes PTN 303:036 (2017).

El *derecho a la defensa* **(100)** *en un plazo razonable* quedaría resguardado en la medida de que el sumariado que ha sido notificado del cargo y accedió al expediente electrónico cuenta con la posibilidad de presentar las *defensas* que estime convenientes dentro de los 10 días cuyo periodo es susceptible de ampliación **(101)**.

La CS en "Raco" **(102)** pone relieve que los abogados defensores omitieron oponer las defensas pertinentes frente a las diligencias realizadas por el órgano de investigación. Uno de los principales retos de la actualidad tiene que ver con la incidencia de la suspensión de los plazos administrativos **(103)** en el trámite del sumario disciplinario.

El *derecho a la prueba* queda asegurando en la instancia de ofrecimiento, producción y control. Aunque en la audiencia **(104)** se puede proponer algunas diligencias lo cierto es el descargo ofrecerá las medidas de prueba **(105)** que estime oportunas. En concreto, la CS en "Racco" **(106)** pone en duda la defensa técnica de los abogados que omitieron el ofrecimiento y producción de algún medio de prueba en todo el trámite del sumario.

El Instructor las producirá siempre y cuando sean conducentes **(107)** y finalmente su control por el sumariado opera en la instancia del alegato **(108)**. Sobre el particular, la CS en "Racco" **(109)** cuestiona la tarea de los abogados no presentaron alegato alguno lo que impidió la contradicción de la prueba determinante del sumario.

Los desafíos actuales son incorporación de la prueba digital, el valor del expediente electrónico y la inversión parcial de la carga de la prueba para acreditar el hecho en los casos de discriminación y violencia de género.

Finalmente culminamos nuestro recorrido con la *etapa resolutiva* del procedimiento disciplinaria donde la tutela administrativa efectiva consagra los derechos: a) el dictado de un acto conclusivo dentro de un plazo razonable, b) la impugnación de la sanción disciplinaria respectivamente y c) interpretación a favor del sumariado.

En primer lugar, *el derecho al dictado de un acto conclusivo* **(110)** *en un plazo razonable* **(111)** se implementa a través del art. 123 del RIA que fija todos los requisitos propios y debe satisfacer el estándar de *motivación suficiente*. En cuanto al *plazo razonable* de la decisión de gravamen deviene plenamente aplicables los lineamientos de la doctrina de la Corte Federal fijados en el caso "Losicer" **(112)**.

Los principales de desafíos residen aquellos regímenes disciplinarios que carecen de un plazo de prescripción **(113)** de la acción disciplinaria y la competencia del Servicio Jurídico Permanente **(114)** de la jurisdicción ponderará

(100) Cfr. IVANEGA, Miriam M., "El derecho de defensa en el procedimiento disciplinario" en Cuestiones de procedimiento administrativo, Ed. RAP, Buenos Aires, 2006, pp. 929-952.

(101) Ver art. 111 dto. 467/1999.

(102) Cfr. CS, Fallos 344:3230, Consid. 12 voto en disidencia del juez Rossati.

(103) Cfr. Dictamen IF-2020-54206633-APN-PTN del 18 de agosto de 2020.

(104) Ver art. 69 dto. 467/1999.

(105) Ver art. 111 dto. 467/1999.

(106) Cfr. CS, Fallos 344:3230, Consid. 12 voto en disidencia del juez Rossati.

(107) Ver art. 113 dto. 467/1999.

(108) Ver art. 117 dto. 467/1999.

(109) Cfr. CS, Fallos 344:3230, Consid. 12 voto en disidencia del juez Rossati.

(110) Cfr. REPETTO, Alfredo L., "El acto conclusivo y el agente sumariado", JA, Supl. de Empleo Público, 02/06/2010, pp. 974-983.

(111) Cfr. MARCER, Ernesto Alberto, "El caso Lociser: el plazo razonable y la incompetencia en razón del tiempo" en Máximos precedentes: derecho administrativo: Corte Suprema de Justicia de la Nación, La Ley Buenos Aires, 2013, vol. I, pp. 1073-1086.

(112) Cfr. CS, Fallos 335:1126.

(113) Ver Dictámenes PTN 303:94.

(114) Ver art. 122 dto. 467/1999.

el cumplimiento de los estándares fijados en ese precedente **(115)**.

En segundo lugar, el *derecho a impugnar* la sanción administrativa **(116)** se implementa a través de una *vía ordinaria* cuyo diseño opera a través del recurso de reconsideración **(117)**, recurso jerárquico **(118)**, recurso de alzada **(119)** y recurso de revisión en sede administrativa.

Sobre este punto, la CS en "Racco" **(120)** precisa que único acto de defensa concreto y eficaz consistió en la interposición de recursos contra la cesantía y destacó que esa impugnación fue articulada precisamente por un abogado de la matrícula.

En tercer lugar, el derecho a una *interpretación a favor del sumariado* se apunta a la aplicación del principio *in dubio pro reo* receptado en el art. 52, RIA que postula que en caso de duda deberá estarse a siempre a lo que sea más favorable para el sumariado.

III. Conclusiones

El examen de los aspectos analizados en el caso nos conduce a reflexionar sobre el rol del abogado en la defensa de los derechos fundamentales del agente públicos a partir de tres líneas de reflexión: tutela administrativa, aplicación de las garantías de la CADH y la eficacia de la defensa técnica del letrado en el sumario disciplinario.

En primer lugar, la tutela administrativa efectiva configura una garantía pretoriana, autónoma y convencional que mejora y amplia el contenido del debido proceso legal a través de los instrumentos de protección de derechos humanos con jerarquía constitucional.

En segundo lugar, la singularidad del sumario administrativo en el régimen disciplinario de empleo público y su encuadre como procedimiento especial permite la aplicación matizada de las garantías judiciales del inc. 2) del art. 8° de la CADH con un grado de extensión que se encuentra en pleno desarrollo.

En tercer lugar, un abogado elegido libremente por el agente público garantiza una defensa técnica del contenido mínimo de la tutela administrativa efectiva. Entre ellos, la audiencia, descargo, alegato y en la impugnación del acto conclusivo en sus respectivas etapas específicas del procedimiento disciplinario.

---

(115) Ver Dictamen N° IF-2021-63738609-APN-PTN, 15 de julio de 2021.

(116) Cfr. BERZANO, Gisela y PAPAZIAN, Rosana C., "Reflexiones en torno a la legitimación para incoar el recurso judicial directo contemplado en la ley 25.164", Revista Iberoamericana de Derecho Administrativo y Regulación Económica nro. 28, julio 2021, Cita IJ-MDXI-342.

(117) Ver arts. 84, 85, 86, 87 y 88 dto. 894/2017.

(118) Ver arts. 89, 90, 91, 92 y 93 dto. 894/2017.

(119) Ver arts. 94, 95, 96, 97 y 98 dto. 894/2017.

(120) Cfr. CS, Fallos 344:3230, consid. 12 voto en disidencia del juez Rossati.

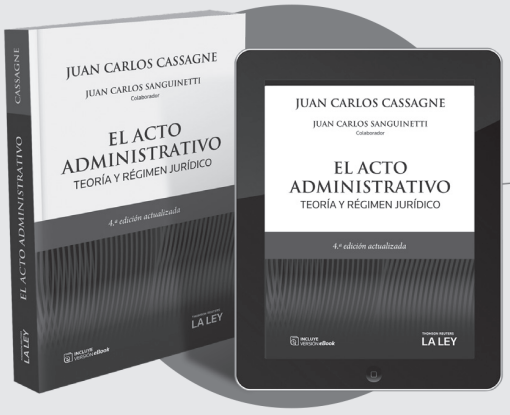
THOMSON REUTERS
LA LEY™

Información confiable
que avala sus argumentos.

EL ACTO ADMINISTRATIVO
TEORÍA Y RÉGIMEN JURÍDICO
4.ª edición actualizada

Juan Carlos Cassagne
Juan Carlos Sanguinetti *(Colaborador)*

2021



1 Tomo
Disponible en
papel y *eBook*.

El acto administrativo es el eje central en torno al cual gira todo el Derecho Administrativo, de aquí la importancia de este estudio profundizado por el especialista y referente latinoamericano en Derecho Público, Juan Carlos Cassagne, y la colaboración del especialista en Derecho Administrativo Económico, Carlos Sanguinetti.
Esta obra busca contribuir a la renovación de nuestro derecho a través de la prevalencia de los principios generales y la aplicación de las concepciones más acotadas del nuevo constitucionalismo, inspirado en una visión iusnaturalista moderna que le atribuye a éstas la autoridad que merecen cuando sus determinaciones son claras y precisas.
Dentro de los temas, profundamente analizados, se encuentran: lo referente a la teoría del acto administrativo (función, problemas, principios, etc.), su estructura en el ordenamiento público, el principio de legalidad, los poderes jurídicos y las categorías jurídicas, las condiciones, validez, entre otros actos del Derecho Administrativo.

Adquirí la obra llamando al
0810-266-4444 o ingresando en
www.tienda.thomsonreuters.com.ar

THOMSON REUTERS®

Seguí nuestra página
de **Linkedin** con contenido
específico para abogados.

ThomsonReutersLaLey
@TRLaLey
ThomsonReutersLatam
ThomsonReutersLatam

THOMSON REUTERS
LA LEY™

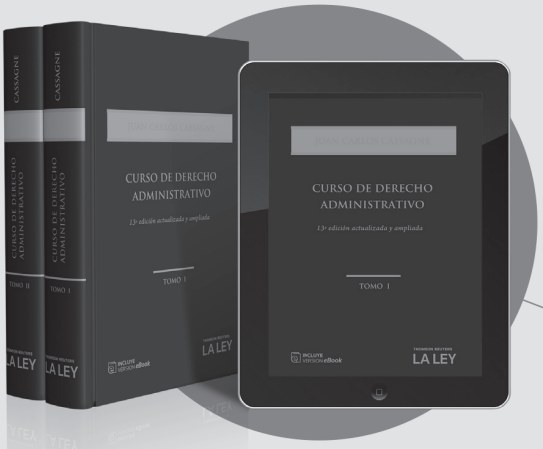
Información confiable
que avala sus argumentos.

CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

2021

13ª edición actualizada y ampliada

Juan Carlos Cassagne



2 Tomos
Disponibles en
papel y eBook.

Esta obra, exitosa en todas sus ediciones, presenta su 13a edición íntegramente actualizada, en la cual se mantiene lo sustancial de la doctrina enunciada en las ediciones anteriores y se incorpora el desarrollo de nuevas visiones que se hallan a tono con el paso del Estado de Derecho Legal al del Estado de Derecho Constitucional.
Aborda prácticamente todos los temas de la parte general del Derecho Administrativo, con un enfoque realista y moderno que incorpora las novedades ocurridas en los últimos años.
Expone de una manera ordenada y orgánica la teoría del Derecho Administrativo y sus principios e instituciones básicas partiendo del Estado y la Administración Pública, con sus diversos órganos y entes, las fuentes del Derecho Público, así como el estudio del acto y contrato administrativo, la responsabilidad del Estado, la actividad de gravamen, los actos favorables y el contencioso administrativo, entre otras instituciones.
Trabaja también el llamado principialismo como la tendencia que se viene imponiendo en el campo de la filosofía del derecho y de la dogmática constitucional.

Adquirí la obra llamando al
0810-266-4444 o ingresando en
www.tienda.thomsonreuters.com.ar

THOMSON REUTERS®

Seguí nuestra página
de **Linkedin** con contenido
específico para abogados.

ThomsonReutersLaLey
@TRLaLey
ThomsonReutersLatam
ThomsonReutersLatam

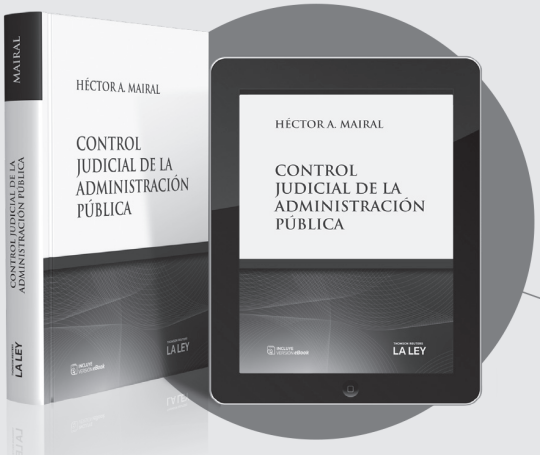
THOMSON REUTERS
LA LEY™

Información confiable
que avala sus argumentos.

CONTROL JUDICIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

2021

Héctor A. Mairal



1 Tomo
Disponible en
papel y eBook.

Este libro es una edición completamente actualizada de Control Judicial de la Administración Pública, publicado inicialmente en 1984. En esta obra se encuentran reflejados importantes cambios operados en la materia en nuestro país desde entonces, particularmente debido a la reforma constitucional de 1994, y en los derechos europeos por los cambios legislativos sancionados en los últimos tiempos, muchos de ellos como efecto de la influencia de la Unión Europea.
Esta edición incluye una descripción general de los principales sistemas que han influido en nuestro derecho público, es decir, los de Estados Unidos, Francia, Italia y España. También analiza tanto cuestiones clásicas como novedosas de la materia y busca suscitar el debate que, de acuerdo con el autor, es la única manera de avanzar en las disciplinas científicas.

Adquirí la obra llamando al
0810-266-4444 o ingresando en
www.tienda.thomsonreuters.com.ar

THOMSON REUTERS®

Seguí nuestra página
de **Linkedin** con contenido
específico para abogados.

ThomsonReutersLaLey
@TRLaLey
ThomsonReutersLatam
ThomsonReutersLatam